JUS CIVILE

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



2/2024

marzo-aprile

IUSTITIAM COLIMUS

G. Giappichelli Editore

ISSN 2421-2563

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

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

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

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

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

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

JUS CIVILE



INDICE

pag.

Articoli e Saggi

Il digitale, la rete, l'IA e la responsabilità civile**
di Massimo Franzoni 208

Ancora sull'esazione della prestazione**
di Giuseppe Grisi 222

Le ragioni di un nuovo Trattato del diritto privato italiano**
di Salvatore Mazzamuto 229

Accordi e disaccordi sulla buona fede oggettiva*
di Luca Nanni 231

Il contratto di *merchandising*, gli altri contratti atipici e l'uso alternativo del diritto*
di Stefano D'Andrea 241

Il contratto «su misura». *Self-driving contracts* e diritto privato della sorveglianza*
di Claudio Amato 260

Tutela del risparmiatore e polizze *Unit Linked*. Le questioni ancora aperte dopo le decisioni della CGE*
di Simona Scuderi 286

Danno da prodotto difettoso e diritto alla riparazione del bene*
di Fabrizio Ponzù Donato 301

La prededuzione nel complesso sistema delle fonti civilistiche e nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: aspetti critici e problematiche (ri)emergenti *
di Michele Spinozzi 317

* Contributo sottoposto a revisione.
** I curatori, valutata la rilevanza del contributo, assumono la responsabilità diretta della pubblicazione.

JUS CIVILE



Utilità fondiaria nella servitù di parcheggio e tipicità dei diritti reali*
di Carmelo Giuseppe Antillo 330

La tutela dell'acquirente di immobili di provenienza donativa: violazione di un dovere informativo (a)tipico o garanzia per evizione?*
di Denise Guarnieri 342

L'ABF, gli obblighi informativi concernenti la prescrizione dei BFP e la decisione di non decidere aspettando il TAR Lazio: nota a Collegio ABF di Torino n. 6541 del 26 giugno 2023*
di Alessia Jane Thom 368

Veicoli autonomi e responsabilità civile: una prospettiva funzionale, intenzionale e cibernetica*
di Luca Strazzera 384

Contratto di locazione e clausola di divieto di ospitalità non temporanea*
di Andrea Lestini 421

Disposizioni anticipate di trattamento, e terapie sperimentali*
di Fabio Trolli 427

Giurisprudenza italiana

Il danno da anticipata risoluzione del contratto di locazione per inadempimento del conduttore (in attesa della pronuncia delle Sezioni unite)*
di Marco Monticelli 445

ISSN 2421-2563

JUS CIVILE



MASSIMO FRANZONI

Professore ordinario di Diritto civile – Università degli Studi di Bologna

IL DIGITALE, LA RETE, L'IA E LA RESPONSABILITÀ CIVILE

SOMMARIO: *1. C'è danno e danno. – 2. L'illecito da impiego dell'IA. – 3. La responsabilità civile tra colpa, responsabilità oggettiva e regole tecniche. – 4. Le questioni aperte dal digitale. – 5. Le questioni aperte dall'IA. – 5.1.* Segue*:* smart contract*. – 5.2.* Segue*: le criptovalute e la* blockchain*. – 6. Il contratto e l'IA. – 6.1.* Segue*: il* prosumer*.*

1. – La parola danno può essere intesa nel senso di evento dannoso, come nel significato penalistico del temine, ossia momento terminale in cui si satura la condotta; nel senso lesione di una situazione protetta (l'*iniuria*), ossia la lesione alla sfera giuridica della vittima; oppure nel significato di perdita economica patrimoniale o non patrimoniale, subita dalla vittima. La prima di queste rinvia alla causalità di fatto: dall'evento dannoso attraverso la causalità si risale al responsabile dell'illecito. La seconda di queste individua l'interesse meritevole di tutela leso in capo alla vittima: proprietà, diritto di credito, e così via. La terza di queste chiama in causa la causalità giuridica che, partendo dall'evento dannoso, selezione le conseguenze immediate e dirette (art. 1223 c.c.) che sono fonte di un danno patrimoniale o di un danno non patrimoniale.

La provenienza del danno dall'uso dell'intelligenza artificiale non si sottrae a questa sequela.

Partirei dal danno come perdita, perché è la più semplice, dal momento che l'evento dannoso cagionato dall'uso dell'intelligenza artificiale non vede particolari novità rispetto agli altri illeciti. Come ogni evento dannoso, anche quello causato dall'uso dell'intelligenza artificiale, può causale perdite da stimare e liquidare con i consueti strumenti della causalità giuridica (art. 1223 c.c.) che restituisce lo stesso risultato dell'impiego della teoria differenziale dei patrimoni. L'evento dannoso può essere altresì produttivo di danni non patrimoniali e anche questi andranno risarciti nelle forme ordinarie. Il danno da lesione personale con il criterio del valore a punto di invalidità, mentre quello da lesione di ogni altro diritto della personalità con criterio equitativo, tenuto conto delle tabelle redatte anche per il danno da diffamazione a mezzo stampa: lo stesso vale per la lesione da trattamento scorretto dei dati personali.

Il fatto che l'art. 82 del GDPR, così come la legislazione precedente, preveda espressamente il risarcimento del danno, non muta i termini della questione. Del resto è ormai pacifico che qualsiasi pregiudizio deve essere provato dal danneggiato, anche quando si tratti di una perdita non patrimoniale, per la quale varranno allora presunzioni, l'impiego di nozioni di comune esperienza e altro ancora [1]. La funzione del risarcimento del danno è compensativa, se il danno ha causato una perdita patrimoniale; è satisfattiva (e compensa-

[1] Ho riassunto i termini del dibattito, FRANZONI, *Occupazione senza titolo, danno in re ipsa?*, in *Nuova giur. civ.*, 2022, II, 880 ss.

ISSN 2421-2563



tiva), se il danno è non patrimoniale. In ogni caso, qualsiasi tipo di pregiudizio, deve essere dimostrato dalla vittima, non trattandosi di un danno punitivo, la cui funzione non è di reintegrare, ma di punire, appunto [2].

La espressa menzione del risarcimento del danno per aver trattato dati in modo scorretto richiede una precisazione. Nel diritto alla privacy, almeno nella comune accezione, possono convivere due componenti. Una prima più antica, che vede la sua nascita nella città di Boston nella forma del *right to be alone*, alla fine del 1800, nel '900 sarebbe diventato il diritto alla riservatezza e avrebbe trovato la giusta collocazione nell'art. 7 della Carta diritti fondamentali UE, rubricato «Rispetto della vita privata e della vita familiare»: «ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni». Così come all'art. 8, rubricato «Protezione dei dati di carattere personale», dopo aver stabilito che «ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano» (comma 1º), dispone che «tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica».

È possibile che dal trattamento di dati scorretto si produca la lesione del diritto alla riservatezza, senonché è possibile che la lesione della riservatezza si produca autonomamente dal trattamento dei dati, può ancora accadere che il trattamento dei dati scorretto produca un danno che non riguarda la lesione della riservatezza. Si pensi all'indirizzo sbagliato, al cellulare con un numero errato, ad una data di nascita alterata e così via, raccolti in una banca dati, in conseguenza dei quali un professionista accusi una perdita di clientela.

C'è poi da prendere atto del fatto che il diritto alla riservatezza appartiene alla categoria tradizionale dei diritti della personalità, quelli costruiti sul modello proprietario, strutturalmente "rivali", poiché sono caratterizzati dalla loro esclusività. La lesione della *privacy* in conseguenza del trattamento scorretto dei dati, invece, appartiene al genere dei diritti di nuova generazione che, pur conservando il carattere "rivale", tuttavia presuppongono la cooperazione di altri per il loro godimento. Così il dato è tale quando esce dalla sfera giuridica dell'interessato per passare in quella di chi effettua il trattamento, ma il titolare del dato non può non comunicare all'esterno circostanze che lo identificano. Non è possibile stipulare un contratto per una qualsiasi utenza, senza comunicare i propri dati personali.

L'IA funziona se può processare dati, di qualsiasi genere, con una metafora molto espressiva, questi sono sati definiti il nuovo petrolio. Ai fini di questa ricerca, la distinzione tra diritto alla riservatezza e diritto al corretto trattamento dei dati è soltanto funzionale ad individuare il bene della vita leso dall'impiego dell'intelligenza artificiale che può riguardare due diritti, spesso indentificati nella unitaria tutela della *privacy*. Dal punto di vista strutturale, per entrambi, occorrerà stimare e liquidare le conseguenze immediate e dirette che dipendono dalla lesione causata. È più probabile che la lesione del diritto alla riservatezza debba essere stimato e liquidato come danno non patrimoniale, anche se non si può escludere che dalla lesione della «vita privata e familiare», possa scaturire un danno patrimoniale. La lesione del trattamento dei dati ha perso il carattere non patrimoniale che il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, c.d. codice della *privacy*, gli attribuisce all'art. 15. Questa norma, dopo aver stabilito che «chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'art. 2050 del codice civile», nel comma successivo, dispone che «il danno non patrimoniale è risarcibile anche in caso di violazione dell'art. 11», ossia nei casi di trattamento scorretto dei dati personali.

Orbene, poiché il danno da trattamento scorretto non è mai stato considerato un danno punitivo, deve riconoscersi che il GDPR, che non ha tipizzato il danno non patrimoniale come la disciplina precedente, ha

[2] Cfr. FRANZONI, *Danno evento, ultimo atto?*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, II, 1337 ss.



rafforzato l'idea che il diritto alla riservatezza non è la necessaria conseguenza del trattamento scorretto dei dati [3]. Ha anche implicitamente riconosciuto che la tutela per il trattamento scorretto dei dati possa anche trovare titolo nell'inadempimento contrattuale.

2. – Diverso è se si intende il danno come sinonimo di illecito causato dall'impiego dell'IA, in tal caso l'oggetto della ricerca si sposta sulla funzione che la responsabilità civile può assolvere per rimediare ai danni causati dalla IA. Al riguardo è necessario premettere che questo settore non è utilmente comparabile con alcuno di quelli sui quali, in passato, si è sviluppato il dibattito della responsabilità civile. La diversità deriva dal fatto che l'illecito aquiliano dirime un conflitto che nasce nell'economia individuale del responsabile e del danneggiato. La rilevanza sociale del fenomeno è più presente nei c.d. sinistri di massa, come ad es. gli incidenti stradali, ma anche in questi il risarcimento vale a ripianare un equilibrio con il quale è soddisfatta la vittima, in rapporto con il responsabile. Se il sinistro è di massa, l'ordinamento giuridico ne deve prendere atto e deve trovare un rimedio capace di garantire nel contempo il rischio del suo verificarsi e l'apprestamento di un rimedio in grado di garantire la pace sociale [4].

Queste sono le premesse che storicamente hanno portato al matrimonio fra responsabilità civile e assicurazione. Dato il numero di veicoli in circolazione, non si possono evitare gli incidenti stradali, però l'assicurazione obbligatoria per la circolazione dei veicoli è capace di rendere più efficace l'applicazione delle regole della responsabilità civile, quindi di offrire una soluzione socialmente accettabile. Certo la disciplina riguarda i veicoli senza guida di rotaie, i natanti, ma non comprende tutti gli altri mezzi che possono causare danno, ma non circolano sulla pubblica via. Questo livello di dettaglio, che ha consentito al legislatore di introdurre una importante normativa, presupponeva di individuare una situazione stigmatizzata nel conflitto fra il conducente di un veicolo in circolazione e la vittima.

Il modello è stato replicato in tutti i settori nei quali è elevato il rischio quantitativo dei sinistri, da ultimo ha riguardato la posizione dei professionisti, come medici e avvocati, nei rapporti con i loro assistiti e con i terzi [5]. Il medesimo modello è stato replicato anche per i grandi sinistri come quelli derivanti dall'impiego pacifico dell'energia nucleare secondo la l. 31 dicembre 1962, n. 1860.

Allo stato attuale non è sicuro che la vicenda sulla quale ci si è soffermati sia confrontabile con quella che nasce dall'uso dell'IA, in primo luogo perché di quest'ultima non abbiamo un'idea che possa restituire un significato simile a quello che otteniamo quando pensiamo ad un veicolo senza guida di rotaie in circolazione su di una strada adibita alla pubblica circolazione. Per di più la scelta del legislatore dell'Unione è di aver

[3] Indirettamente, sulla scia di questi ragionamenti si era già orientata la Cass. [ord.], sez. I, 8 gennaio 2019, n. 207, in *Corriere giur.*, 2019, 626, con nota di Esposito, *Il risarcimento del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*: «il danno non patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 15 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, non si sottrae alla verifica della "gravità della lesione" e della "serietà del danno"; in questo contesto, inoltre, il danno non patrimoniale non può mai essere considerato *in re ipsa*, ma deve essere sempre allegato e provato da parte dell'interessato; la posizione del danneggiato è tuttavia agevolata dall'onere della prova più favorevole, come previsto dall'art. 2050 c.c., nonché dalla possibilità di dimostrare il danno anche solo tramite presunzioni semplici e dal risarcimento secondo equità».

[4] Il fenomeno è molto ben descritto nel *Libro bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, redatto dalla Commissione europea, in *Https://Eur-Lex.Europa.Eu/Legal-Content/IT/Txt/Pdf/?Uri=Celex:52020DC0065*. Il documento è del 2020, ma è ancora attuale nel richiedere «un approccio antropocentrico, etico, sostenibile e rispettoso dei valori e dei diritti fondamentali».

[5] A partire dall'art. 3, comma 5º, lett. E, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni, è stato istituito l'obbligo assicurativo, che gran parte delle leggi che regolano gli ordini professionali hanno recepito e meglio dettagliato.

ISSN 2421-2563



privilegiato una disciplina "orizzontale" per l'IA, necessariamente generalista, che non distingue in relazione al rischio. Ha preferito, quindi, non seguire una logica "verticale", attenta alle applicazioni dell'IA nei diversi settori, quindi alle sue funzioni, dalle quali individuare l'effettivo rischio prodotto. Inoltre, non è sicuro che l'impiego della IA possa determinare un conflitto assimilabile a quello di uno scontro fra veicoli. L'uso di questa tecnica va ben al di là di una specifica condotta che determina quello specifico evento dannoso che crea il rapporto fra responsabile e danneggiato.

Il conflitto che può nascere dall'impiego dell'IA è tecnicamente molto più sociale di quello che nasce da un comune fatto illecito, coinvolge fisiologicamente molte più persone con ruoli diversi, implica la valutazione comparativa di molteplici interessi in gioco che non necessariamente contemplano soltanto quelli dei protagonisti dell'illecito. Basti pensare che il modo di operare dell'IA presuppone l'uso di dati, non necessariamente personali, che non sono "rivali" ossia esclusivi del suo titolare [6]. Questo solo fatto esclude che il c.d. bene della vita oggetto di tutela aquiliana, il danno ingiusto, sia sempre presente allo stesso modo in cui lo è nella lesione della integrità psico fisica o nella lesione della proprietà.

Ci si chiede, poi, se un criterio di rigorosa responsabilità oggettiva, che privilegi prevalentemente l'interesse dei danneggiati, possa nuocere allo sviluppo di un fenomeno che presenta enormi potenzialità di sviluppo. Si fa l'esempio della responsabilità del produttore che, fondata sulla colpa, ha favorito gli imprenditori, in una fase di capitalizzazione dei patrimoni. Se i produttori della fine dell'ottocento avessero dovuto pagare i risarcimenti causati dai prodotti dannosi, avrebbero avuto meno risorse da impiegare nella ricerca per lo sviluppo e, in tempi più recenti, nella ricerca per la prevenzione e per la sicurezza.

Ma c'è di più.

Come si dice impropriamente, ma molto efficacemente, la sovranità della tecnica è altro dalla sovranità dello Stato. La fondamentale differenza è che la seconda non è pensabile in mancanza di un territorio, non invece la prima. Questa non banale circostanza pone questioni molto diverse da quelle affrontate tradizionalmente dal diritto internazionale, nei rapporti fra gli Stati, e dal diritto internazionale privato, che detta regole applicabili a cittadini appartenenti a Stati diversi che entrano in rapporto fra loro.

Queste vicende pongono un tema di *governance* nello sviluppo della tecnica, che qui possono soltanto essere accennate e che forse si pongono per la prima volta all'attenzione di una pluralità di operatori, depositari di differenti saperi [7].

3. – In mancanza di una normativa specifica sulla materia, occorre procedere per approssimazioni successive, provando ad immaginare, di *iure condito*, la normativa che sia più vicina e che, pertanto, possa essere applicata. La prima che viene all'attenzione è la disciplina della responsabilità del produttore per la messa in circolazione di un prodotto difettoso. Certo il *software* probabilmente non può esser considerato un prodotto, ai sensi dell'art. 115 c. cons., ma bene spesso l'algoritmo può essere impiegato alla stregua di un componen-

[6] È proprio questo l'ambito in cui opera il c.d. *machine learning* che consente ad un algoritmo di apprendere in autonomia, andando a ricercare da documenti diversi, redatti in formati diversi, dati da rielaborare successivamente per un fine predeterminato.

[7] Segnalo soltanto che le finalità del legislatore dell'Unione sono efficacemente sintetizzate nella Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale, in *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_IT.html*, *Introduzione*, n. 3: «afferma che il mercato unico digitale deve essere pienamente armonizzato, dato che la sfera digitale è caratterizzata da rapide dinamiche transfrontaliere e da flussi di dati internazionali; ritiene che l'Unione conseguirà gli obiettivi di mantenere la sovranità digitale dell'Unione e di stimolare l'innovazione digitale in Europa solo ricorrendo a norme coerenti e comuni, in linea con una cultura dell'innovazione».



te, ad esempio nella robotica o nell'*Internet of things* (*IoT*)[8]. Per questi tipi di beni la decisione algoritmica spesso si manifesta attraverso l'attività svolta concretamente dalla macchina, sicché il difetto di funzionamento del software si materializza nella difettosità del prodotto.

In conclusione, per taluni prodotti si può ritenere applicabile direttamente la normativa esistente, senza che ciò richieda particolari forzature. Va da sé che in questo modo saranno applicabili tutte le regole collegate che riguardano ad es. l'importatore, il produttore di una componente, il progettista e così via, anche se queste regole, per la verità, non sono eccezione rispetto alla disciplina codicistica riassumibile nell'art. 2055 c.c.

Soltanto per completezza aggiungo, *in limine*, che non è necessario attribuire una soggettività all'algoritmo o alla macchina per impiegare la responsabilità civile. Anche se astrattamente nulla potrebbe vietare alla legge di creare una soggettività autonoma, come è accaduto in tante altre situazioni, basti pensare alla persona giuridica o alla creazione di patrimoni separati, non pare che questa soluzione sia davvero auspicabile, nel caso di specie[9]. È più ragionevole ritenere che quasi tutti i problemi creati dall'IA, come *agency*, siano più economicamente risolvibili attraverso l'imputazione di quell'attività ad un soggetto, magari a chi trae vantaggio da quell'attività, secondo l'antico adagio: *ubi commoda eius et incommoda*. Questa conclusione mi pare condivisibile soprattutto nei settori della robotica o in altre nelle quali l'IA opera in modo simile[10].

Più in generale, le questioni che l'impiego dell'IA pone vanno ben al di là di comportamenti da valutarsi alla stregua di un parametro fondato sulla diligenza, ancorché variamente declinata: diligenza del buon padre di famiglia o ritagliata a misura della natura dell'attività esercitata (art. 1176 c.c.). Seppure ad altro riguardo, la storia della colpa professionale ha mostrato che per quelle prestazioni di fare che richiedono una pregiudiziale competenza tecnica del debitore, quindi che connotano l'obbligazione come personale in ragione della sua infungibilità, la colpa si riassume nella valutazione della condotta secondo un parametro fondato sulla perizia, ossia sull'impiego di una regola della tecnica.

Orbene, l'impiego di queste regole dell'operare, che appoggiano su basi scientifiche, tende ad oggettivare il criterio di imputazione, poiché allontana l'interprete dalla ricerca di uno standard personale da fondare su una generale prudenza o su uno standard di buona volontà che possa qualificare la diligenza del buon padre di famiglia. La valutazione di certe attività che hanno una base tecnica e una forte impatto sociale, dunque, anche a prescindere dall'impiego dell'IA, si allontanano da un'idea soggettiva di colpa di stampo penalistico, per avvicinarsi ad un ambito governabile da un criterio che presuppone «la soluzione di problemi di speciale difficolta», come ha previsto espressamente l'art. 2236 c.c., pensato per il prestatore d'opera, al tempo della codificazione del '42.

Certamente nuove regole si renderanno necessarie, in un prossimo futuro, data la complessità di questo fenomeno; in linea con questo ragionamento si pone il progetto di regolamento comunitario che sta per essere approvato. Senonché, in un settore così soggetto all'obsolescenza, probabilmente le nuove regole di per sé non saranno sufficienti. Occorrerà impiegare l'opera sottile dell'interpretazione sistematica che, uscendo dallo stretto specialismo, dovrà riportare a sistema anche il *modus operandi* dell'algoritmo. Così facendo, si otterrà la corretta definizione del precetto più funzionale alla soluzione della lite, con il concorso del criterio della compatibilità fra le regole speciali e le regole di portata generale. Questo procedere porterà a rilevare

---

[8] Mi pare che la proposta di direttiva sul danno da prodotti, consultabile nell'ultima versione, in *Https://Eur-Lex.Europa.Eu/Legal-Content/IT/Txt/?Uri=Celex%3A52022PC0495*, si allinei a queste considerazioni, prende in esame il digitale e i dati, nella prospettiva di individuare il prodotto. Utili indicazioni si trovano anche nel Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2017, n. 745, relativo ai dispositivi medici.

[9] Cfr. De Bona, *Verso la tutela giuridica dei sistemi intelligenti. Prospettive critiche della soggettività robotica*, in *Journal of Ethics and Legal Technologies* – Volume 4(2) – Novembre 2022, 58 ss.; Moro, *Alle frontiere della soggettività: indizi di responsabilità delle macchine intelligenti*, in Ruffolo U. (a cura di), *XXVI lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, Torino, 2021, 55 s.

[10] Cfr., efficacemente, Finocchiaro, *Intelligenza artificiale. Quali regole*?, Bologna, 2024, 33 ss.

ISSN 2421-2563



che la ricerca dell'errore tecnico, a prescindere da chi sia stato commesso, è di grande interesse per il tecnico, che in questo modo potrà migliorare il sistema, ma ha uno scarsissimo trasporto per il professionista della responsabilità civile, il cui obbiettivo è superare il conflitto con il risarcimento del danno [11].

Una buona base di partenza nel ripartire il costo da sinistri cagionati dall'uso dell'IA e che si avvantaggia di questo strumento deve rispondere dei danni cagionati a terzi, secondo una regola ormai datata: *cuius commoda eius et incommoda*. Così, ad es., chi si avvale di un algoritmo per effettuare le assunzioni del personale deve rispondere del fatto che nella stipula del contratto o nella procedura selettiva venga consumata una discriminazione di razza o di genere. Questo tipo di illecito, effettivamente, è tale sia nel mondo reale che nel modo digitale e a questi fini si possono equiparare le due situazioni. Una volta risarcito il danno, si potrà valutare a chi sia imputabile e in quale misura il costo di questo illecito fra tutti coloro che hanno consentito di creare di far funzionare l'algoritmo. Ossia, ai sensi dell'art. 2055 c.c., chi ha pagato potrà agire in regresso verso il primo programmatore, quello che ha allenato l'algoritmo fornendogli i dati e le istruzioni necessarie, quello che lo ha predisposto per il *machine learning*, eventualmente quello che lo ha programmato per il *deep learning* e così via.

Un'altra circostanza da considerare è che alcuni impieghi dell'IA non sono affidabili, specie nell'impiego predittivo o in quello generativo. Così chi adoperasse un algoritmo per chiedere chi sarà il prossimo presidente della Repubblica italiana difficilmente otterrà come risultato una persona di colore e di genere femminile. Ove il prossimo presidente della Repubblica italiana presentasse queste caratteristiche non si potrebbe imputare alcunché alla scelta dell'algoritmo, con le regole della responsabilità civile. In premessa va considerato che non tutte le attività di calcolo possono consentire un impiego algoritmico, e chi impiega questa tecnologia deve essere previamente edotto delle sue concrete possibilità dalle quali segue l'affidabilità. Probabilmente, a breve, una conclusione più meditata deve essere adottata per chi confida nella capacità predittiva dell'algoritmo nella meteorologia per ragioni professionali o per disdettare le prenotazioni fatte delle proprie vacanze pasquali [12].

Mentre nel primo esempio il grado di attendibilità sarà sempre inaffidabile, nel caso delle previsioni del tempo è possibile che in un prossimo futuro la predittività sarà sempre più credibile. Resta inteso che l'utente di un tale servizio deve essere in grado di valutare il grado di affidamento che può riporre su un certo strumento e deve anche essere in grado di sapere quando l'attendibilità è prossima allo zero, sempre che sia stata adeguatamente informato dal gestore.

La stessa conclusione riguarda anche l'IA generativa, come *Chat GPT*, il cui *output*, restituito quasi in un tempo reale, deve essere attentamente verificato. Il lavoro dell'algoritmo è di grande utilità, ancorché la sua affidabilità resti fisiologicamente problematica. In questi casi, l'eventuale danno subito dal presunto danneggiato per aver confidato nella risposta algoritmica, non potrà essere imputato al gestore del sistema, sebbene questo abbia fornito un *output* sbagliato.

L'IA richiede per l'utente una conoscenza iniziale che è necessaria per capire dove può essere impiegata e dove non può esserlo; quanto possa essere affidabile e quanto no [13]. La vera questione è su chi imputare il difetto di conoscenza. Un modello da impiegare è l'asimmetria informativa che caratterizza il rapporto tra un

[11] Così FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali regole*?, cit., spec. 68 s.

[12] Cfr. per una dimostrazione di quanto appena asserito: FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale – Sviluppi, opportunità, sfide*, Milano, 2022, §§ 3.2 e 3.3.

[13] FLORIDI, cit., nota prec. *ibidem*, dove spiega che l'algoritmo non può giocare a calcio e che l'algoritmo non è opportuno che venga impiegato per allacciare le scarpe, nelle fabbriche dove vengono costruite. Una delle questioni più rilevanti, secondo l'a., è capire quando si possa impiegare L'IA e quando non sia opportuno farlo.



professionista e un consumatore, ma questo può essere soltanto un punto di inizio di un percorso che va ben al di là delle regole della responsabilità civile.

4. – La socialità della rete implica una valutazione oculata nell'effettuare il bilanciamento fra diversi principi. In un contesto tradizionale può accadere che il risultato del bilanciamento porti ad un risultato differente rispetto a quello cui si giunge, quando il sinistro si produca nel mondo digitale della rete. Il diverso risultato è dato dal fatto che il conflitto che si determina in rete deve tener conto del diverso grado di socialità dei rapporti, quindi di un diverso modo di porsi proprio del conflitto. La titolazione del GDPR ci dà il senso della novità: il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 è «relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati». Sullo stesso piano è posta la protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati. La protezione del dato personale dovrebbe essere "rivale" con la sua circolazione, tutt'al più quest'ultima dovrebbe trovare una tutela subordinata alla vicenda della personalità (proprietaria).

Questa disciplina rappresenta un cambio di paradigma rispetto alla precedente che era più marcatamente ricalcata a misura del dato personale sulla falsariga di un diritto della personalità. Fra l'altro in Italia l'introduzione della *privacy* ha coinciso con il dibattito sul consenso informato in ambito medico, che avrebbe portato alla nascita del diritto all'autodeterminazione. Il consenso necessario per il trattamento sanitario ha influenzato la costruzione del diverso consenso per il trattamento dei dati personali. In comune fra i due c'è una modello proprietario che ha costituito la loro base teorica e forse anche un forte connotato ideologico.

La nuova disciplina affronta la vicenda nei termini della gestione del rischio [14] e si allontana da una prospettiva che poneva sullo stesso piano la tutela della persona con il trattamento dei dati con la loro libera circolazione [15]. Lo spostamento dei termini della questione legittima implicitamente che la circolazione dei dati risponde ad un interesse generale. Questo aspetto è particolarmente ripreso nel Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022, relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla governance dei dati). Nel sistema dell'Unione europea il dato personale resta nell'ordita dei diritti della personalità, a differenza di quanto accade negli USA, tuttavia la socialità della rete e l'utilità dell'IA, impone di riconsiderare il bilanciamento dei diritti in confitto fra loro. Ciò sul presupposto che l'IA può funzionare soltanto se è in grado di processare dati di qualsiasi tipo, personali o anonimi, e in qualsiasi formato, poiché tanti più dati sono disponibili, quanto più attendibile è il risultato che può derivare dalla loro lavorazione.

Per questo in ambito europeo si incomincia a tener conto che l'originario dato personale spesso è presente in un *big data*, con il quale ormai ha perduto il legame di origine, quindi deve esser soggetto ad una disciplina differente da quella rigorosa fondata sul consenso. In buona sostanza si perde il carattere "rivale" del be-

[14] Cfr. FINOCCHIARO (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Bologna, 2019, in particolare i contributi di FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, e MANTELERO, *La gestione del rischio*; Le conseguenze sono esaminate da BASUNTI, *La (perduta) centralità del consenso nello specchio delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in *Contratto e impr.*, 2020, 860 ss.

[15] Cfr., ampiamente, GIORGIANNI, *Il «nuovo» diritto alla portabilità dei dati personali. Profili di diritto comparato*, in *Contratto e impr.*, 2019, 1387 ss.

ISSN 2421-2563



ne, che corrisponde alla logica esclusiva della proprietà, per assumere quella socializzante data dal suo uso, nell'interesse generale realizzato dall'IA.

Nella ricerca di una concreta disciplina applicabile al mutato contesto, assumono sempre più rilievo alcuni nuovi precetti che rimandano all'interprete il compito di concorrere nella creazione del precetto, con l'impiego del bilanciamento di interessi e con una logica volta a valorizzare l'aspetto relazionale del conflitto. Di uno di questi criteri abbiamo già dato conto: è quello di *compatibilità*. Questo, spesso impiegato anche nel c.c. in talune norme, come nell'art. 1324, nell'art. 2519 c.c., consente di creare un precetto adoperando la tecnica sistematica nell'interpretazione delle singole norme.

C'è poi la *ragionevolezza* che ormai è entrata nel sistema delle fonti del diritto, specie di quelle di provenienza dell'Unione: nel GDPR, ad es., il concetto si ritrova per ben 29 volte [16]. Questo concetto presuppone la relazione fra soggetti il cui conflitto non necessariamente deve essere risolto a favore di uno sulla base della sua condizione soggettiva di "ragione". Presuppone, invece, che la lite venga risolta tenuto conto della situazione data dal rapporto intersoggettivo, valutata la rilevanza sociale del rapporto, alla compatibilità, alla sostenibilità; in ogni caso introducendo argomenti di decisione che non riguardano soltanto gli interessi delle parti in conflitto.

L'ultimo concetto è quello di *accountability*, nasce in lingua inglese, in italiano è tradotto con l'impiego di più parole: «responsabilità, affidabilità, assicurazione, rendicontazione, attuazione dei principi concernenti il trattamento dei dati personali» [17], qualcuno aggiunge anche "autoresponsabilità". Probabilmente l'esatta traduzione è data dall'insieme di tutti questi significati, da impiegarsi nei diversi contesti linguistici. In generale l'*accountability* sta ad indicare che l'autore di un certo evento deve dare prova di essersi posto il problema, deve dimostrare che cosa ha concretamente fatto per evitare quella situazione, con la diligenza, la prudenza e la perizia richieste. Non è sicuro su chi gravino le cause ignote, circostanza che rende oggettiva la responsabilità quando restino a carico del danneggiante. «Si passa dunque da un approccio normativo che dettava indicazioni assai precise ad uno basato sui principi e volto a responsabilizzare il titolare del trattamento» [18]. In concreto, il controllo dell'operato che un giudice o la stessa autorità garante sarà chiamata a svolgere sulle misure in concreto adottate e sulla valutazione del rischio, sarà un controllo di merito e non mera legittimità.

Tutti questi concetti si esprimono con regole elastiche e talvolta con clausole generali, non sono espressi in norme a fattispecie determinata [19]. Ciò comporta inevitabilmente che nell'applicazione diventa essenziale il ruolo del Consulente tecnico quale ausiliario del giudice che, dal fatto processuale, desume il precetto da applicare per risolvere il conflitto originato da un certo rapporto. Se prevale il rapporto, allora la decisione non premia soltanto il diritto soggettivo di uno dei litiganti, ma il risultato del loro bilanciamento, in questo senso prevale la socialità dei diritti nel loro realizzarsi nella rete e con l'ausilio dell'IA.

---

[16] Su questo concetto, FRANZONI, *Principi generali, norme elastiche, clausole generali, in Contratto e impr.*, 2023, spec. §§ 6 e 7.

[17] FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali regole*?, cit., 84, in cui l'a. dimostra il diverso modo di operare degli interessati e degli operatori giuridici, in conseguenza di questa scelta legislativa, molto diversa da quella seguíta nella logica tradizionale che vede la norma comprensiva di un ordine preciso, seguito dalla sanzione per la sua inosservanza.

[18] FINOCCHIARO, *Il principio di accountability*, in *Giur. it.*, 2019, 2778; illuminante questo passaggio: «Il quadro complessivo modificato inevitabilmente conferisce a tutte le disposizioni un diverso significato e contenuto, benché la veste formale apparentemente sia molto simile alla precedente» (*ivi*, 2780).

[19] Proprio su queste norme FRANZONI M., *Principi generali, norme elastiche, clausole generali*, in *Contratto e impr.*, 2023, 1052 ss.



5. – Ci sono alcune questioni che ha posto l'impiego dell'intelligenza artificiale che possiamo ritenere abbastanza acquisite. Così, ad es., per l'impiego nella predizione è richiesto che il gestore dell'algoritmo sia in grado di intervenire nella fase terminale che precede l'impiego del dato di *out put* per esercitare il controllo finale. Il senso di questo principio, che orienta il nuovo Regolamento sull'IA, è di consentire all'intelligenza umana, allo stato l'unica intelligenza di tipo cognitivo, di scegliere se avvalersi, se modificare o se non adoperare l'automatismo dell'algoritmo, ottenuto con il funzionamento di reti neurali. Più in generale, il senso è di evitare l'impiego di un dato, frutto di errori grossolani e macroscopici. Il controllo umano al termine del processo è anche funzionale ad una piena assunzione di responsabilità del risultato del processo. Quest'ultimo controllo è anche diretto a garantire la spiegazione del processo che porta a quel risultato. Questione rilevante questa, poiché il lavoro dell'algoritmo e il numero di operazioni fatte in una certa unità di tempo è talmente elevato da impedire alla mente umana di ripercorrere analiticamente tutti i passaggi del processo, quindi di poter giustificare nel dettaglio il risultato di *out put*.

È ormai acquisito che l'algoritmo debba potere spiegare il suo operato, così come ogni provvedimento amministrativo o giudiziale deve essere motivato. Questo assunto è un principio fondante della cultura giuridica dei Paesi di *civil law* e a questo non si sarebbe potuto sottrarre la decisione algoritmica [20], schermata da parole come oracolo, allucinazione, incantesimo o altro [21]. Del resto, nonostante la libertà di mercato che si realizza con l'esercizio dell'iniziativa economica, talvolta anche certi atti dell'autonomia privata, come l'esercizio del diritto di voto in assemblea, o il recesso da una trattativa (art. 1337 c.c.), devono essere motivati, per non incorrere in un comportamento scorretto, passibile di responsabilità sotto il profilo dell'abuso del proprio diritto.

Per soddisfare questa esigenza, c'è chi ha immaginato la coesistenza di un algoritmo da interrogare per ottenere un risultato, ad es. una diagnosi medica, e un altro algoritmo che sia in grado di spiegare la ragione di quel risultato, in modo umanamente intelligibile [22]. Certo la motivazione è sufficiente che renda credibile il risultato alla luce della spiegazione razionale del processo che lo ha generato, dei dati sui quali è stato strutturato e "allenato" (così si dice), e di ogni altra informazione idonea per consentire all'utente di poter coscientemente scegliere se avvalersi di quel dato o di assoggettarsi ad un certo processo [23].

---

[20] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, in *Foro it.*, 2019, III, c. 606: «posto che l'algoritmo a cui una amministrazione affidi un proprio processo decisionale deve essere considerato a tutti gli effetti un atto amministrativo informatico, ne deriva che tale algoritmo deve essere conoscibile – con riferimento ai suoi autori, al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti – e soggetto alla cognizione e al sindacato del giudice amministrativo». Sulla base di questo principio è stata ritenuta illegittima la procedura automatizzata prevista dalla l. 107/15, tesa ad attuare un piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato nelle scuole perché i giudici non sono stati in grado di comprendere le modalità con le quali, attraverso l'algoritmo adoperato dall'amministrazione, sono stati assegnati i posti disponibili, essendosi verificati esiti illogici e irrazionali come il trattamento di maggior favore riservato a docenti con minori titoli e minore anzianità.

[21] Cfr. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali regole*?, cit., spec. cap. II, titolato «le parole che ingannano».

[22] Opportunamente si occupa di questa vicenda, descrivendo i vantaggio dell'impiego DELL'IA e affrontandone i rischi, il documento prodotto dal Consiglio Superiore di Sanità, Sessione LII (2019-2022), Sezione V, *I sistemi di intelligenza artificiale come strumento di supporto alla diagnostica*, in *https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_3218_allegato.pdf*. Nella premessa afferma: «Uno sviluppo incontrollato e non governato DELL'AI non è scevro da potenziali rischi, derivanti, ad esempio: 1) dall'uso di sistemi di AI privi di una rigorosa validazione scientifica; 2) dalla mancanza di controllo sulla modalità di processazione dei dati da parte dai sistemi esperti; 3) da possibili violazioni della *privacy* degli utenti; 4) da discriminazioni (ad esempio di razza e/o di genere) introdotte dalla programmazione degli algoritmi; 5) dall'assenza di informazioni circa la sicurezza e la riproducibilità nell'uso dei sistemi di AI; 6) dalla mancanza di norme circa la responsabilità professionale del Medico nell'interazione con gli algoritmi; 7) dalla impreparazione del personale Medico e sanitario al corretto utilizzo dei sistemi di AI e alla appropriata modalità di comunicazione del loro utilizzo ai pazienti; 8) dall'incomprensione da parte dell'utente/cittadino dei reali benefici e limitazioni dei sistemi di AI».

[23] Di questa vicenda si è già occupata la Cass., sez. I, 25 maggio 2021, n. 14381, in *Resp. civ., prev.*, 2022, 498, con nota di CA-

ISSN 2421-2563



Nulla di esoterico, dunque, nell'IA, nulla di comparabili con le oscurità dei responsi della Sibilla Cumana, qui l'oscurità è fisiologica al *modus operandi* dell'algoritmo, quando non procede seguendo la regola causalistica (*se* si verifica questo, *allora* fai quest'altro) e per via del numero elevatissimo di operazioni compiute in una infinitesimale unità di tempo. Tuttavia una motivazione va data, quantomeno come assunzione di responsabilità da parte di chi amministra il risultato fornito dall'algoritmo.

5.1. – *Smart contract* indentifica un'area molto vasta e altrettanto variegata, all'interno dell'universo identificabile come *AI zone*. Allo stato attuale le questioni che si sono poste all'attenzione degli interpreti hanno interessato prevalentemente il modo in cui la conclusione e l'esecuzione di questi contratti impattano con la parte codicistica del contratto in generale. Per certi versi mi pare replicato un dibattito antico che ha visto i giuristi interrogarsi su due questioni: *a*) certi spostamenti patrimoniali possono essere ricondotti alla figura del contratto anche senza una vera e propria volontà manifesta ed esplicita; *b*) sembra che la disciplina dell'inadempimento diventi inutile.

In effetti dal punto di vista delle trattative, della formazione e della conclusione del contratto si verifica una vicenda non molto differente da che si verifica con l'uso delle macchine automatiche, che erogano bevande o altri prodotti di consumo. Il modello è molto simile a quello che caratterizza la conclusione del c.d. contratto di fatto, in cui l'apporto della volontà intesa in senso tradizionale è molto limitata, conseguentemente sono molto limitate tutte le parti del c.c. dirette a proteggere la sua formazione e successivamente la sua concreta espressione nella fase esecutiva.

Normalmente l'esecuzione dello *smart contract* è istantanea e subordina la sua esecuzione al corretto adempimento di tutte le obbligazioni nascenti dal contratto. La coincidenza dell'accordo con l'atto di impulso del procedimento che la tecnologia trasforma in scambio contrattuale è sicuramente più prossimo all'accettazione mediante esecuzione dell'art. 1327 c.c., oppure all'opponibilità delle condizioni generali unilateralmente predispose alla parte che avrebbe potuto conoscerle, usando l'ordinaria diligenza (art. 1341, comma 1º, c.c.), più che allo schema del contratto concluso a distanza che presuppone lo scambio di proposta e accettazione. Ciò non esclude che di contratto si tratti [24].

Allo stesso modo non si può escludere la natura contrattuale dal fatto dell'istantaneità dell'esecuzione o del controllo tecnologico dell'esecuzione dei contratti di durata. Nella vendita a rate di grandi macchinari semoventi, dotati di centraline elettroniche per il loro funzionamento, l'aggiornamento di queste centraline è effettuato a distanza, così come il controllo sul funzionamento del macchinario. In questo modo è possibile che il mancato pagamento delle rate provochi automaticamente lo spegnimento del macchinario da remoto. Ciò non determina il superamento delle norme codicistiche sull'inadempimento, semmai si tratta di un'attività del creditore riconducibile all'eccezione di inadempimento, valutabile secondo l'art. 1460 c.c.,

---

STAGNA, *Trasparenza algoritmica e validità del consenso al trattamento dei dati personali*: «in tema di trattamento di dati personali, il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento a un trattamento chiaramente individuato; ne segue che nel caso di una piattaforma *web* (con annesso archivio informatico) preordinata all'elaborazione di profili reputazionali di singole persone fisiche o giuridiche, incentrata su un sistema di calcolo con alla base un algoritmo finalizzato a stabilire i punteggi di affidabilità, *il requisito di consapevolezza non può considerarsi soddisfatto ove lo schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone restino ignoti o non conoscibili da parte degli interessati*» (il c.vo è dell'a.).

[24] Il tema è più antico di quanto si possa immaginare, basi pensare allo scritto di CICU, *Gli automi nel diritto privato*, Milano, 1901. Tra le opere più attente, MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina dei contratti – Smart Contracts and Contract Law*, Bologna, 2021, spec. cap. III, per i temi trattati nel testo.



seppure realizzato per mezzo della tecnologia. Proprio per questo mi parrebbe contrario a buonafede ai sensi dell'art. 1460, comma 2º, c.c., l'immediato spegnimento della macchina non preceduta da un preavviso che allerti del ritardo nei pagamenti.

In questo ambito riterrei decisivo l'impiego del principio di *compatibilità* dal momento che anche l'inadempimento va considerato in ragione dell'affidamento che ragionevolmente ci si può attendere dall'affidabilità di un mezzo. Chi si avvale dello strumento algoritmico dello *smart contract* deve essere consapevole delle sue potenzialità e deve conoscere le sue caratteristiche, salvo che l'utente possa essere considerato consumatore e godere della protezione che la sua condizione gli è riconosciuta dalla legge. In definitiva torna importante considerare l'aspetto relazionale sulla base del quale devono trovare bilanciamento le reciproche pretese.

5.2. – Un sotto settore degli *smart contracts* che ha avuto una considerevole applicazione è data dalle criptovalute che si sono avvalse della tecnologia *blockchain*. Il successo raggiunto dalle criptovalute è in larga misura dovuto alla sicurezza garantita dalla tecnologia delle *blockchain*. Assistiamo ad un cambio di paradigma, poiché tradizionalmente l'ambito della certezza della circolazione giuridica è stata garantita o dal diritto pubblico che ha organizzato gli enti a presidio della pubblicità degli atti, ad es. il regime di trascrizione degli atti, o dal riconoscimento normativo di certi fatti: si pensi alla data certa (art. 2704 c.c.), al possesso di buona fede (art. 1155 c.c.), al valore della notifica nella cessione del credito (art. 1265 c.c.) e così via.

Nel caso in esame, lo stesso risultato è inequivocabilmente ottenuto semplicemente avvalendosi della tecnologia *blockchain*, senza dover ricorrere ad alcun altra formalità. La registrazione di una medesima operazione, contemporaneamente eseguita su più *computers* collegati fra loro, garantisce la certezza dell'operazione, con la impossibilità della sua cancellazione, se non mediante il compimento un'altra operazione che dovrà essere registrata allo stesso modo e che dovrà essere collegata alla precedente. In definitiva, senza entrare in un livello di dettaglio molto specialistico, la tecnologia *blockchain* garantisce la sicurezza del risultato ottenuto dal compimento di una certa attività che si può riassumere con l'esecuzione di uno *smart contract*. Perfezione del contratto ed esatto adempimento di ogni obbligazione sono garantiti dalla procedura che, per sinteticità, possiamo indicare come: algoritmo.

Detto questo, i dati personali di coloro che hanno eseguito le operazioni registrate con la tecnologia *blockchain* non possono essere cancellati. C'è chi si è interrogato sulla compatibilità di questa procedura con le regole della *privacy* e se l'impossibilità di ottenere l'oblio, la pseudonimizzazione o l'anonimizzazione possa costituire un trattamento scorretto dei dati passibile di responsabilità con conseguente risarcimento del danno.

Mi pare che, astrattamente, il problema si possa porre solo nell'ipotesi in cui per concludere una certa operazione, che risponda alla soddisfazione di un bisogno primario della persona, non vi sia altra possibilità, se non l'impiego di questa tecnologia. Le applicazioni di questa procedura presuppongono un assenso in primo luogo all'impiego di quell'applicativo, quindi alla conclusione di un certo contratto. Le esigenze di trasparenza e di sicurezza dell'operazione compiuta vanno bilanciate con quelle della *privacy* e non è sicuro che il risultato finale privilegerà la tutela della riservatezza. La socializzazione dei rapporti imposti dalla tecnologia comporta la necessità di ripensare al paradigma adottato fino ad ora. È molto verosimile immaginare che prevalga l'esigenza di consentire il funzionamento della *blockchain*, anche se questa invade lo spazio che fino ad un certo momento era di competenza della *privacy*.

ISSN 2421-2563



Una volta ammesso il consenso all'uso di questa tecnologia, dubito che un errore di scrittura nella catena possa essere risolto con la disciplina codicistica dell'errore che porta all'annullamento del contratto. Allo stato attuale l'unico rimedio immaginabile, data la immodificabilità tecnica del contratto, è un risarcimento del danno che riequilibri il risultato economico, come se quell'errore non fosse stato commesso. Una disciplina assimilabile a quella del dolo incidente (art. 1440 c.c.), ma ottenibile con l'impiego della buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.)[25]. In questo modo è salva la tracciabilità e la trasparenza garantita dalla tecnologia, che comporta la sua immutabilità, ma è salvaguardato anche l'interesse delle parti ad eseguire uno scambio secondo l'accordo raggiunto con l'adesione alla procedura dello *smart contract*.

6. – Nel nostro tempo, il contratto assume un ruolo sempre più regolativo delle attività umane. Nel linguaggio della finanza, il concetto di finanza strutturata dà un'idea precisa di questo fenomeno. Con questo sintagma, si allude a quella movimentazione di valori che è regolamentata da contratti o da altri atti avente la medesima fonte e non da leggi o da regolamenti di fonte legislativa. Così, ad esempio, molte regole per il funzionamento dei mercati regolamentati sono dettate dalle società che gestiscono quei mercati; molte fasi del processo di cartolarizzazione trovano disciplina nel contratto, spesso dalla combinazione di più contratti, fra i quali la cessione del contratto, da cui nasce il collegamento; nel codice della crisi, il suo superamento con la figura dell'accordo di ristrutturazione il cui effetto vincola anche chi non è stato parte del contratto (art. 61 d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), una volta garantite le prescrizioni di legge[26]. Senza allargare ancora e considerare pure la modalità di migrazione del diritto attraverso i contratti con i quali circolano i beni o vengono erogati i servizi, a questo fenomeno non poteva andare esente l'impiego dell'IA nella rete.

Tutto questo porta alla conseguenza che quando il gestore di una piattaforma cancella alcuni dati che sono stati inseriti da un utente o addirittura cancella un utente da un profilo social saremmo portati a qualificare questa attività nei termini di una censura esercitata da un'autorità preposta o da un Tribunale. Al contrario il gestore della piattaforma adotta quel provvedimento, poiché l'utente ha usato scorrettamente il servizio offerto e per questo va considerato inadempiente al contratto concluso[27]. Discende che l'autonomia privata può delimitare l'esercizio della manifestazione del pensiero, attraverso la regolamentazione del servizio veicolo della sua espressione. Il gestore della piattaforma non diventa un ente pubblico di controllo, è assimilabile all'erogatore di energia elettrica che interrompe il servizio, se l'utente impiega una potenza superiore a quella contrattualmente prevista. Qualora l'utente chiedesse al giudice di ripristinare il servizio interrotto, questo non dovrà valutare se il gestore della piattaforma ha limitato il diritto alla libertà di pensiero dell'utente, ma se l'utente sia o non sia stato inadempiente al contratto.

---

[25] Questa idea non è molto diversa dai dicata delle Cass., sez. un., Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, 26725, anche in *Foro it.*, 2008, I, c. 784, con nota di SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, seppure ad altro riguardo: «il cardine intorno al quale ruota la sentenza da ultimo citata è costituito dalla riaffermazione della tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità».

[26] Cfr. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2021, 260 ss., il § ha come titolo: «La contrattualizzazione della crisi d'impresa».

[27] È proprio questa la tesi sostenta da RUFFOLO in PINELLI e RUFFOLO, *I diritti nelle piattaforme*, Torino, 2023, 43 ss.



C'è poi un fenomeno su cui si è creato un certo dibattito tra gli interpreti e che ha visto divisi chi considerava gratuite certe autorizzazioni a scaricare qualche App e chi ha ritenuto che potesse essere considerato corrispettivo, l'autorizzazione ad utilizzare i dati dell'utente dell'App medesima [28]. Sta prevalendo questa seconda soluzione, molto più vicina ad un *modus operandi* che ormai è in uso a livello planetario. Ciò naturalmente comporta una considerazione del dato personale più vicino ad un bene giuridico più che ad un attributo della personalità di fornisce l'autorizzazione. È ben vero che l'art. 5 del c.c. consente gli «atti di disposizione del proprio corpo», purché non «cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o [non] siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume». Tuttavia nessuno ha mai sostenuto che da questi atti di disposizione, nei liniti indicati, possa nascere un contratto.

È ben vero che, nel linguaggio comune, si dice donazione del sangue, ma i giuristi sanno bene che non si tratta del contratto di donazione. Nonostante la nobiltà del fine, che potrebbe forse essere ricondotto ad una liberalità in senso ampio, tuttavia il corpo umano e le sue parti non possono costituire oggetto di un contratto, che, comunque, sarebbe nullo, addirittura per illiceità. Non è sicuro che lo stesso ragionamento possa essere riproposto per la donazione dei dati fatta dal paziente in favore di un ente di ricerca, per i motivi che tratteremo di seguito.

Incominciamo con il dare atto che, fra i diritti della personalità, il diritto all'immagine ha assistito ad una progressiva erosione dei principi fondanti di quei diritti, consentendo al contratto di regolare la disponibilità della circolazione di qualche frammento della personalità. I diritti della personalità, dunque, non sono più un blocco monolitico, ciononostante la circolazione dei dati personali deve seguire un diverso percorso. Con il GDPR la tutela è equamente ripartita per il dato personale e per la usa circolazione. Probabilmente dobbiamo accettare l'idea che, quantomeno ai fini della circolazione il dato personale possa essere considerato un bene giuridico, quindi che possa costituire corrispettivo per l'impiego di un'App scaricata da un portale, con la conseguenza che l'operazione svolta può essere un contratto e che il dato può fungere da bene in senso giuridico.

Mentre il ragionamento svolto sul diritto all'immagine è rimasto nel quadro dei principi sui diritti della personalità, sul dato personale pare ragionevole considerare come questo aggregato di *bit* sia considerato negli altri ordinamenti. Su questa linea si colloca la Proposta di regolamento del Parlamento e del consiglio, c.d. *Data Act*, dedicato ai dati non personali, generati anche autonomamente da qualsiasi strumento tecnologico. Sulla stessa direttrice si colloca altresì la proposta di Regolamento sullo spazio europeo dei dati sanitari, fortemente occasionato dal fenomeno pandemico, che ha posto in evidenza la necessità di far circolare i dati sanitari anche quelli più delicati, per finalità di ricerca e più in generale per la protezione della sicurezza generale, garantita dalla finalità della sanità pubblica.

In questo contesto, il contratto può regolamentare, quindi occupare uno spazio che in passato avrebbe visto, come protagonista esclusivo, l'intervento del potere statuale. Ritorna di attualità l'accenno fatto in precedenza alla sovranità della tecnica che ha un bacino di utilizzo che supera quella dei singoli Stati e finisce anche per occupare uno spazio proprio dei poteri pubblici. In questo quadro, l'autonomia privata può svolgere una importante funzione.

6.1. – Il termine prosumer, frutto della crasi di *producer* e *consumer*, indica un consumatore che è a sua

[28] Ampiamente sul punto, BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contratto e impr.*, 2019, 34 ss.

ISSN 2421-2563



volta produttore o che, comunque, contribuisce alla produzione, nell'atto stesso in cui consuma. L'inventore è il sociologo Alvin Toffler [29] che ha coniato il neologismo per indicare il mutato ruolo del cliente, consumatore di informazione, per effetto del digitale e dell'impiego dei nuovi dispositivi self-media: cellulare, internet, DVD, satellitare. Questi nuovi mezzi di comunicazione consentono un uso più personale e autonomo dei media e tutti vi hanno accesso sia come destinatari, sia come mittenti. Nel tempo dei *socials*, tutti possono trovare informazioni sulla rete Internet, ma anche immetterle; tutti possono ricevere filmati di tipo televisivo, ma possono anche trasmetterli e pubblicarli: è sufficiente un cellulare. Questo fenomeno ha determinato la nascita di un vero e proprio genere multimediale: *User's generated content*: (UGC).

Nel III millennio il fenomeno è entrato nell'economia e ha attraversato tutti i settori. Il fenomeno più evidente è quello dell'*home banking*: il correntista può entrare nel suo conto corrente da remoto, eseguire un pagamento al fisco, un bonifico ad un debitore che risiede in un Paese straniero, acquistare o vendere strumenti finanziari su qualsiasi piazza e così via. Da remoto, chiunque può acquistare biglietti per qualsiasi tipo di spettacolo, comperare biglietti ferroviari, aerei, procurarsi qualsiasi cosa su svariate piattaforme. I professori universitari verbalizzano direttamente gli esami degli studenti sul *server* d'ateneo, senza necessità della intermediazione di un funzionario e gli esempi potrebbero proseguire ancora.

Il fenomeno, letto nella logica del contratto di scambio, vede una chiara sovrapposizione dei ruoli delle parti, giacché talune attività che erano di competenza del venditore, dei suoi preposti o ausiliari, le svolge ora l'acquirente nel suo interesse, ma, di fatto, anche nell'interesse dell'acquirente. L'automaticità delle operazioni esaminate impone di ripensare il regime di responsabilità di chi fa che cosa, e probabilmente un aspetto da considerare è il grado di competenze richieste per potersi avvalere delle possibilità di intermediazione sul portale.

Questo fenomeno che si è enormemente diffuso è espressione di una delle forme di socializzazione nelle relazioni interpersonali che devono essere considerate ai fini della soluzione degli eventuali conflitti di diritti che insorgono fra le parti. Per questi conflitti che un tempo si potevano decidere semplicemente stabilendo la prevalenza dell'uno sull'altro, nel digitale devono comunque trovare soluzione attraverso il loro bilanciamento. Qui il bilanciamento non è soltanto il mezzo per realizzare l'interesse della parte in lite, ma è il viatico per realizzare nel contempo l'interesse generale.

La *governance* della tecnica è di interesse generale.

[29] TOFFLER, *La terza ondata*, Milano, 1987, l'edizione in lingua originale è del 1980, quasi come sottotitolo in copertina si legge: «Il tramonto dell'era industriale e la nascita di una nuova civiltà».

JUS CIVILE



GIUSEPPE GRISI

Professore ordinario di Diritto privato – Università degli Studi Roma Tre

ANCORA SULL'ESAZIONE DELLA PRESTAZIONE*

SOMMARIO: *1. Obbligazione* portable*: sbaglia la S.C. a giudicare operativa la* Verwirkung*. – 2. L'area dell'inerzia creditoria non insignificante. – 3. Inerzia del creditore e* mora credendi*. – 4. Esigibilità immediata ed esazione.*

1. – Rosalba Alessi ha avuto recentemente modo di riprendere temi a lei cari, in occasione della stesura di una parte significativa di un trattato. L'oggetto da lei analizzato è l'adempimento [1], nei suoi svariati risvolti, e proprio la lettura di queste pagine – redatte, come di consueto, con maestria e non comune padronanza – ha maturato in me il convincimento che valesse la pena tornare a riflettere, ma con maggiore approfondimento, sull'esazione della prestazione che, come dirò tra breve, già avevo sottoposto ad esame in uno scritto da poco elaborato [2].

Le obbligazioni vanno adempiute e l'adempimento ha valenza estintiva solo se l'esecuzione della prestazione è esatta, corrispondente cioè a quel che dal titolo emerge e rispettosa dei criteri dalla legge all'uopo contemplati. Fin qui, la teoria. Poi, c'è la pratica, con le circostanze che in concreto accompagnano lo svolgimento della fase esecutiva della prestazione e con le parti interessate che, sovente, sono aduse a gestire con elasticità, secondo convenienza e tenuto conto delle condizioni particolari nelle singole realtà esistenti, le modalità di svolgimento dell'esazione, senza troppo badare alla corrispondenza con modelli precostituiti. Cosicché, quale che sia l'oggetto della prestazione, capita che il creditore solleciti l'adempimento per via di una richiesta rivolta al debitore, ma pure può darsi che sia quest'ultimo, non stimolato a farlo, ad effettuare spontaneamente la prestazione dovuta [3]. Nessun problema se non affiorano ragioni di conflitto. Non è raro che l'esazione della prestazione esigibile si faccia attendere; il creditore, frequentemente, interpella in tal caso il debitore per reclamare l'esecuzione, ma come gestire la situazione là dove ciò non accada e le parti non abbiano il buonsenso di uscire dall'*impasse* trovando una soluzione condivisa? E possiamo anche ipotizzare che il creditore, che avrebbe diritto a ricevere la prestazione, consapevolmente scelga di rimanere inerte per

---

* Saggio destinato agli *Scritti in onore di Rosalba Alessi*, di cui è imminente la pubblicazione.

[1] R. ALESSI, *L'adempimento dell'obbligazione*, in R. ALESSI, G. GRISI, A. NICOLUSSI, G. PORTONERA, *Le obbligazioni. Tomo I. Le disposizioni preliminari, l'adempimento*, nel *Tratt. dir. priv.* diretto da S. MAZZAMUTO, Giappichelli, Torino, 2024, 277 ss.

[2] G. GRISI, *Brevi note sull'esazione della prestazione*, in corso di pubblicazione nel Tomo I degli *Scritti in memoria di Rodolfo Sacco*, curati da P.G. MONATERI.

[3] L'attuazione del rapporto non è «compromessa per la mancanza, *a parte creditoris*, della richiesta di adempimento, giacché l'offerta del debitore potrebbe verificarsi anche indipendentemente da essa» (U. NATOLI, L. BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi. Appunti delle lezioni*, Giuffrè, Milano, 1975, 5).

ISSN 2421-2563



lungo tempo ad attendere che il debitore onori il suo debito: se è decorso il termine necessario ai fini della prescrizione del diritto *nulla quaestio*, ma se il tempo determinato dalla legge a quel fine non è trascorso, c'è da chiedersi se sia giuridicamente prospettabile un esito della vicenda che veda il creditore perdere il diritto, stante l'emersione, con rilievo prevalente, dell'esigenza di tutelare l'affidamento che la prolungata inerzia ha creato in capo al debitore in ordine all'abbandono della pretesa.

Al quesito da ultimo illustrato la S.C. ha dato risposta affermativa in una sentenza [4], che ha dato luogo a valutazioni contrastanti e suscitato un vivace dibattito [5], principalmente animato da chi ad essa ha addebitato la surrettizia introduzione nel nostro ordinamento della *Verwirkung* di matrice germanica [6]: implicato nella vicenda un contratto di locazione, assodata, nel corso del rapporto, l'omessa richiesta di pagamento dei canoni per ben sette anni, constatato per quel lungo lasso di tempo il mancato pagamento dei canoni, la pronuncia – facendo leva sul principio di buona fede nell'esecuzione del contratto di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. – ha qualificato esercizio abusivo del diritto la domanda all'improvviso rivolta, in via monitoria, dal locatore, diretta alla corresponsione "in blocco" di Euro 242.413,28 a titolo di canoni di locazione, maturati dal 2004 a fine 2013, e spese.

Il richiamo alla *Verwirkung* ci è subito apparso inconferente e la critica, in positivo rivolta a prospettare un approdo diverso da quello che la sentenza ha raggiunto, ha puntato l'attenzione sulle modalità di esazione della prestazione, rinvenendosi su tale terreno – a nostro parere – un dato normativo chiaro e probante che la S.C. ha indebitamente trascurato. C'è una disposizione, l'art. 1182 c.c., che, ponendo in luce la distinzione tra obbligazioni *portables* e obbligazioni *quérables*, si dà carico, in assenza di diversa determinazione pattizia o derivante dagli usi o desumibile dalla natura della prestazione [7], non solo di identificare il luogo in cui l'obbligazione va eseguita, ma anche di disciplinare l'esazione della prestazione [8], prescrivendo al debitore pecuniario – nel caso di specie, al locatario, tenuto a corrispondere con la cadenza nel contratto stabilita il

---

[4] Alludiamo a Cass. 14 giugno 2021, n.16743, in *Danno resp.*, 2022, 91, con nota di A.M.S. CALDORO, *Inerzia del creditore, affidamento, rilancio improvviso delle pretese creditorie. Di buona fede (militante), abuso e* Verwirkung, pure commentata – tra i molti – da G. D'AMICO, Verwirkung *ed esercizio abusivo del diritto di credito*, in *Contratti*, 2022, 129 ss.; ID., *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 1164 ss.; M. ORLANDI, *Ermeneutica del silenzio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 1179 ss.; F. MACARIO, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 1171 ss.; C.M. NANNA, *Prescrizione,* Verwirkung *e buona fede, tra certezza del diritto e prospettive di riforma*, in *Pactum*, 2/2022, 193 ss. (in *www.rivistapactum.it*); F. PIRAINO, *La protratta inerzia nell'esigere il credito tra remissione tacita,* Verwirkung *e divieto di abuso del diritto*, in *Europa dir. priv.*, 2022, 204 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La* Verwirkung *(ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 1186 ss.; G. VETTORI, *Buona fede, abuso ed inesigibilità del credito*, ivi, 2022, II, 185 ss.

[5] Si vedano, non tutti espressivi di un orientamento critico verso la sentenza in considerazione, i commenti segnalati nella nota che precede.

[6] Così, esplicitamente, G. D'AMICO, Verwirkung *ed esercizio abusivo*, cit., 129. È lo stesso A., tuttavia, a sottolineare come l'istituto «non fosse sfuggito all'attenzione della dottrina (già un cinquantennio fa)»: a riprova sono citati gli studi di F. RANIERI, *Rinuncia tacita e* Verwirkung, Cedam, Padova, 1971 e S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Jovene, Napoli, 1978. Di *Verwirkung* altra sentenza, meno recente, si era occupata, manifestando una chiusura che – come avverte F. PIRAINO, *op. cit.*, 215 – non è, però, tale da escludere «del tutto che una condotta improvvisamente contrastante possa assumere rilevanza come comportamento scorretto»: trattasi di Cass. 15 marzo 2004, n. 5240, in *Foro it.*, 2004, I, 1397, cui fa riferimento l'ampio commento di F. ASTONE, *Ritardo nell'esercizio del credito,* Verwirkung *e buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 603 ss.

[7] Essendo in gioco una «modalità della prestazione, la priorità viene data alla volontà delle parti e agli interessi che esse esprimono» (A. DI MAJO, *Le modalità dell'obbligazione*, Zanichelli, Bologna, 1986, 595 s.). L'A., perciò, ritiene che le regole legali enunciate dall'art. 1182 c.c. abbiano carattere suppletivo e non dispositivo.

[8] Già tempo addietro E. VALSECCHI, *Sul principio dies interpellat pro homine*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, (in nota a Cass. 19 gennaio 1956, n. 159), pur senza entrare nel dettaglio, segnalava come detta distinzione, «fondata sulla diversità di luogo dell'adempimento», comportasse «una serie di rilievi di notevole portata teorica e pratica». Si veda, oggi, F. GAMBINO, *Le obbligazioni. 1. Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, Utet, Torino, 2015, 359.



canone – di recarsi presso il «domicilio che il creditore ha al tempo della scadenza» ed effettuare l'adempimento [9]. E c'è anche da considerare il principio *dies interpellat pro homine* dal quale scaturisce – come previsto dall'art. 1219, co. 2, n. 3, c.c. – che la mora del debitore è *ex re* [10] «quando è scaduto il termine, se la prestazione deve essere eseguita al domicilio del creditore». Per le obbligazioni di cui trattasi, in definitiva, l'iniziativa per adempiere compete unicamente al debitore [11]: e se il creditore, legittimamente, può astenersi dal compiere attività di collaborazione a quel fine [12], non c'è pregiudizio che egli possa temere di dover sopportare in conseguenza della decisione di rimanere inerte ed attendere, anche per lungo tempo, che il debitore effettui la prestazione dovuta. Crediamo si possa dire, perciò, dimostrato che «l'inerzia (…) pura o mera (…) non significa nulla prima del tempo, e cioè prima che sia maturata una determinata durata» [13], quella funzionale all'operare della prescrizione.

2. – Ma dalla distinzione tra obbligazioni *portables* e obbligazioni *quérables* pure discende che la conclusione sin qui raggiunta non vale per ogni obbligazione. Ci sono rapporti ove al creditore è richiesto di svolgere un'attività funzionale all'esazione della prestazione [14]: alludiamo alle obbligazioni pecuniarie sfuggenti alla regola del co. 3 dell'art. 1182 c.c. [15] e – come si evince dall'ultimo comma di detta disposizione – alle

[9] La regola, che individua nel domicilio il luogo in cui il creditore ha posto la sede principale dei propri affari ed interessi, è, ovviamente, calibrata sul pagamento *cash* del dovuto; va applicata se non è stabilita nel contratto o non è comunque accettata dal locatore una modalità di corresponsione del canone diversa, come quella a mezzo assegno bancario (v. Cass. 14 gennaio 2000, n. 369, in *DeJure*). Dubito che la precisazione valga anche per i pagamenti effettuati per via elettronica e ciò anche al di fuori dei casi in cui è la legge ad imporre restrizioni all'uso del contante.

[10] Cosicché, la costituzione in mora del debitore tramite intimazione o richiesta fatta per iscritto non è necessaria: «non è che la mora non rilevi, ma il debitore inadempiente è già, potremmo dire automaticamente, in mora» (G. GRISI, *La* mora debendi *nel sistema della responsabilità per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 70), ovverosia gli effetti della costituzione in mora si producono *ex re*.

[11] Egli sa, dunque, «fin dall'assunzione dell'obbligo che la prestazione, senza che occorra un'iniziativa dell'avente diritto, dovrà eseguirsi nel giorno fissato al "domicilio del creditore"» (G. ANZANI, *Mora del debitore ed apparenti differenze tra responsabilità da inadempimento e responsabilità da fatto illecito*, in *I Contratti*, 2019, 193). Non si ravvisa un obbligo del creditore di ricevere l'adempimento, ma – a norma dell'art. 1206 c.c. – egli «è in mora quando, senza motivo legittimo, non riceve il pagamento offertogli nei modi indicati dagli articoli seguenti», mentre, se l'offerta non è formale, entra in gioco l'art. 1220 c.c.

[12] Si veda G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1218-1222*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, diretto da F.D. BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2006, 500 s. In giurisprudenza, Cass. 12 aprile 1978, n. 1734, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 1420 ha riconosciuto che l'art. 1219, co. 2, n. 3 si applica soltanto quando l'adempimento non richieda alcuna collaborazione del creditore stesso. Vedasi anche Cass. 10 dicembre 1979, n. 6415, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce *Obbligazioni in genere*, n. 32, che ha giudicato la costituzione in mora non necessaria quando l'obbligazione debba essere adempiuta presso un terzo, poiché in tal caso l'iniziativa per adempiere compete unicamente al debitore, il quale diviene perciò moroso per la sola scadenza del termine.

[13] M. ORLANDI, *Ermeneutica del silenzio*, cit., 1181. Condivisibile è la risposta data dall'A. a chi ritenga implicato nel silenzio del creditore la rinuncia implicita del credito: «A questa domanda risponde la legge, prevedendo il significato estintivo (riduttivo) della prescrizione» (M. ORLANDI, *Prescrizione e riduzione*, in *Pers. mercato*, 1/2023, 17).

[14] E costituisce dibattuta *quaestio* la rintracciabilità, in tal caso, di una «obbligazione costituente oggetto di un rapporto avente come soggetto attivo il debitore della prestazione cui è correlato il dovere di cooperazione e come soggetto passivo l'obbligato a tale cooperazione» oppure di un dovere del creditore di cooperare che «quando necessario all'adempimento da parte del debitore si configura come un dovere strumentale all'adempimento dell'obbligazione»: i passi testualmente riportati sono tratti da Cass. 10702/2014, orientata nel secondo senso, così come la dottrina in larga parte [v. R. ALESSI, *op. cit.*, 382 che dall'inosservanza di detto dovere strumentale fa discendere la «responsabilità del creditore (nell'avere determinato l'impossibilità della prestazione o il ritardo) pur se subordinatamente al necessario presupposto della messa in mora: con gli effetti di cui all'art. 1207, co. 1 e 2."].

[15] Tali sono, insieme ad altre, le obbligazioni relative al risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale (Cass. 2 agosto 2000, n. 10120, in *DeJure*); si ritiene, infatti, che l'adempimento al domicilio del creditore al tempo della scadenza sia riferibile ai casi in cui oggetto dell'obbligazione sia *ab origine* un credito liquido, ossia qualora l'obbligazione tragga origine da un titolo, negoziale o giudiziale, che stabilisca la misura del credito stesso, ovvero qualora quest'ultimo – benché illiquido – sia tuttavia di agevole

ISSN 2421-2563



obbligazioni non ricadenti nelle previsioni dei commi precedenti, le quali, se non sono la convenzione o gli usi o la natura della prestazione o altre circostanze a stabilire il luogo ove l'esecuzione della prestazione deve avvenire, vanno adempiute «al domicilio che il debitore ha al tempo della scadenza». Il caso che dobbiamo considerare vede quest'ultimo, esigibile la prestazione dovuta, attendere nel suo domicilio che il creditore ivi si rechi per effettuarla. «Nelle obbligazioni c.d. *quérables* (*Holschuld*) è il creditore che deve adoperarsi per ottenere la prestazione dovuta (…), giacché il debitore dovrà ritenersi adempiente per il semplice fatto che, nel proprio domicilio, ha "approntato" la prestazione dovuta» [16]; se, dunque, il ritardo della visita si protrae, dovendo ragionevolmente ritenersi che sia il creditore il primo ad avere interesse all'adempimento, è plausibile che il debitore, constatata l'inerzia della controparte, possa da essa trarre il convincimento che quell'interesse sia venuto meno. Qui osserviamo che è l'avente diritto a rimanere inattivo quando – in linea con quel che la legge prevede – avrebbe, invece, dovuto attivarsi; sicché pensare all'operatività della *Verwirkung* non è azzardato. Al fine, occorre di necessità accertare – mutuiamo l'espressione impiegata nella sentenza dianzi richiamata – la sussistenza di «elementi circostanziali oggettivamente idonei a ingenerare nel conduttore un affidamento nella remissione del diritto di credito (…) per *facta concludentia*»; ma, in questo contesto, può ben rilevare «un'inerzia valutata nei fatti e che perciò non si lega a previsioni tassative di termini temporali precisi per i quali deve durare (…) relativamente all'esercizio del diritto e che conduce a perderlo» [17].

Il debitore che abbia a constatare l'inerzia del creditore, quindi, potrebbe avere interesse a rimanere egli stesso inerte perché consapevole che questo suo contegno omissivo può utilmente congiurare a fornirgli accesso alla liberazione dal vincolo per via diversa dall'adempimento. Non è detto che il piano riesca. Il creditore, sin lì inattivo, può decidere di cooperare all'adempimento e tale decisione, che può darsi sia assunta spontaneamente, può però anche risultare incentivata dall'offerta formale della prestazione che il debitore, abbandonato il proposito di rimanere osservatore passivo dell'evoluzione degli eventi, abbia a lui indirizzato. L'offerta può anche essere invano rivolta e non modificare la situazione preesistente: un'eventualità, questa, che potrebbe finire per avvantaggiare il debitore, da considerarsi perciò pericolosa per il creditore. Vediamo di spiegarci. L'offerta non è diretta, nel caso di specie, ad evitare gli effetti della *mora debendi* [18], né il debitore mira all'eliminazione di ogni possibile ragione di dubbio circa la correttezza del suo comportamento; egli sa che l'offerta può spingere il creditore ad adempiere, ma sa anche che il permanere dell'inerzia di quest'ultimo – e, a maggior ragione, il rifiuto dell'offerta – costituisce indice di sicuro apprezzamento del venir meno del suo interesse verso la prestazione, tale da fornire oggettivo fondamento al legittimo affidamento nella remissione del diritto di credito e più sicuro accesso alla tutela attraverso la produzione di un effetto analogo a quello che la *Verwirkung* è in grado di attivare.

Ovviamente, lo scenario cambia se il creditore si reca al domicilio del debitore reclamando la prestazione

---

liquidazione mediante semplici operazioni di calcolo e senza necessità di ulteriori accertamenti (v. Cass. S.U. 13 settembre 2016, n. 17989, in *Contratti*, 2017, 27, con commento di M. D'ONOFRIO; Cass. 13 maggio 2004, n. 9092, *ivi*, 2004, 1046). *Amplius*, sullo spazio applicativo della regola della portabilità, v. A. DI MAJO, *op. cit.*, 603 ss.

[16] A. di MAJO, *op. cit.*, 591.

[17] Così enunciati i caratteri propri della *Verwirkung* da P. RESCIGNO, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Tempo e diritto. In memoria di Paolo Vitucci*, Jovene, Napoli, 2010, 15.

[18] A ciò è funzionale – stando al dettato dell'art. 1220 c.c. – l'offerta non formale. Ma esula dal caso considerato la costituzione in mora del debitore, che, necessitando dell'intimazione o della richiesta scritta da parte del creditore (come nota U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Giuffrè, Milano 1991, 590, vanno ricondotti alla mora *ex persona* «l'intero genere delle obbligazioni *quérables*, eseguibili al domicilio del debitore o in un luogo diverso dal domicilio del creditore, e, tra le obbligazioni *portables*, soltanto quelle in cui il termine scada dopo la morte del debitore»), non è ipotizzabile ove del creditore si constati l'inerzia.



o anche indirizza a quest'ultimo una richiesta di adempimento [19], dovendosi essa ritenere sufficiente a scongiurare l'insorgenza dell'affidamento cui poc'anzi si è accennato. Sembra strana la previsione dell'art. 1219, co. 1, c.c. che pone a carico del creditore – cioè di colui che è chiamato a recarsi al domicilio del debitore se vuole ottenere la prestazione cui ha diritto – l'onere di esprimere in modo formale la volontà di veder soddisfatte le sue ragioni ai fini della costituzione in mora del debitore. Ma dirada la perplessità pensare che la *mora debendi* non integra la disciplina dell'esazione della prestazione e, ancorché possa in qualche misura incentivarla, è votata alla produzione di effetti incidenti su piani diversi [20]. Occorre, poi, considerare che, nella realtà, la decisione di costituire in mora il debitore – «che trova il suo presupposto nel ritardo nell'adempimento di una prestazione esigibile» [21] – segue, di norma, l'infruttuosa visita, da parte del creditore, nel domicilio di lui; senza far carico all'avente diritto di recarsi ancora lì spontaneamente e chissà quante volte sperando in miglior sorte, prevedere la costituzione in mora *ex persona* – che è, in senso lato, intimazione ad adempiere – giova alla certezza, vale ad evitare dubbi e agevola la soluzione di conflitti che possano eventualmente insorgere.

3. – Presupposta l'inattività del creditore, c'è un'altra eventualità prospettabile. Per quanto – come detto – la *Verwirkung* non si leghi «a previsioni tassative di termini temporali precisi», è indubitabile che, più è lungo il lasso di tempo in cui l'inerzia è registrata, più ampi sono i margini per la sua operatività. Il debitore potrebbe, però, avere interesse ad una liberazione più sollecita dal vincolo, realizzabile tramite l'adempimento che l'inerzia del creditore al momento ostacola. Viene, allora, di chiedersi se il comportamento del creditore che ometta di cooperare all'adempimento recandosi nel domicilio del debitore per effettuare la prestazione, non suffragato da motivazioni che possano legittimamente giustificarlo, possa rilevare ai fini della costituzione in mora del creditore e dell'attivazione dell'ulteriore procedimento atto a determinare l'agognato effetto liberatorio. Più semplicemente – mutuando i termini dalla lettera dell'art. 1206 c.c. – può, nelle circostanze ora rappresentate, profilarsi un creditore che «non compie quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione»? La risposta affermativa, che viene spontaneo dare, va meglio meditata. Invero, la mera inerzia di chi, pur dovendolo fare, non si reca nel domicilio del debitore, non può – a mio parere – ritenersi sufficiente. Deve materializzarsi l'impedimento all'adempimento e abbisogna, al fine, che sussistano elementi congiunturali atti a rivelarne al di là di ogni ragionevole dubbio l'esistenza: è quanto sembra a chiare lettere affermare anche Rosalba Alessi, allorché, nel descrivere il contesto in cui opera il disposto dell'art. 1206 c.c., registra necessaria la presenza «di una situazione di incertezza determinata da una offerta della prestazione seguita da un rifiuto non motivato» [22]. *Ergo*, devesi palesare, al cospetto del creditore inerte, un debitore che, almeno, abbia inequivocabilmente rappresentato alla controparte la sua disponibilità ad un pronto ed esatto adempimento [23]; solo se segue il silenzio del creditore – e, a maggior ragione, di fronte al di-

[19] Richiesta, che può trovare giustificazione là dove – ad esempio – circostanze venutesi a determinare o specifiche cause all'ultim'ora sopravvenute rendano necessario effettuare la prestazione in luogo diverso da quello indicato nell'art. 1182, ult. co., c.c.

[20] Sull'argomento, in termini generali, sia consentito segnalare G. GRISI, *La* mora debendi, cit., 71 ss. Tra detti effetti si segnala l'interruzione della prescrizione, correlata ad atto che presenti i requisiti indicati in Cass. 28 novembre 2016, n. 24116, in *www.studiocerbone.com*.

[21] G. GRISI, *La* mora debendi, cit., 71.

[22] R. ALESSI, *op. cit.*, 381.

[23] Va precisato – come ribadito in Cass. 4 novembre 2019, n. 28275, in *www.sentenze.laleggepertutti.it* – che affinché «l'offerta del debitore sia idonea a costituire in mora il creditore, è necessario che essa comprenda la totalità della somma dovuta, degli interes-

ISSN 2421-2563



chiarato suo rifiuto di detta disponibilità – può dirsi certamente integrata la fattispecie delineata dall'art. 1206 c.c. Presupposto ciò, con l'offerta della prestazione nel rispetto delle modalità prescritte dalla legge, o l'obbligazione si estingue per via dell'accettazione dell'offerta da parte del creditore o quest'ultimo è costituito in mora; in questa seconda eventualità, alla liberazione del debitore dal vincolo si addiviene con l'osservanza delle disposizioni che il codice civile a tal fine enuncia.

La riflessione ora svolta rivela l'esistenza di un *trait d'union* tra l'art. 1182 c.c., che non disciplina solo il luogo dell'adempimento, e l'art. 1206 c.c., che individua le condotte rilevanti ai fini della costituzione in mora del creditore: il non ricevere «il pagamento offertogli» si correla al carattere *portable* dell'obbligazione, mentre il non compiere «quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere» si rapporta a scenario pur non in via esclusiva abbinabile all'esecuzione di un'obbligazione *quérable*.

4. – Altri motivi che danno a pensare affiorano dalle considerazioni sin qui svolte. Ne vogliamo considerare, in conclusione, uno.

L'esigibilità attiene al tempo della prestazione [24] e comunemente si associa al concetto di debito esigibile l'avvenuta scadenza del termine di pagamento e l'insussistenza di «altri impedimenti giuridici all'esercizio della pretesa creditoria» [25]. Ciò posto, entrano in gioco le regole suesposte a disciplinare la concreta esazione del debito esigibile. Interessante è studiare il caso in cui le parti non abbiano determinato il tempo in cui la prestazione deve essere eseguita. Il creditore – recita l'art. 1183 c.c. – può allora «esigerla immediatamente», il che equivale a dire «che è il creditore a stabilire il momento in cui la prestazione è "esigibile"» [26]. Lo stesso articolo lascia poi intendere che tra il momento in cui la prestazione diviene esigibile e quello in cui il pagamento è effettivamente operato non v'è (o v'è solo teorica) coincidenza: non si dice che il debitore deve immediatamente eseguire la prestazione, ma che con immediatezza «il creditore può esigerla» e, inoltre, si richiama la necessità di fissare un termine – che, come pure segnala il co. 2, è «termine per l'adempimento» e non per l'esigibilità – «in virtù degli usi o per la natura della prestazione ovvero per il modo o il luogo dell'esecuzione». Dunque, esigibile immediatamente il debito, e ferme restando le note regole a disciplinare il luogo dell'adempimento, viene logico pensare che il creditore, legittimato ad incamerare la prestazione, sia chiamato a richiedere, anche in via informale, al debitore di adempiere [27]: quantunque non costituisca oggetto di esplicita previsione normativa, tale richiesta trova un implicito riscontro nella lettera di detta disposizione, non foss'altro perché il debitore va posto al corrente dell'attualità dell'interesse che la controparte ha all'esecuzione. Detta richiesta, poi, sembra coerentemente innestarsi in un rapporto obbligatorio che l'art. 1174 c.c. vuole incentrato sulla necessaria corrispondenza della prestazione del debitore all'interesse del creditore.

La richiesta, non solo là dove le circostanze indicate nella seconda parte del co. 1 dell'art. 1183 c.c. lo

si e delle spese liquide, con la conseguenza che il rifiuto del creditore fondato sull'inidoneità della somma offerta a coprire l'intero ammontare del credito non viola il disposto dell'art. 1220 c.c., risultando lo stesso legittimamente formulato, e che analoghe conseguenze valgono anche in riferimento all'offerta non formale, idonea quanto meno ad impedire la mora del debitore».

[24] Lo precisa P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione delle obbligazioni*, Esi, Napoli, 1972, 136 s.

[25] C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1990, 485.

[26] A. DI MAJO, *op. cit.*, 584.

[27] Il «creditore *può* esigere immediatamente la prestazione ma anche il debitore *può* eseguirla immediatamente» (A. DI MAJO, *op. cit.*, 663); ciò nondimeno, la coincidenza tra i due momenti è da considerarsi solo in astratto configurabile, mentre rara a verificarsi è l'ìpotesi che il debitore adempia senza indugio a prescindere dalla richiesta di esazione.



impongano, deve recare indicazione di un termine per l'adempimento: a tacer d'altro, ne determina la necessità il canone di correttezza che, *ex* art. 1175 c.c., deve improntare il comportamento del debitore e del creditore. Parliamo di un termine che – in definitiva – condivide i tratti del «termine ragionevole dalla conclusione del contratto» entro cui – ai sensi dell'art. 6.1.1 dei Principi Unidroit – se una data per l'adempimento non è fissata, quest'ultimo va effettuato. Può, allora, indicarsi un congruo numero di giorni quale termine, oppure – in ossequio ad una prassi linguistica molto in uso – evidenziarsi l'interesse a veder immediatamente effettuata la prestazione, purché rimanga chiaro, in questo secondo caso, che la formulazione adottata va intesa come ingiunzione al debitore di far presto e non tardare ad adempiere.

Se il termine per l'adempimento non è rispettato, si materializza il ritardo che, stando all'art. 1218 c.c., è voce dell'inadempimento e dà accesso alla tutela di risarcimento relativo al danno che il ritardo ha provocato.

Dovrebbe, allora valere la regola abbinata alle obbligazioni *portables*, ma – come già segnalato – così non è, giacché per le obbligazioni relative al risarcimento del danno, sia contrattuale che extracontrattuale, il luogo dell'adempimento è il domicilio del debitore, rientrando in applicazione la predetta regola là dove il risarcimento del danno sia convenzionalmente fissato in una somma di denaro liquidata in base a criteri prefissati [28].

[28] V. Cass. 19 aprile 2018, n. 9632, in *DeJure*.

ISSN 2421-2563

JUS CIVILE



SALVATORE MAZZAMUTO

Professore emerito di Diritto civile – Università degli Studi Roma Tre

LE RAGIONI DI UN NUOVO TRATTATO DEL DIRITTO PRIVATO ITALIANO

Il *Trattato* [1] da me diretto si propone di approfondire i diversi ambiti del diritto civile classico, del diritto commerciale, dell'economia e del lavoro con un'attenzione rinnovata alla costruzione del sistema che consideri il diritto privato europeo come un'imprescindibile architrave e riservi uno spazio trasversale alla rivoluzione digitale e ai suoi diversi "impatti" sull'ordinamento, in generale, e sul diritto privato, in particolare: molteplici saranno, quindi, le scelte di fondo innovative tra cui segnaliamo ancora quella di dare modernamente spazio nella disamina dei singoli istituti al profilo dei rimedi od ancora di collocare i contratti d'impresa all'interno dell'illustrazione del quadro normativo del relativo mercato, cogliendo il momento negoziale nell'ambito dell'attività d'impresa cui esso dà corpo. L'opportuno approfondimento, ove necessario, va indirizzato alla globalizzazione ed ai suoi riflessi sulla disciplina privatistica.

L'analisi dei singoli istituti muove, infatti, dalla disciplina generale e, in primo luogo, dal codice civile, assunto come perno del sistema; ma, in pari tempo, ci si propone di allargare lo sguardo alla disciplina di settore e ai sottosistemi, con un duplice obiettivo. In primo luogo, si è reso necessario verificare se e in quale misura alcune *ratio* e soluzioni speciali, oppure proprie dei sottosistemi, si prestino ad essere generalizzate o, per lo meno, offrano indicazioni sia per rileggere alcune consolidate interpretazioni della parte generale sia per ridefinire categorie concettuali sperimentate o per elaborarne di nuove. In secondo luogo, si è perseguito l'obiettivo dell'istituzione di una certa misura di coerenza interna alle discipline speciali e ai sottosistemi, al fine di offrire al lettore un ordine ricomposto, nel quale assumano un significato più profondo e arioso anche le normative secondarie, come quelle delle autorità amministrative indipendenti. Lo sforzo si è tanto più accentuato negli ambiti toccati dal processo europeo di armonizzazione e di uniformazione dei diritti nazionali, giacché è tempo di offrire una visuale in cui il diritto privato europeo non si giustapponga a quello di origine nostrana, come per incrementi successivi, ma vi si amalgami. Fondamentale si è rivelata l'elaborazione di una tassonomia e di un quadro categoriale di respiro europeo, grazie al quale sottoporre a una nuova sistemazione l'intero patrimonio normativo italiano, senza attendere che un'operazione siffatta venga compiuta malamente dal legislatore, come avvenuto in Germania e in Francia.

A tal fine, nonostante il taglio sostanzialmente compatto delle singole trattazioni, l'opera si prefigge di ricostruire in maniera puntuale il dibattito teorico sui singoli istituti, con un approccio non meramente descrittivo ma critico; nonché di evidenziare gli orientamenti giurisprudenziali consolidati più significativi tanto della Corte di Cassazione quanto della Corte di Giustizia, anche in questo caso privilegiando non la mera informazione ma l'analisi critica, in modo da offrire al lettore non già l'ennesima illustrazione pedissequa degli

[1] S. MAZZAMUTO (dir.), *Trattato del diritto privato*, 31 voll., Giappichelli, Torino 2023-2025.



sviluppi del diritto applicato, ma una verifica della tenuta tecnica e sistematica delle principali soluzioni offerte dalla giurisprudenza.

Lo sfondo giusfilosofico dell'opera è quello di un positivismo consapevole della sempre maggiore complessità dell'ordinamento nazionale e della sua strutturale interazione con gli ordinamenti sovranazionali, ma soprattutto conscio del ruolo imprescindibile delle disposizioni normative di vertice, sia costituzionali sia europee sia ancora internazionali, e dei giudizi di valore che esse istituiscono. Della maggiore discrezionalità in sede interpretativa che tali assetti determinano si è tenuto conto, nella consapevolezza che il compito istituzionale della dottrina consiste, per un verso, nel contenere questa discrezionalità, mettendo a disposizione dell'interprete un quadro categoriale e un reticolo di nessi sistematici in grado di orientarne le soluzioni applicative e di renderle tanto prevedibili quanto confutabili; e, per altro verso, nel vigilare costantemente sulla coerenza complessiva delle norme, avendo sempre di mira la ricomposizione del sistema.

I destinatari dell'opera vanno identificati negli accademici, ai quali si propongono letture che mirano ad alimentare il dibattito scientifico, e nei protagonisti del mondo delle professioni, ai quali viene offerto un quadro ragionato, tecnicamente provveduto e critico del sistema del diritto privato, che anteporrà il tipo di problema e le possibili soluzioni alla rassegnata episodicità della ricerca dell'ultimo orientamento giurisprudenziale. L'estensione ragionevolmente contenuta dell'opera e il metodo dogmatico modernamente coniugato con l'apertura ai valori e l'attenzione alle prassi e alla giurisprudenza candidano il *Trattato* a divenire uno strumento di formazione superiore per i giovani giuristi che affrontano la preparazione in vista dei principali concorsi e dell'abilitazione forense ma anche per gli studenti dei corsi specialistici della laurea magistrale in giurisprudenza.

ISSN 2421-2563

JUS CIVILE



LUCA NANNI

Professore ordinario di Diritto privato – Università degli Studi di Genova

ACCORDI E DISACCORDI SULLA BUONA FEDE OGGETTIVA

SOMMARIO: *1. L'iniziale atteggiamento di chiusura verso l'utilizzo della clausola generale di buona fede. – 2. La successiva affermazione del ruolo centrale della buona fede nella disciplina del contratto. – 3. Dal consenso generalizzato al dubbio manifestato su alcune applicazioni. – 4. Gli spunti offerti da una sentenza della Corte di Costituzionale.*

1. – È noto che al dovere posto dall'art. 1375 c.c., di eseguire il contratto secondo buona fede, inizialmente la giurisprudenza e parte della dottrina hanno dato scarsa importanza, soprattutto negando che la buona fede contrattuale possa costituire una fonte di integrazione del contratto.

Indicativa di questo atteggiamento è la massima espressa da una delle prime sentenze di legittimità chiamata ad applicare questa norma, nel 1963 [1]: «*il dovere generico di lealtà e correttezza … può costituire solo un criterio di valutazione e di qualificazione di un comportamento. Detto dovere non vale a creare, per se stesso, un diritto soggettivo … quando tale diritto non sia riconosciuto da un'espressa disposizione di legge. Pertanto, un comportamento contrario ai doveri di lealtà, di correttezza e di solidarietà non può essere reputato illegittimo e colposo, né può essere fonte di responsabilità per danni quando non concreti la violazione di un diritto altrui già riconosciuto in base ad altre norme*». Mentre, nella dottrina, era diffusa l'idea che il dovere in parola, e quello analogo di correttezza previsto dall'art. 1175 c.c., non avessero un rilievo normativo autonomo [2].

Nell'indicare le cause di questo atteggiamento, innanzi tutto è stato valorizzato il dato positivo ed in particolare la scelta di inserire il dovere di esecuzione del contratto secondo buona fede in un articolo del codice civile, il 1375, che sebbene collocato immediatamente dopo, è comunque autonomo rispetto all'articolo 1374, dedicato all'integrazione del contratto. Ciò ha indotto a pensare che il dovere di buona fede, intervenendo nella fase di esecuzione, non contribuisca alla determinazione del regolamento contrattuale, che logicamente precede l'esecuzione [3]. Inoltre, hanno avuto certamente un peso anche la diffidenza verso l'uso delle clausole generali, difficilmente prevedibili quanto alla loro applicazione nei casi concreti, ed il timore che,

[1] Cass., 16 febbraio 1963, n. 357, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1768 e in *Foro pad.*, 1964, I, 1283, con nota di RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*. La massima è stata poi ripetuta negli anni seguenti: si vedano per esempio Cass., 18 ottobre 1980, n. 5610, in *Riv. Dir. Comm.*, 1982, II, 167; Cass., 21 novembre 1983, n. 6933, in *Foro it.*, 1984, I, c. 456.

[2] MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, 358 e 417; PASTERIS, voce *Correttezza*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1959, 856. Per altri riferimenti si rinvia a Piraino, *Sull'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, I, 175, nota 14.

[3] In questo senso, Cass., 9 aprile 1987, n. 3480, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1609: «*l'obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede non riveste attitudine integrativa rispetto alle determinazioni delle parti in quanto, operando solo nel momento esecutivo, presuppone un regolamento di interessi già definito*».



inserendo, nel regolamento contrattuale doveri e divieti non previsti dalle parti, sarebbe risultata lesa la loro autonomia contrattuale, in un contesto, soprattutto giurisprudenziale, ancora permeato dal dogma della volontà e che vedeva perciò come del tutto eccezionale un intervento che potesse integrare il contenuto del contratto.

È certamente da individuare nell'opera di Rodotà [4] lo stimolo verso un atteggiamento diverso, che induca a non considerare l'integrazione come un attentato all'autonomia privata, alla quale è pur sempre rimessa la scelta di concludere il contratto, del tipo e del suo contenuto. L'integrazione serve invece a creare il necessario coordinamento fra l'autonomia privata e i valori espressi dall'ordinamento, fra i quali, in particolare, assume fondamentale rilevanza il dovere di solidarietà sociale espresso dall'art. 2 della Costituzione. In questo modo non si consegnano le parti all'arbitrio del Giudice, la cui valutazione deve trovare pur sempre un chiaro ancoraggio legislativo. In tal senso, un ruolo determinante può svolgerlo la tipizzazione dei casi nei quali si ravvisa violazione della clausola generale di correttezza e buona fede, così come – negli stessi anni nei quali scrive Rodotà – sta avvenendo con la clausola generale di ingiustizia del danno ai fini dell'applicazione dell'art. 2043 c.c.: individuare ipotesi tipiche di violazione della buona fede, condivise dagli interpreti, significa infatti fondare i giudizi su basi solide e prevedibili, eliminando l'incognito. In tal senso, è emblematico constatare come nel clima di diffidenza e finanche di rifiuto della clausola generale di buona fede, sopra evocato, si continuasse, frequentemente e da decenni, ad applicare l'ipotesi ormai ampiamente tipizzata di violazione della buona fede precontrattuale (art. 1337 c.c.), costituita dal recesso abusivo dalla trattativa [5].

2. – Grazie all'opera di Rodotà e alla consapevolezza assunta dai giudici sul loro ruolo nel governo dell'autonomia privata, oggi la situazione può dirsi capovolta, in quanto si assiste ad un uso ampissimo della buona fede, al punto che fra gli interpreti si è fatta strada l'esigenza opposta, di contenere il ricorso alla clausola generale qui in esame nei giusti limiti, com'è stato dimostrato dai commenti a sentenze delle quali si dirà nel successivo paragrafo, che hanno suscitato più critiche che consensi.

Che ciò dipenda anche dalla maggiore consapevolezza del ruolo assunto dal giudice può ricavarsi da una constatazione: spesso è il giudice più autorevole, quello di legittimità, a dimostrare maggiore apertura verso l'utilizzo della clausola generale di buona fede, come è dimostrato da vicende giudiziarie (delle quali si dirà in seguito), dove l'istanza fondata sulla buona fede contrattuale, rigettata in primo e in secondo grado, è stata poi accolta dalla Corte di Cassazione. Ed emblematica, rispetto a questo ruolo di guida assunto dai giudici di legittimità verso una maggiore apertura nei confronti della buona fede oggettiva, è l'inusuale critica rivolta da una sentenza del Supremo Collegio [6] alla Corte territoriale, per avere deciso a favore di un assicuratore una vicenda nella quale l'assicurato lamentava l'omessa informazione sugli elevati costi di gestione delle polizze che aveva sottoscritto nel 2000, sentendosi rispondere dall'assicuratore che tale informazione non rientrava fra quelle che secondo la normativa applicabile egli era tenuto a fornire. Nella motivazione della sentenza, addirittura la Corte di Cassazione ricorda al giudice di merito l'esistenza del codice civile: «*all'epoca della stipula delle polizze oggetto del presente giudizio era in vigore, da 58 anni, il codice civile. Il codice civile contiene gli articoli 1175, 1176, 1337 e 1375 c.c. Queste norme, ovviamente già nel 2000, imponevano*

[4] Soprattutto con *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969. Si vedano le riflessioni di Benedetti e Grondona su questa opera apparse nel 2019 in *Politica del diritto*, 83, e ivi, 125, Pesce, *Gli itinerari della buona fede secondo Rodotà*.

[5] Teorizzata da FAGGELLA, *Il fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, in *Arch. civ.*, 1909, 128 e negli anni successivi recepita dalla giurisprudenza: per esempio Cass., 6 febbraio 1925, in *Riv. dir. comm.*, 1925, II, 428.

[6] Cass., 24 aprile 2015, n. 8412, in *Onelegale*.

ISSN 2421-2563



all'assicuratore prima della stipula del contratto: – di informare il contraente sui costi e sulla redditività della polizza; – di fornire informazioni esaustive; – di fornire informazioni utili; – di fornire informazioni chiare».

Va precisato però che l'ampio utilizzo odierno della buona fede contrattuale dev'essere ridimensionato, tenendo conto che spesso viene ricondotto a tale clausola generale l'osservanza di doveri espressamente previsti dalla legge. Per esempio, è frequente il richiamo alla buona fede per valutare la condotta del prestatore d'opera che rinuncia all'incarico creando difficoltà al cliente, sebbene vi sia la previsione espressa dell'art. 2237, comma 3 c.c., secondo cui il prestatore d'opera non deve recedere con modalità tali da recare pregiudizio al cliente.

Inoltre, a volte si trovano enunciazioni di principio da parte della Corte di Cassazione che non necessariamente si tradurranno in applicazioni concrete, perché normalmente la buona fede viene valorizzata dalla Corte di legittimità per contrasto con l'atteggiamento di chiusura manifestato dal giudice di merito: significa che il ricorso per cassazione viene accolto, ma l'accoglimento è fondato sull'enunciazione del principio di diritto che valorizza il ruolo della buona fede; ad esso fa seguito il rinvio alla Corte di merito, dove non è detto che il principio di diritto si tradurrà nell'accoglimento della domanda fondata sulla buona fede, potendo il giudice del rinvio giungere comunque alla conclusione che non vi è stata violazione di tale dovere, neppure se inteso nell'accezione più ampia postulata dalla Corte di Cassazione.

Ciò premesso, può osservarsi che dopo l'iniziale diffidenza, di cui si è detto, la buona fede contrattuale ha assunto un ruolo determinante soprattutto quale fonte di integrazione del contratto, in una duplice modalità [7]: potendo consentire di affermare che a) il contratto obbliga a fare anche ciò che non è espressamente previsto, se è la buona fede ad imporre il dovere; b) il contratto vieta di fare anche ciò che non è espressamente vietato, se è la buona fede ad imporre il divieto [8].

Per quanto riguarda il profilo *sub a*), vengono in considerazione soprattutto i doveri di informazione, come evidenziato dalla sentenza precedentemente citata riguardante il rapporto fra l'assicuratore e l'assicurato.

Altre recenti pronunce si sono occupate del medesimo dovere in capo al notaio [9]. Una [10] ha ravvisato la violazione del dovere di buona fede contrattuale nella condotta del notaio che aveva rifiutato (non essendo formalmente tenuto) di fornire i dati anagrafici dell'acquirente di un'autovettura: dati richiesti dal venditore (che probabilmente li aveva smarriti) perché l'acquirente non aveva eseguito la voltura dell'intestazione dell'autoveicolo e il venditore si trovava costretto a continuare a pagare le tasse automobilistiche. Un'altra [11] ha ravvisato la medesima violazione nella condotta del notaio che aveva inserito in quattro atti di vendita immobiliare, conclusi fra le stesse parti in circa un anno di tempo, la clausola di rinuncia del venditore all'ipoteca legale, in una situazione nella quale era previsto in ogni vendita che l'acquirente non avrebbe pagato il prezzo al momento della stipula e dove, ogni volta, l'acquirente aveva immediatamente svenduto ad altri ciascun immobile appena acquistato con atto rogato dallo stesso notaio, così rendendosi nullatenente. Anche in questo caso vi era stata una difesa formale del notaio, il quale, come risultava negli atti di vendita,

[7] Come evidenziato da GALGANO, *Trattato di diritto civile*, IV ed., Padova, 2023, vol. II, 340.

[8] Entro l'ampio panorama dottrinale degli ultimi decenni sulla funzione della buona fede oggettiva si segnalano, fra gli altri, FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto – Suoi effetti reali e obbligatori*, ne *Il Codice Civile Commentario* diretto da Schlesinger, artt. 1374-1381, Milano, 1999, 198; D'ANGELO, *La buona fede*, nel *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, IV**, Torino, 2004, 40; UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, *passim*.

[9] Sul tema si veda AMENDOLAGINE, *Le obbligazioni gravanti sul notaio nella stesura del rogito*, in *I Contratti*, 2024, 61.

[10] Cass., 13 febbraio 2020, n. 3694, in *Onelegale*.

[11] Cass., 4 marzo 2022, n. 7185, in *Onelegale*. Sulla sentenza si veda la nota di CATALANI, *L'integrazione del rogito, la teoria dell'operazione economica e la responsabilità del notaio*, in *Giur. it.*, 2023, 2053.



aveva sempre reso edotto il venditore di ciò che avrebbe comportato la rinuncia all'ipoteca legale; ma a tale difesa la Corte di Cassazione ha risposto osservando come la peculiarità della situazione, conosciuta dal notaio, imponeva ben altra condotta da parte sua, in osservanza al dovere di buona fede contrattuale, rispetto al formale ed astratto richiamo alle conseguenze della rinuncia all'ipoteca.

Quanto al profilo *sub b*), secondo il quale il contratto può vietare di fare anche ciò che non è espressamente vietato, se è la buona fede ad imporre il divieto, viene in considerazione soprattutto il noto caso Fiuggi, deciso da un'illuminata pronuncia della Corte di Cassazione [12] che ha giudicato una vicenda nella quale l'Ente Fiuggi, affittuario dell'azienda del Comune di Fiuggi produttrice della nota acqua minerale, aveva convenuto col Comune un affitto che sarebbe negli anni aumentato in proporzione all'aumento del prezzo di vendita dell'acqua imbottigliata. Era accaduto però che nonostante l'inflazione di quegli anni ed il sensibile aumento del prezzo di vendita al dettaglio delle bottiglie, l'affittuaria continuava a corrispondere al Comune lo stesso importo. Alla richiesta di spiegazione del Comune, la risposta era stata che l'acqua imbottigliata non veniva immessa sul mercato, ma venduta ad una Società del medesimo gruppo dell'Ente Fiuggi, che la immetteva sul mercato; poiché il prezzo di vendita alla Società del gruppo era rimasto immutato negli anni, nessun aumento era dovuto al Comune. L'azione promossa da quest'ultimo fu respinta dai giudici di merito, i quali osservarono che nessuna clausola vietava all'affittuaria di vendere ad una Società del gruppo, anziché immettere direttamente le bottiglie sul mercato. Chiamata a decidere la controversia, la Corte di Cassazione osservò che «*il mezzo ripropone questioni già ampiamente dibattute nel giudizio di merito e relativamente alle quali la Corte di Appello sintetizza, conclusivamente, il proprio pensiero, con la proposizione che segue: "in definitiva, poiché dai patti contrattuali non è consentito dedurre alcun diritto in capo al Comune a che l'Ente Fiuggi aumentasse il prezzo di vendita in fabbrica delle bottiglie per adeguarlo alla svalutazione della moneta, né è lecito argomentare, in presenza di specifica pattuizione che attribuisce all'Ente stesso piena libertà principalmente nel fissare i prezzi di vendita, su pretesi comportamenti attuati in spregio delle regole della correttezza e della buona fede, la domanda va rigettata, in quanto del tutto sfornita di fondamento"*». In conseguenza dell'impostazione data al problema, il pensiero della Corte d'Appello espresse la tradizionale difesa del principio volontaristico: la Società non avrebbe avuto l'obbligo di aumentare il prezzo di vendita delle bottiglie dal produttore al distributore per adeguarlo alla svalutazione, in modo da consentire analogo adeguamento del canone dovuto al Comune, perché nessun obbligo in tal senso era previsto in contratto; mentre ogni diversa considerazione improntata al rispetto del canone di correttezza contrattuale avrebbe finito con l'introdurre un dovere laddove le parti avevano previsto la piena libertà d'azione; o, se si preferisce, avrebbe compresso la libertà d'azione voluta dalle parti.

Ben diverso è l'atteggiamento della Corte di Cassazione: «*ammesso che la legge pattizia attribuisca davvero all'Ente Fiuggi "piena libertà" nel determinare il prezzo in fabbrica delle bottiglie, essa non potrebbe, comunque, ritenersi svincolata dall'osservanza del dovere di correttezza (art. 1175 c.c.), che si porge nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, concorrendo, quindi, alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto o gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientarne l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375), nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non*

[12] Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Corr. giur.*, 1994, 566, con nota di V. Carbone.

ISSN 2421-2563



comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio». Di qui la censura della sentenza di merito, la quale era stata pronunciata «*sotto l'influsso, evidente, di persistenti diffidenze verso il principio in esame, ancorché denunciate dalla dottrina con particolare vigore a partire dai primi anni sessanta e in parte rimosse dalla giurisprudenza più recente*».

È interessante notare che un caso pressoché analogo, nel quale pure era stata utilizzata l'interposizione di una Società del gruppo per eludere una previsione contrattuale, si è ripresentato alcuni anni dopo. Infatti, una Società produttrice di olio aveva attribuito ad altra Società l'esclusiva per la vendita dei suoi prodotti in Libia, con l'espresso impegno della prima a non vendere il suo prodotto nel territorio senza il consenso della seconda. Era emerso però che era stata effettuata una vendita da parte di una Società controllata al 95,5% dalla produttrice e che, per la vendita, era stata utilizzata la stessa nave usata dalla produttrice prima di attribuire l'esclusiva alla sua nuova distributrice, che era stato fissato lo stesso prezzo prima praticato dalla produttrice e che era stata la stessa produttrice a fornire la garanzia richiesta dall'acquirente. Ebbene, prima la Corte d'Appello [13] e poi la Corte di Cassazione [14] hanno ritenuta fondata la domanda della distributrice fondata sulla violazione della buona fede contrattuale, respingendo quindi il tentativo della produttrice di invocare il rispetto formale del contratto, che non vietava le vendite compiute da una Società terza; tuttavia, nessuna delle due decisioni ha citato il fondamentale precedente costituito dal caso Fiuggi. Ciò sta evidentemente a significare che la valorizzazione del canone di buona fede è entrata nella mentalità delle Corti, dove non ha più bisogno ormai di fondarsi sul richiamo ai precedenti giurisprudenziali.

3. – Pur in un contesto di generale condivisione verso un utilizzo della clausola generale di buona fede adeguato alla sua importanza ed utilità, non sono mancati però dei casi nei quali sono stati manifestati seri dubbi, ispirati fondamentalmente dall'esigenza di individuare non solo le potenzialità applicative, ma pure i limiti alla sua operatività.

La nota sentenza della Corte di Cassazione sull'abuso del diritto nel caso Renault [15] costituisce forse il caso più dibattuto [16].

La vicenda è nota [17]: Renault Italia esercitò nei confronti di numerosi concessionari il diritto, a lei spettan-

[13] App. Lecce, 18 novembre 2013, in *Foro it.*, 2014, I, c. 253.

[14] Cass., 7 marzo 2022, n. 7358, in *Onelegale*. Si veda, sulla sentenza, PIRAINO, *Sull'esecuzione del contratto secondo buona fede*, cit., 173.

[15] Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Onelegale*.

[16] Basti, a tale riguardo, ripetere le parole di GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, 311: «*un motivo di grande stupore (ma non l'unico) è lo spropositato numero di commenti, spesso critici, non di rado fortemente ostili, con i quali alcune riviste giuridiche italiane hanno accolto la sentenza della Cassazione sull'abuso del diritto di recesso del concedente nel contratto di concessione di vendita di autovetture*». Si noti che un ampio dibattito ha suscitato anche, in tempi più recenti, il riferimento all'abuso del diritto, congiuntamente alla buona fede contrattuale ed al requisito generale dell'interesse ad agire *ex* art. 100 c.p.c., nel caso del rigetto della domanda di declaratoria di nullità del preliminare di vendita per omesso rilascio della fideiussione, in base all'art. 2 del d. lgs. n. 122/2005, in situazioni nelle quali non vi erano rischi concernenti l'operazione immobiliare o la situazione economico-finanziaria dell'impresa edile, sicché l'invocata nullità appariva motivata unicamente da un ripensamento: si vedano i riferimenti in GIOCONDI, *Brevi note sul nesso tra interesse ad agire, buona fede e abuso del diritto*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2023, 1300; MEZZASOMA, *La nullità di protezione tra violazione di obblighi di legge e abuso del diritto*, in *Corr. giur.*, 2021, 788.

[17] Ed è stata riferita da Galgano (difensore dei concessionari revocati dalla Renault nel giudizio sfociato nella decisione in commento) nel contributo citato nella nota precedente. A giustificazione del suo intervento Galgano riferisce di avere constatato che molte critiche alla sentenza della Corte di Cassazione sembravano dovute ad una non completa conoscenza della vicenda, a sua volta determinata dalla scarna ricostruzione del fatto nella sentenza della Corte di Cassazione.



te in base ai contratti di concessione di vendita, di recesso *ad nutum* da tali contratti. Emerse che la sua decisione non era motivata da insoddisfazione sull'operato dei concessionari, bensì dalla scelta strategica di favorire l'uscita di numerosi dirigenti, per ragioni di contenimento dei costi fissi, con l'incentivo a loro dato dalla promessa di affidamento di una concessionaria. I destinatari del recesso si coalizzarono in un'associazione e promossero il giudizio nel quale lamentarono l'abuso del diritto di recesso da parte di Renault Italia. Come già nel caso Fiuggi, la domanda fu rigettata dai giudici di merito; questa volta, però, non sulla base del pregiudizio manifestato dalla giurisprudenza nei primi anni successivi al codice civile, bensì con argomenti che effettivamente mettono l'interprete di fronte al problema concreto della individuazione dei limiti entro i quali la buona fede può operare. In particolare, la Corte d'Appello [18] aveva formulato, fra le altre, queste obiezioni: «*... 2) la previsione contrattuale del recesso ad nutum dal contratto non consente, quindi, da parte del giudice, il sindacato su tale atto, non essendo necessario alcun controllo causale circa l'esercizio del potere, perchè un tale potere rientra nella libertà di scelta dell'operatore economico in un libero mercato; 3) La Renault Italia non doveva tenere conto anche dell'interesse della controparte o di interessi diversi da quello che essa aveva alla risoluzione del rapporto ... 7) "Il mercato, concepito quale luogo della libertà di iniziativa economica (garantita dalla Costituzione), presuppone l'esistenza di soggetti economici in grado di esercitare i diritti di libertà in questione e cioè soggetti effettivamente responsabili delle scelte d'impresa ad essi formalmente imputabili. La nozione di mercato libero presuppone che il gioco della concorrenza venga attuato da soggetti in grado di autodeterminarsi"; 8) Alla libertà di modificare l'assetto di vendita, da parte della Renault Italia spa, conseguiva che il recesso ad nutum rappresentava, per il titolare di tale facoltà, il mezzo più conveniente per realizzare tale fine: non sussiste, quindi, l'abuso"; 9) La impossibilità di ipotizzare "un potere del giudice di controllo diretto sugli atti di autonomia privata, in mancanza di un atto normativo che specifichi come attuare tale astratta tutela", produce, come effetto, quello della introduzione di "un controllo di opportunità e di ragionevolezza sull'esercizio del potere di recesso; al che consegue una valutazione politica, non giurisdizionale dell'atto"; 10) La impossibilità di procedere ad un giudizio di ragionevolezza in ambito privatistico e, particolarmente, "in ambito contrattuale in cui i valori di riferimento non sono unitari, ma sono addirittura contrapposti e la composizione del conflitto avviene proprio seguendo i parametri legali dell'incontro delle volontà su una causa eletta dall'ordinamento come meritevole di tutela" fa sì che "Solo allorchè ricorrono contrasti con norme imperative, può essere sanzionato l'esercizio di una facoltà, ma al di fuori di queste ipotesi tipiche, normativamente previste, residua la più ampia libertà della autonomia privata"*». In sostanza, la Corte d'Appello aveva osservato che l'attribuzione a Renault Italia del potere di recesso *ad nutum* costituiva il risultato di un accordo liberamente negoziato e che la limitazione di tale potere avrebbe modificato i termini di tale accordo. A queste obiezioni la Corte di Cassazione risponde osservando che un controllo sull'atto di autonomia privata è pur sempre necessario, dovendosi comunque fare applicazione del canone di buona fede [19].

La decisione è stata quindi rimessa al giudice del rinvio, il quale [20] ha sorprendentemente disatteso il prin-

[18] La cui motivazione è riportata nella sentenza della Corte di Cassazione; i brani fra virgolette, che seguono nel testo, sono quindi tratti dalla sentenza della Corte di Cassazione, che li ha ripresi dalla sentenza d'appello.

[19] È ispirata a tale criterio anche Trib. Roma, 27 dicembre 2022, in *Il lavoro nella giur.*, 2023, 636, con nota di COLLIA, *Sul sindacato del giudice del merito in caso di contratto che preveda il diritto di recesso ad nutum*, che ha ravvisato la violazione della buona fede contrattuale nel recesso esercitato senza motivazione dopo solo un mese da un contratto di lavoro a progetto della durata di nove mesi, nel quale la persona che aveva subito il recesso, chiamata a svolgere mansioni di docente presso una scuola paritaria, lamentava di essere stata discriminata per il suo stato di donna transessuale.

[20] App. Roma, 5 febbraio 2018, in *Onelegale*.

ISSN 2421-2563



cipio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione, avendo ritenuto che si debba distinguere fra abuso del diritto di recesso *ad nutum* dal contratto, non ipotizzabile perché il controllo sulla motivazione del recesso renderebbe non libero un potere che è riconosciuto, appunto, *ad nutum*, e violazione della buona fede nell'esercizio del recesso, ipotizzabile in relazione alle modalità con le quali il recesso è stato posto in essere; e che il sindacato del giudice possa avere per oggetto solo nella seconda ipotesi.

Un'altra discussa sentenza della Corte di Cassazione, più recente, è quella che riguarda un caso nel quale è stata ritenuta contraria a buona fede e, pertanto, respinta, la domanda di pagamento di un rilevante importo per canoni di locazione, senza che si fosse verificata la prescrizione, ma in base alla constatazione che dal 2004 al 2011 il locatore aveva omesso di chiedere il pagamento dei canoni, dopo di che aveva formulato la richiesta di pagamento di tutti i canoni scaduti [21].

La sentenza prende atto che, nel nostro ordinamento, un diritto di credito si perde per prescrizione, non invocabile nel caso di specie [22], o per remissione del debito, anche attraverso un inequivoco comportamento [23], ma aggiunge che «*indipendentemente dall'indagine sulla volontà di rinunciare al diritto o dal decorso del termine di prescrizione del medesimo, il repentino esercizio del diritto, dopo una situazione di durevole inerzia non altrimenti giustificata, può costituire esso stesso una violazione del principio di affidamento circa la oggettiva abdicazione*». Dunque, in questo modo, sembra individuare un *tertium genus* di perdita del diritto di credito, difficilmente distinguibile però dai due sopra indicati, perché se nella condotta del creditore si ravvisa solo una non qualificata inerzia, dovrebbe applicarsi la regola secondo cui, finché il credito non è prescritto, può essere esercitato; se invece l'inerzia dev'essere in qualche modo caratterizzata da elementi che giustifichino l'affidamento del debitore sulla rinuncia a esercitare il diritto, allora si ricade nella remissione per fatti concludenti. Di fronte a questa *impasse*, la motivazione inizia ad orientarsi verso una rinuncia per fatti concludenti, prima evidenziando, «*peraltro ad abundantiam*», la particolare situazione di fatto, nella quale vi era la locazione di un'immobile appartenente a una Società avente una compagine familiare e il conduttore era il figlio. In seguito, riferisce che tra i soci erano insorti dei contrasti, probabilmente tali da indurre il padre a non consentire più al figlio di utilizzare un immobile della sua Società senza pagare nulla (si legge nella sentenza: «*ciò che conta, in definitiva, è che la valutazione dell'atto teso a far rivivere l'obbligazione deve essere ricondotta alla "conflittualità" esistente tra le parti*»). In questo modo la semplice inerzia diviene tolleranza, motivata dai rapporti esistenti fra i soci e interrotta quando i rapporti sono cambiati. Infine, la sentenza formula il principio di diritto secondo cui «*in un contratto di locazione di immobile ad uso abitativo l'assoluta inerzia del locatore nell'escutere il conduttore per ottenerne il pagamento del corrispettivo sino ad allora maturato, protrattasi per un periodo di tempo assai considerevole in rapporto alla durata del contratto, e suffragata da elementi circostanziali oggettivamente idonei a ingenerare nel conduttore un affidamento nella remissione del diritto di credito da parte del locatore per facta concludentia, la improvvisa richiesta di integrale pagamento costituisce esercizio abusivo del diritto*». Si tratta, dunque, di un princi-

[21] Cass., 14 giugno 2021, n. 16743, in *Onelegale*. Più precisamente, il Tribunale aveva condannato il conduttore a pagare € 222.332,10; la Corte d'Appello ha ridotto la condanna ad € 63.375,00, ritenendo contraria a buona fede la richiesta dell'ulteriore importo fino ad € 222.332,10 e la Corte di Cassazione ha confermato la decisione della Corte d'Appello.

[22] Si noti che sebbene fossero passati più dei cinque anni previsti dall'art. 2948, comma 1, n. 3 c.c., e pur evidenziandosi in più parti della motivazione l'inerzia del creditore, che pertanto certamente non aveva interrotto la prescrizione, la sentenza è motivata sul presupposto che non operasse detta prescrizione.

[23] Cass., 15 marzo 2004, n. 5240; Cass., 28 gennaio 2020, n. 1888: «*il mero ritardo nell'esercizio del diritto, pur imputabile al titolare ed idoneo a far ritenere al debitore che il diritto non sarà più esercitato, non costituisce violazione della buona fede e non può essere causa di esclusione della tutela giudiziaria, salvo che dal ritardo possa desumersi una rinunzia tacita*».



pio di diritto che riporta il *decisum* al criterio di giudizio proprio della remissione tacita, sebbene nel caso di specie non vi fossero stati, da parte del creditore, dei *facta concludentia*, mentre vi era solamente una situazione oggettiva costituita da un rapporto familiare tra le parti.

La sentenza ha perciò ricevuto numerosi commenti critici [24], anche in considerazione del fatto che ha lasciato senza risposta il quesito di fondo: se cioè una richiesta di pagamento accompagnata dalla disponibilità a concedere una dilazione sarebbe stata anch'essa ritenuta abusiva ed inammissibile.

4. – Sebbene con riguardo ad un caso e ad uno scenario normativo ben diverso, la valutazione della condotta di chi improvvisamente pretende il pagamento di un credito, sorprendendo la buona fede del debitore, è stata successivamente compiuta da una sentenza della Corte Costituzionale [25], nel giudizio di legittimità dell'art. 2033 c.c., «*nella parte in cui non prevede l'irripetibilità dell'indebito previdenziale non pensionistico (indennità di disoccupazione, nel caso di specie) laddove le somme siano state percepite in buona fede e la condotta dell'ente erogatore abbia ingenerato un legittimo affidamento del percettore circa la spettanza della somma percepita*».

Nella motivazione viene ripercorsa la giurisprudenza della Corte EDU che, «*nell'ambito della ripetizione di indebiti retributivi e previdenziali erogati da soggetti pubblici, ha dato corpo all'interpretazione dell'art. 1 Prot. addiz. CEDU, invocato dalle ordinanze in esame quale parametro interposto, vòlto a specificare la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.*». Si tratta della disposizione convenzionale secondo cui «*ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni*». Riferisce la sentenza che, facendone applicazione, *«la Corte EDU ha ricondotto alla nozione di bene da tutelare anche la tutela dell'affidamento legittimo ("legitimate expectation"), situazione soggettiva dai contorni più netti di una semplice speranza o aspettativa di mero fatto ("hope"). In particolare, in una pluralità di casi … concernenti indebiti retributivi e previdenziali erogati da soggetti pubblici, la Corte EDU ha specificato i presupposti che consentono di identificare un affidamento legittimo in capo al percettore della prestazione, che sia persona fisica, e ha individuato le condizioni che tramutano la condictio indebiti in un'interferenza sproporzionata nei confronti di tale affidamento. La Corte EDU ha individuato quali elementi costitutivi dell'affidamento legittimo: l'erogazione di una prestazione a seguito di una domanda presentata dal beneficiario che agisca in buona fede o su spontanea iniziativa delle autorità; la provenienza dell'attribuzione da parte di un ente pubblico, sulla base di una decisione adottata all'esito di un procedimento, fondato su una disposizione di legge, rego-*

[24] Si vedano, fra gli altri, i commenti di CALDORO, *Inerzia del creditore, affidamento, rilancio improvviso delle pretese creditorie. Di buona fede (militante), abuso e Verwirkung*, in *Danno e responsabilità*, 2002, 91; D'AMICO, *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2021, I, 1164; MACARIO, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*, ivi, 1171; ORLANDI, *Ermeneutica del silenzio*, ivi, 1179; SCOGNAMIGLIO, *La Verwirkung (ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di Cassazione*, ivi, 1186; VETTORI, *Buona fede, abuso ed inesigibilità del credito*, ivi, 2022, I, 185; NANNA, *Prescrizione, Verwirkung e buona fede, tra certezza del diritto e prospettive di riforma*, in *Pactum*, 2022, 193; MONEGAT, *La richiesta repentina di pagamento del canone dopo sette anni di mancata corresponsione costituisce abuso del diritto perché contraria ai principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto*, in *Immobili & proprietà*, 2021, 465; ERRIGO, *L'inerzia nell'esercizio del diritto di credito tra apparenza remittente, atto di tolleranza e abuso del diritto*, in *Giustiziacivile.com*.

[25] Corte cost., Sent. 27 gennaio 2023, n. 8, in *www.cortecostituzionale.it*. e in Foro it., 2023, 1, 5, c. 1348. Si vedano, sulla sentenza, PAGLIANTINI, *Il pragmatismo di Enrico di Navarra: l'inesigibilità restitutoria nel canone della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2023, 5, 1026; D'AMICO, *Principi, clausole generali e regole nel processo di bilanciamento degli interessi (una pronuncia esemplare della Corte costituzionale)*, in *I Contratti*, 2023, 121; C. SCOGNAMIGLIO, *Affidamento, responsabilità precontrattuale, inesigibilità: una nuova prospettiva di sviluppo della clausola generale di buona fede*, in *Accademia*, 2023, 297.

ISSN 2421-2563



lamentare o contrattuale, la cui applicazione sia percepita dal beneficiario come fonte della prestazione, individuabile anche nel suo importo; la mancanza di una attribuzione manifestamente priva di titolo o basata su semplici errori materiali; un'erogazione effettuata in relazione a una attività lavorativa ordinaria e non a una prestazione isolata o occasionale, per un periodo sufficientemente lungo da far nascere la ragionevole convinzione circa il carattere stabile e definitivo della medesima; la mancata previsione di una clausola di riserva di ripetizione. L'identificazione di una situazione di legitimate expectation non importa, nondimeno, per ciò solo l'intangibilità della prestazione percepita dal privato. … Le censure della Corte EDU si appuntano, invece, sulla proporzionalità dell'interferenza, in quanto sede del bilanciamento di interessi fra le esigenze sottese al recupero delle prestazioni indebitamente erogate e la tutela dell'affidamento incolpevole. Nel compiere tale valutazione, la Corte EDU riconosce agli Stati contraenti un margine di apprezzamento ristretto, onde evitare che gravi sulla persona fisica un onere eccessivo e individuale, avuto riguardo al particolare contesto in cui si inquadra la vicenda … In particolare, fra le circostanze che influiscono sul carattere sproporzionato dell'interferenza si rinvengono le specifiche modalità di restituzione imposte al titolare dell'affidamento …; più in generale, rilevano l'omessa o l'inadeguata considerazione della fragilità economico-sociale o di salute dell'obbligato nell'esercizio della pretesa restitutoria (così nelle sentenze C., paragrafi 72 e 73; R., paragrafo 75; C., paragrafi da 87 a 89, e M., paragrafi 74 e 75); e, infine, ha una sicura incidenza la mancata previsione di una responsabilità in capo all'ente cui sia addebitabile l'errore (sentenze C., paragrafo 71, e C., paragrafo 80)». La Corte passa poi a verificare se il nostro Ordinamento «*delinea un quadro di tutele che, se adeguatamente valorizzato, supera ogni dubbio di possibile contrasto fra l'art. 2033 cod. civ. e l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione al citato parametro convenzionale interposto*». La risposta è positiva, tenendo conto, fra l'altro, del concetto di *affidamento legittimo* elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riguardo all'art. 1337 c.c., ed in particolare alla massima secondo cui chi recede da una trattativa senza giusta causa agisce in modo contrario alla buona fede oggettiva, se la trattativa è giunta ad uno stadio avanzato, tale da giustificare il legittimo affidamento nella conclusione del contratto [26]. Osserva, a tale riguardo, la Corte Costituzionale: «*infatti, l'opera di specificazione effettuata dalla Corte EDU dà rilievo, innanzitutto, alla relazione fra le parti, e questo è tipico anche dell'art. 1337 cod. civ. In particolare, non vi è dubbio che, per ingenerare un legittimo affidamento in una prestazione indebita, non basti l'apparenza di un titolo posto a fondamento dell'attribuzione – titolo che deve comunque radicarsi in una disposizione di legge o di regolamento o in un contratto –, ma conta in primis il tipo di relazione fra solvens e accipiens. Ed è palese che un soggetto pubblico facilmente ingenera, nell'accipiens-persona fisica, una fiducia circa la spettanza dell'erogazione effettuata, non solo in ragione della sua competenza professionale, ma anche per il suo perseguire interessi generali. In ogni caso, neppure quanto detto sopra è sufficiente a delineare un affidamento, poiché ex fide bona rilevano sempre le circostanze concrete. … In definitiva, si deve ritenere che la consonanza fra gli elementi evidenziati dalla giurisprudenza della Corte EDU e la tipologia di criteri cui può dare rilevanza la buona fede oggettiva a fondamento di un affidamento legittimo, ove riferito al contesto della spettanza di una prestazione indebita, confermi che l'interesse protetto dalla CEDU, come ricostruito dalla Corte EDU, può trovare riconoscimento, nel nostro ordinamento, dentro la cornice generale della buona fede oggettiva.*

La Corte Costituzionale passa quindi a verificare se sia tutelata l'esigenza di evitare che questo affidamento legittimo sia leso da «*un'interferenza sproporzionata nei confronti di tale affidamento*» e osserva che

[26] Da ultimo, Cass., 6 luglio 2023, n. 19202, in *Onelegale*.



a tale riguardo «*un primo fondamentale ruolo spetta alla categoria della inesigibilità, che si radica nella clausola generale di cui all'art. 1175 cod. civ., la quale – come già anticipato (punto 12) – impone ad ambo le parti del rapporto obbligatorio di comportarsi secondo correttezza o buona fede oggettiva. Tale canone di comportamento, inter alia, vincola il creditore a esercitare la sua pretesa in maniera da tenere in debita considerazione, in rapporto alle circostanze concrete, la sfera di interessi che fa riferimento al debitore. … In definitiva, la clausola della buona fede oggettiva consente, sul presupposto dell'affidamento ingenerato nell'accipiens, di adeguare, innanzitutto, tramite la rateizzazione, il quomodo dell'adempimento della prestazione restitutoria, tenendo conto delle condizioni economiche e patrimoniali dell'obbligato. Inoltre, in presenza di particolari condizioni personali dell'accipiens e dell'eventuale coinvolgimento di diritti inviolabili, la buona fede oggettiva può condurre, a seconda della gravità delle ipotesi, a ravvisare una inesigibilità temporanea o finanche parziale*».

Appare evidente l'utilità delle argomentazioni che precedono anche al di fuori della materia trattata dalla Corte Costituzionale. La decisione della Consulta, per un verso, consolida la figura dell'inesigibilità secondo buona fede, avente la forza, ormai ampiamente riconosciuta, di escludere l'inadempimento e, conseguentemente, il rimedio risolutorio, anche in presenza di una clausola risolutiva espressa [27]. Dall'altro, induce a pensare che il caso citato nel precedente paragrafo, dei canoni di locazione non riscossi per molto tempo e poi chiesti improvvisamente nella totalità, avrebbe potuto essere risolto in modo più convincente, con l'apparato argomentativo usato dalla Corte Costituzionale. Così, sarebbe stato possibile valutare innanzi tutto se il conduttore, che pure aveva stipulato un regolare contratto di locazione, poteva legittimamente fare affidamento sulla mancata richiesta dei canoni, ovvero se la sua poteva considerarsi come «*legitimate expectation*», o semplice «*hope*»; il criterio dell'inesigibilità della prestazione avrebbe poi potuto consentire di valutare se, esclusa la legittimità di una richiesta improvvisa per l'intero ammontare scaduto dei canoni, si sarebbe potuta considerare esigibile, per esempio, una richiesta adeguatamente preannunciata e la concessione di una rateizzazione.

[27] Cass., 23 marzo 2023, n. 8282, in *Onelegale*, in una vicenda nella quale un appaltatore si era impegnato, dopo avere dichiarato di avere preso visione e accettato lo stato di fatto, ad eseguire la manutenzione dell'impianto pubblico di illuminazione di un Comune, dopo di che, avendo constatato che l'impianto non era norma e che la manutenzione sarebbe stata pericolosa per l'appaltatore e per la cittadinanza, si era rifiutato di adempiere, inducendo il Comune ad avvalersi di una clausola risolutiva espressa. Per la Corte Suprema, invece, "*il principio secondo il quale l'agire dei contraenti va valutato, anche in presenza, come nella specie, di una clausola risolutiva espressa, secondo il criterio generale della buona fede, sia quanto alla ricorrenza dell'inadempimento che del conseguente legittimo esercizio del potere unilaterale di risoluzione. Pertanto, qualora il comportamento del debitore, pur integrando il fatto contemplato dalla suddetta clausola, appaia comunque conforme al criterio della buona fede, non sussiste l'inadempimento, né i presupposti per invocare la risoluzione*". Conf. Cass., 23 novembre 2015, n. 23868, in *Onelegale*.

ISSN 2421-2563

JUS CIVILE



STEFANO D'ANDREA

Professore associato di Diritto privato – Università degli Studi della Tuscia

IL CONTRATTO DI *MERCHANDISING*, GLI ALTRI CONTRATTI ATIPICI E L'USO ALTERNATIVO DEL DIRITTO

SOMMARIO: *1. L'uso alternativo del diritto nelle questioni di validità dei contratti atipici. – 2. Carattere relativo del principio di novità del marchio fino al 1992. – 3. La battaglia della dottrina per la tutela dell'interesse del titolare del marchio rinomato allo sfruttamento esclusivo delle potenzialità suggestive del marchio. – 4. La battaglia della dottrina per la validità di licenze d'uso del marchio non esclusive ma relative a beni già prodotti dal titolare del marchio. – 5. L'uso alternativo del diritto per la validità del contratto di* merchandising*. – 6. Come è andata a finire: la genesi delle nuove norme. Adeguamento alla coscienza sociale o produzione di rilevanti mutamenti sociali? – 7. Forme dell'uso alternativo del diritto per la validità dei contratti atipici. – 8. I giuristi, i metodi e l'ideologia: falsa coscienza, ideologia e interessi promossi e sacrificati dall'uso alternativo, capitalistico e antiborghese del diritto.*

1. – Alcuni recenti studi, condotti sui contratti atipici, hanno sollevato l'ipotesi che, a partire dalla fine degli anni settanta, civilisti e commercialisti abbiano fatto un vero e proprio uso alternativo del diritto, per affermare la validità dei contratti atipici, che sono, per lo più, contratti predisposti dalla grande impresa e imposti a imprenditori aderenti, per lo più piccoli e medi imprenditori, e in alcuni casi agli enti pubblici. In particolare, è sembrato che, con un vario grado di consapevolezza, i giuristi abbiano *rimosso limiti che il diritto positivo di matrice liberale e borghese poneva a talune forme di valorizzazione del grande capitale* [1].

In questa occasione intendo verificare se, nel dibattito dottrinale che ha preceduto gli interventi normativi che hanno condotto alla sicura validità del contratto di *merchandising*, la dottrina abbia svolto il ruolo di promotrice della validità, per poi tentare (§§ 7 e 8) una sistemazione generale dell'uso alternativo del diritto per qualificare validi i contratti atipici.

Tuttavia, la vicenda storica della disciplina dei marchi ha un valore culturale in sé, e perciò va ben cono-

[1] A questa ipotesi di uso alternativo del diritto non si è fatto alcun cenno nei quattro recenti seminari che hanno preso spunto dalla commemorazione del cinquantenario del convegno catanese del 1972, dedicato all'"Uso alternativo del diritto". I seminari sono stati promossi da G. Azzariti, A. Di Martino e A. Somma e svolti presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università La Sapienza di Roma. In attesa della pubblicazione degli atti, le video-registrazioni delle relazioni e degli interventi sono disponibili sulla rete. Nessuna traccia della segnalata ipotesi di uso alternativo del diritto si trova, in particolare, nell'ampia relazione di M. Barcellona, già pubblicata in forma autonoma (M. BARCELLONA, *Giudici, politica, democrazia. Uso alternativo del diritto o diritto alternativo: alle radici di uno scontro in un mondo cambiato*, Roma, 2023), in quella di Lipari, che ha ripercorso il saggio di qualche anno fa (N. LIPARI, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *Riv. dir. civ*., 2018, I, 144 ss.), in quella di C. CAMARDI, *L'uso alternativo del diritto tra teoria e prassi*, in *Jus civile*, 5/2023, 970 ss. e in quelle degli altri civilisti e commercialisti intervenuti (Nivarra, Salvi, Denozza e Libertini), non ancora pubblicate.

Sugli studi accennati nel testo mi soffermerò nel §§ 7 e 8.



sciuta, perché mostra che il diritto neoliberale, se, indubbiamente, sotto molti profili, è liberale – rinuncia alle politiche di piena occupazione; disciplina dei contratti di lavoro subordinato, tornata allo scambio ineguale; riduzione del settore pubblico; liberoscambismo internazionale, in particolare, libera circolazione dei capitali e quindi promozione della rendita finanziaria –, sotto altri profili, è un diritto post-borghese e pertanto post-liberale, nel senso di contrario a taluni caratteri che il liberalismo, come ideologia borghese, aveva nell'ottocento e nella prima parte del novecento [2].

2. – La prima legge generale che riconosceva il diritto esclusivo all'uso di un marchio si ebbe in Francia nel 1803. Cavour, nel 1854, presentava un progetto di legge sui marchi di fabbrica e commercio, che divenne legge nel 1855. Questa disciplina sarà legge del Regno d'Italia nel 1868. L'originaria disciplina dei marchi è dunque una disciplina *liberale* e *borghese* per eccellenza.

Il marchio aveva, e avrà ancora per lungo tempo, un'unica funzione: la *funzione di distinzione*: distingueva *i prodotti* dell'imprenditore che li aveva messi in commercio, *per i quali era stato registrato*; proteggeva l'imprenditore contro contraffattori e imitatori che avessero utilizzato un marchio identico o simile *per prodotti identici o simili* (della stessa "specie").

Chi avesse utilizzato o registrato il marchio o un marchio simile per prodotti diversi e non simili, avrebbe agito lecitamente e validamente [3].

La tesi, pressoché pacifica in dottrina, non trovava una chiarissima affermazione nella legge del 1868 ed era fondata, da un lato, sul fatto che una norma (art. 7, lett. *b*, L. 30 agosto 1868, n. 4577) prevedeva che nella domanda di brevetto dovessero essere specificati gli oggetti sui quali si intendeva apporre il marchio, dall'altro sul (supposto) principio della protezione condizionata a una possibilità di concorrenza [4].

I dati normativi erano davvero labili e ciò testimonia che il carattere estremamente limitato del "monopolio" concesso al titolare del marchio trovasse fondamento nella *mentalità borghese e liberale dei giuristi*, i quali esprimevano la ideologica contrarietà ai "privilegi" e ai "monopoli" *giuridici*, facendo dire alla legge ciò che essa al più vagamente accennava [5].

Pur in assenza di chiare disposizioni, la mentalità borghese induceva i giuristi a limitare le facoltà giuridiche esclusive riconosciute al titolare del diritto di marchio, che era definito come titolare di un "monopolio" [6].

---

[2] Questo saggio è dedicato ai caratteri post-borghesi del diritto *privato* neoliberale. Tuttavia, anche il diritto *pubblico* dell'economia contemporaneo presenta caratteri post-borghesi. Basti pensare che il dogma della cosiddetta indipendenza delle banche centrali non era un dogma liberale: nell'epoca liberale, il tasso di sconto lo decideva il Governo (mi sono soffermato sul tema in SOVERIA MANNELLI, *L'Italia nell'Unione europea. Tra europeismo retorico e dispotismo "illuminato"*, 2022, 119 s.).

[3] M. AMAR, *Dei nomi, dei marchi e degli altri segni e della concorrenza nell'industria e nel commercio*, Torino 1893, 26 e 158; A. RAMELLA, *Trattato della proprietà industriale, II*, 2 ed., Torino 1927, 35. M. GHIRON, *Corso di diritto industriale*, II, Roma 1929, 39.

[4] La contraria e minoritaria opinione era fondata sulla concezione del marchio come oggetto di proprietà. Indicazioni in P. GRECO, *Sui limiti del diritto di esclusiva e su altre questioni in materia di marchi*, in *Riv. dir. comm*., 1947, II, 212 ss., che tuttavia accoglieva la premessa ma respingeva la conseguenza.

[5] Sulla "mentalità" della borghesia, come fondamento del nascente liberalismo, è sempre da leggere la pagina di G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, prefazione di C. Ocone, (1925) Milano 2021, 8 s., in quale osservava come la borghesia, fin dalla sua polemica con la nobiltà in seno all'Assemblea degli Stati Generali del 1614 – la borghesia si dichiarò disposta a far cessare l'ereditarietà delle cariche (che essa si accaparrava grazie alla ricchezza) e persino ad eliminarne la venalità, se fossero state cancellate le pensioni, tutte percepite dalla nobiltà –, pur essendo cresciuta grazie ai privilegi giuridici delle corporazioni, fosse disponibile a perdere i propri, pur di far cessare quelli della nobiltà. La battaglia particolare del 1614 anticipava la futura battaglia generale.

[6] M. AMAR, *op*. cit., 46; M. GHIRON, *op*. cit., 28 s.

ISSN 2421-2563



Il principio di relatività (della novità del marchio), più spesso definito di specialità, veniva espressamente consacrato dalla legge marchi del 1942 (Regio Decreto 21 giugno 1942 n, 929) e dal codice civile: per l'art. 4 della legge marchi, il brevetto esplicava il suo effetto "*limitatamente* al genere di prodotti o merci in esso indicati"; l'art. 2569 cod. civ., prevedeva che "chi ha registrato un marchio… ha diritto di valersene in modo esclusivo *solo limitatamente* al genere di prodotti o merci in esso indicati"; l'art. 17 della legge marchi escludeva la novità del marchio soltanto nel caso fosse stato già usato un marchio (identico o simile) distintivo di prodotti o merci "dello stesso genere".

Erano alcune delle norme dalle quali, come è stato acutamente osservato, "emerge(va) chiaramente la *ratio* di evitare un'eccessiva dilatazione delle facoltà esclusive riconosciute al titolare del diritto" [7].

Il principio di specialità significava che qualsiasi imprenditore aveva *il diritto* di registrare il marchio *Coca Cola* per produrre e commercializzare scarpe o il marchio *Adidas* per produrre e commercializzare felpe, e così via [8].

Al lettore che ignori l'evoluzione del diritto dei marchi ed eventualmente sia ingenuamente portato a considerare naturali, universali ed eterni i principi che caratterizzano il tempo in cui vive, l'ultima affermazione potrà apparire sorprendente. Ma le cose, per oltre un secolo, stavano esattamente così.

3. – L'art. 5, comma 2, della Direttiva 89/104 CEE previde che "Uno Stato membro *può* inoltre prevedere che il titolare abbia il diritto di vietare ai terzi, salvo proprio consenso, di usare nel commercio un segno identico o simile al marchio di impresa *per i prodotti o servizi che non sono simili* a quelli per cui esso è stato registrato, *se il marchio di impresa gode di notorietà nello Stato* membro e se l'uso immotivato del segno consente di trarre indebitamente vantaggio dal carattere distintivo o dalla notorietà del marchio di impresa o reca pregiudizio agli stessi".

La norma della Direttiva recepiva una lunga battaglia dottrinale, condotta, in tutta Europa, sulla scorta di esperienze statunitensi, volta ad attribuire una super-tutela ai titolari di marchi "celebri" o "super-notori" o di "alta rinomanza". Per tentare di ottenere lo scopo, questa dottrina, e la giurisprudenza di merito che la seguiva, avevano tentato di percorrere due strade.

O avevano ampliato la nozione di "affinità" con riguardo al marchio di alta rinomanza, fino a dilatarla enormemente, tenendo conto non di dati oggettivi (merceologici) ma dell'ipotizzata opinione del consumatore medio, abbandonando il criterio della interpretazione restrittiva di norme che concedevano un privilegio giuridico (o monopolio) e un secolo di interpretazione dei concetti di "stessa specie", "stesso genere" e di

[7] V. MANGINI, *Il marchio e gli altri segni distintivi*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubb. econ*., diretto da F. Galgano, V, Padova 1982, 37 ss., sia pure con riferimento ad altre norme. Mangini concludeva (40) che "l'interpretazione delle disposizioni del diritto positivo debba effettuarsi, laddove possibile, tenendo conto del criterio", che altro autore (P. MARCHETTI, *Sull'esaurimento del diritto d'invenzione*, Milano 1974, 108) aveva definito "della soddisfazione degli interessi del titolare del brevetto *col minor costo concorrenziale possibile*".

[8] A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale,* Milano 1993, 124, commentando la nuova disciplina, scrivevano: "Qualche esempio chiarirà di cosa stiamo parlando: il marchio Coca-Cola, registrato per bevande, per la sua notorietà, può costituire un valore anche per chi voglia adottarlo per prodotti di abbigliamenti giovanile o sportivo. Nel vigore della vecchia legge qualsiasi imprenditore avrebbe potuto impossessarsene a questo scopo, mentre la nuova legge, nei modi che vedremo, ne riserva la disponibilità a chi della notorietà di esso ha il merito, cioè al produttore della celebre bevanda, anche per settori merceologici diversi. Sempre nella vecchia legge chiunque poteva registrare come marchio parole come "Azzurra" o "Cacao Meravigliao", o addirittura nomi come "Kevin Kostner" o "Roberto Baggio", mentre ora la legge riserva in esclusiva il diritto di farne uso appunto come marchio agli autori della notorietà di quei segni o alle persone che quei nomi portano".



"affinità". Ma poi, per evitare la palese disapplicazione della legge, avevano dovuto introdurre limiti all'estensione della tutela [9].

Oppure avevano invocato, trovando ostacolo, ancora nel 1988, nella Corte di Cassazione [10], le figure generali della *concorrenza sleale* – tradizionalmente intesa come relativa ad un rapporto di concorrenza e perciò non applicabile senza la confondibilità dei prodotti – e del *fatto illecito*, ignorando, in entrambi i casi, la non irrilevante circostanza che l'uso e la registrazione di un marchio già registrato, per prodotti non merceologicamente affini, fosse un contegno espressamente autorizzato dalla legge marchi e dal codice civile.

Il governo italiano con il Decreto legislativo 4 dicembre 1992, n. 480, art. 1, comma 1, lett. *b)* introdusse la tutela extra-merceologica del marchio "di rinomanza".

La disciplina, che tra l'altro prevedeva e ancora prevede dei limiti alla tutela – la configurabilità di un pregiudizio o di un indebito vantaggio [11] – aveva forse un senso, con riguardo ai casi in cui difendeva il titolare del marchio celebre dal rischio di un danno, mentre era almeno opinabile il divieto di un uso extra-merceologico nemmeno potenzialmente dannoso, ma che generi semplicemente un vantaggio "indebito". Invece, del tutto diverso è il discorso sulla validità o invalidità delle licenze extra-merceologiche, concesse dal titolare del marchio di rinomanza, per beni che non ha mai prodotto.

4. – I titolari di marchi di rinomanza volevano appropriarsi del valore di suggestione dei marchi non certo (o almeno non tanto) per evitare i danni che essi potevano subire dall'uso che altri potesse farne in settori merceologicamente eterogenei, e tantomeno per evitare che altri usasse, in diverso settore merceologico, il marchio senza arrecare al titolare del marchio celebre alcun danno, bensì soprattutto *per avere il diritto di concedere in licenza il marchio*, per prodotti, non soltanto merceologicamente diversi da quelli che avevano reso rinomato il marchio, ma che il titolare del marchio non aveva mai messo in commercio. Insomma per poter divenire dei redditieri che prosperano stipulando contratti di *merchandising*, come la dottrina, politicamente favorevole o contraria, ben capiva a ammetteva [12].

---

[9] G. GUGLIELMINETTI, *Il marchio celebre o "de haute renommée"*, Milano 1977, 196 ss. e 226 s. dava rilievo alla ipotizzata opinione del consumatore medio sulla capacità dell'imprenditore che ha avuto successo di estendere la propria attività a settori merceologicamente diversi, con risultati dello stesso livello, pur fissando due limiti al rischio di infinita dilatazione del concetto di affinità: la notevole distanza merceologica; e se uno o entrambi i prodotti fossero caratterizzati da un alto grado di specializzazione (227). Uno sviluppo, con qualche precisazione, in M. CARTELLA, *Marchi celebri e comportamenti di mercato*, in *Riv. dir. ind*., 1983, I, 308-411.

[10] Cass. 21 ottobre 1988, n. 5716, in *Nuova giur. civ. comm*., 1989, I, 855 ss., escludeva il fatto illecito e la concorrenza sleale, perché "Il solo fatto che un comportamento sia scorretto, infatti, non significa ancora che sia "contra jus", a meno che una norma specifica non definisca illecito ciò che è "scorretto", come appunto è avvenuto, ma solo nell'ambito dei rapporti concorrenziali, con la formulazione dell'art. 2598, n. 3 cod. civ. Per quanto riguarda il cosiddetto "annacquamento" o "diluition" della forza "distintiva" dei segni (denominazione sociale e marchio) va precisato che nel nostro ordinamento, ancora ancorato alla regola della "specialità" dei segni distintivi, solo un annacquamento dipendente dalla confondibilità può essere ritenuto fonte di eventuali danni risarcibili". P. AUTERI, *Commento a* Cass. 21 ottobre 1988, n. 5716, *ivi*, contestava i punti della motivazione della sentenza che avevano escluso la configurabilità del fatto illecito (874).

[11] Ma sulla "circolarità tra fattispecie e disciplina" si veda M. RICOLFI, *La tutela del marchio*, in A.A.V.V., *Diritto industriale*, 6 ed., 2020, 149. A questo autore si rinvia anche per la distinzione tra marchio celebre (che tutti conoscono) e marchio semplicemente di rinomanza (150).

[12] F. GALGANO, *Il marchio nei sistemi produttivi integrati: sub-forniture, gruppi di società, licenze, "merchandising"*, in *Contratto e impresa*, 1987, 190: "l'interesse perseguito dal licenziante è di trarre frutti civili dal proprio bene immateriale, non diverso dall'interesse che muove il locatore e, in genere, chiunque conceda ad altri, contro corrispettivo di denaro, il godimento di un proprio bene"; R. FRANCESCHELLI, *Sui marchi di impresa*, IV ed., Milano 1988, 177: "Il vero è che in queste licenze di marchi celebri per

ISSN 2421-2563



Per poter raggiungere questo obiettivo era necessario abrogare altre norme, che in Italia vincolavano il trasferimento del marchio, o la concessione in licenza, al *trasferimento del ramo d'azienda* e comunque imponevano che il marchio fosse ceduto o concesso in licenza *in via esclusiva* con riguardo a *beni che il concedente già produceva*.

A rigore, gli interessi al libero trasferimento e alla libera concessione della licenzia del marchio senza l'azienda, erano di tutta la classe imprenditoriale. Ciò spiega per quali ragioni la battaglia della dottrina per la libera trasferibilità del marchio e per la validità delle licenze d'uso infra-merceologiche sia storicamente precedente a quella per l'attribuzione in via esclusiva al titolare del marchio di rinomanza del valore di suggestione.

Tuttavia, è indiscutibile che i titolari dei marchi di rinomanza sono coloro che più degli altri imprenditori hanno interesse a poter concedere l'uso del marchio con contratti di licenza. Direi che hanno interessi ulteriori, rispetto a quelli che possono avere molti altri imprenditori, i quali, in particolare, hanno tutti l'interesse a lasciare a un figlio privo di capacità imprenditoriali, o che non voglia svolgere attività imprenditoriale, la titolarità del marchio ma non l'azienda, perché, potenzialmente a vita, lo conceda in licenza ad altri, percependo una rendita.

Ma le due leggi dedicate ai marchi – certamente quella del 1942 e, secondo l'opinione prevalente, anche quella del 1868 – vietavano di trasferire il marchio senza l'azienda o un ramo di questa; e la cessione doveva comunque avvenire in via esclusiva e in ogni caso doveva riguardare beni già prodotti dall'imprenditore. Esse impedivano che il marchio potesse divenire fonte di rendita, salvo che l'imprenditore concedesse l'usufrutto o l'affitto dell'azienda ma in tal caso sarebbe stata l'intera azienda ad essere fonte di rendita.

Nonostante la legge del 1868 non fosse chiarissima, anzi nulla dicesse, l'opinione prevalente reputava, argomentando dalla funzione del marchio, che quest'ultimo non potesse circolare se non assieme all'azienda o a un ramo di essa [13].

Ancora una volta, *la mentalità borghese e liberale* dei giuristi li spingeva a interpretazioni restrittive delle facoltà concesse al titolare del diritto di marchio.

Il legislatore del 1942, così come aveva consacrato il principio di specialità – in precedenza affermato, quasi in assenza di dati testuali, dalla dottrina prevalente – consacrava il principio della trasferibilità del marchio soltanto assieme a un ramo d'azienda, principio anch'esso fino ad allora affermato dalla dottrina prevalente, sebbene sulla base di testi normativi che nulla dicevano in proposito.

L'art. 2573, comma 1, c.c., disponeva che "Il diritto esclusivo all'uso del marchio registrato può essere trasferito solo con l'azienda o con un ramo particolare di essa". E l'art. 15, comma 1, della legge marchi del 1942, che "Il marchio non può essere trasferito se non in dipendenza del trasferimento dell'azienda, o di un ramo particolare di questa, a condizione inoltre, che il trasferimento del marchio avvenga per l'uso di esso a titolo esclusivo".

Erano altre norme che esprimevano "chiaramente la *ratio* di evitare un'eccessiva dilatazione delle facoltà esclusive riconosciute al titolare del diritto" [14]: il "monopolio" era riconosciuto ma volutamente limitato.

L'opinione pressoché unanime, reputava che i due limiti al trasferimento del marchio (necessità del trasferimento del ramo d'azienda e necessità del trasferimento a titolo esclusivo) si applicassero anche alla con-

prodotti che non lo sono affatto, è tutta questione di denaro. Il titolare del marchio celebre, per breve o lungo periodo per cui tale sua celebrità, spesso figlia della moda, e mutevole con essa, resiste, mira a fare quattrini".

[13] M. AMAR, *op*. cit., 135 e 144; A. RAMELLA, *op*. cit., 112; M. GHIRON, *op*. cit., 46 s.

[14] V. MANGINI, *op.* cit., 37 anche se con riferimento ad altre norme.



cessione in uso temporaneo, per mezzo di licenza [15]. La licenza di marchio era valida soltanto se esclusiva [16]: la licenza poteva essere concessa ad un solo imprenditore e implicava che il concedente non utilizzasse il marchio.

I tentativi, che pure erano stati fatti da alcuni industrialisti, di interpretare restrittivamente le due disposizioni, non avevano incrinato la largamente prevalente opinione dottrinale e giurisprudenziale. E ciò era dovuto al fatto che questi tentativi, come era normale che accadesse in passato, avevano sempre voluto tener conto delle disposizioni legislative, delle quali gli industrialisti avevano proposto sofisticate interpretazioni, eventualmente forzando il testo, ma senza mai tentare operazioni retoriche che ignorassero i dati normativi, come invece accadrà in questa materia, ad opera di civilisti, alla fine degli anni ottanta. E infatti, le licenze erano state ammesse entro limiti molto ristretti – in particolare soltanto con riguardo a *beni che il concedente già produceva* – da minoritarie, anche se autorevoli, dottrine, che non erano nemmeno giunte a conclusioni coincidenti [17]. Per queste dottrine, comunque, il *merchandising* era invalido, perché le discusse ipotesi di validità di licenze non esclusive presupponevano tutte che il concedente producesse al momento del contratto di licenza, i beni per i quali concedeva l'uso del marchio [18].

5. – Sul finire degli anni ottanta intervenne nel dibattito un autorevole civilista.

L'autore, citando una sentenza della Corte di Cassazione del 1956, dava per scontato che fossero valide le licenze di marchio nei limiti di zone territoriali, quando il licenziante si impegnava a non usare il marchio in quelle zone, perché in questo caso sarebbe stato rispettato il principio dell'"uso esclusivo" [19]: la tesi, in realtà,

[15] Mi riferisco a quelle infra-merceologiche; le licenze extra-merceologiche nemmeno erano prese in considerazione, almeno fino all'emersione del tema dei marchi notori, i quali, tuttavia, come mostrato nel testo, erano tutelati contro l'altrui uso o ampliando, nei limiti del possibile, la nozione di "affinità" (e quindi cercando di rispettare le disposizioni normative, almeno apparentemente) o invocando le figure generali della concorrenza sleale e del fatto illecito, con gli ostacoli indicati, ma mai giungendo ad ammettere le licenze extra-merceologiche. Ancora nel 1988, G. GHIDINI, S. HASSAN, *Diritto industriale – Commentario*, II ed., Milano 1988, a 384 scrivevano che "Si ritiene comunemente che i due articoli in commento disciplinino non solo la cessione, ma anche quei contratti che costituiscono sul marchio dei diritti a contenuto minore. Il più importante di essi è quello di licenza", e a 387 che "È opinione diffusa che il primo comma dell'art. 15, nella parte in cui stabilisce che il trasferimento del marchio debba avvenire a titolo esclusivo, si applichi non solo alle cessioni ma anche alle licenze". P. AUTERI, *Territorialità del diritto di marchio e circolazione di prodotti "originali"*, Milano 1973, 290 ss. considerava pacifica l'applicazione delle due norme alla licenza da parte della giurisprudenza. Contro le licenze non esclusive, T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni materiali*, 3 ed., 475.

[16] Trib. Milano 11 giugno 1973, in *Giur. Ann. Dir. Ind*. 1973, n. 349.

[17] R. FRANCESCHELLI, *op*. cit. 371 ss. aveva concluso che fossero valide, tra l'altro, senza necessità di cessione di ramo d'azienda, le licenze che concedevano: l'uso del marchio per prodotti uguali o analoghi "in una zona territoriale diversa"; l'uso del marchio per periodi di tempo in cui l'imprenditore si asteneva dalla produzione; l'uso di un marchio depositato dal cedente unicamente come marchio difensivo. P. AUTERI, *Territorialità del diritto di marchio e circolazione di prodotti "originali* cit.: *i)* aveva escluso che fossero ammissibili licenze territoriali (62), contestando, sotto questo profilo, le conclusioni del Franceschelli testé esposte; *ii)* aveva negato la validità di licenze non esclusive o concesse senza trasferimento di ramo d'azienda, nei casi in cui il licenziatario usi il marchio per contraddistinguere i prodotti da lui fabbricati o selezionati "in modo indipendente" (308 ss.), accogliendo, per questa sottospecie di licenze, l'opinione della giurisprudenza che equiparava ai fini di validità ed opponibilità ai terzi il trasferimento e la concessione di uso con licenza (290 ss.); *iii)* e tuttavia aveva sostenuto, con una classica interpretazione restrittiva, che nel caso il contratto di licenza avesse previsto che il licenziatario dovesse realizzare i prodotti "secondo le istruzioni e sotto il controllo del concedente", gli artt. 2573 cod. civ. e 15 l. m. non avrebbero trovato applicazione (316 ss.). Si noti, tuttavia, che Auteri considerava come condizione di validità di queste licenze "che il concedente eserciti, attualmente, un'attività di produzione o di commercio avente ad oggetto i prodotti cui il marchio si riferisce… è questo presupposto che permette di considerare il marchio come tuttora inerente all'impresa del titolare e di escludere l'applicazione dell'art. 15 l.m." (319).

[18] Si legga la nota precedente.

[19] F. GALGANO, *op. cit.,* 177 s. La sentenza citata è Cass. 4 luglio 1956, n. 2429, in *Riv. dir. ind*., 1957, II, 327.

ISSN 2421-2563



era assolutamente minoritaria e la sentenza citata riguardava la concessione in uso da parte di un imprenditore straniero a uno italiano, per tutto il territorio, non la concessione in uso tra imprenditori italiani e relativa a parti del territorio nazionale [20].

Poi descriveva la prassi dei titolari di marchi notori di registrare il marchio per una variegata classe di prodotti merceologici, più estesa delle classi oggetto della produzione, – prassi che, di per sé, ovviamente non significava niente – aderendo, senza argomentare, alla tesi "oggi per la verità non così indiscussa come in passato" che l'uso del marchio per una parte soltanto delle classi merceologiche oggetto di registrazione impedisse la decadenza anche per le classi non utilizzate. Questa tesi, in verità, da un lato, non era mai stata indiscussa ma anzi sempre minoritaria, dall'altro, a partire dalla seconda metà degli anni settanta, era pressoché pacificamente respinta e di lì a poco sarebbe stata respinta anche dal legislatore [21].

Infine, la ragione di diritto della tutela delle licenze extra-merceologiche concesse per beni mai prodotti sarebbe consistita "soprattutto, nella tutela riconosciuta al marchio celebre, che la giurisprudenza sulla contraffazione del marchio oggi tutela, al di là della affinità dei prodotti, nel suo forte valore simbolico, suscettibile di rendere affini prodotti merceologicamente diversi". Quindi "Accade così che un marchio celebre… venga utilizzato, su licenza, per contraddistinguere prodotti di tutt'altro genere" [22].

Difficile negare che si sia trattato di una battaglia dottrinale condotta con *un uso alternativo del diritto* e che infatti riusciva ad affermare ciò che la dottrina industrialista pacifica aveva sempre negato. Nessun accenno alla tesi prevalente che negava la validità delle licenze di marchio infra-merceologiche per beni per i quali il marchio era stato registrato ma che non erano stati ancora prodotti. Attribuzione del carattere indiscusso nel passato a una tesi (quella della mancata decadenza parziale per non uso) che era sempre stata controversa. Definizione della medesima tesi, ormai pacificamente respinta dalla dottrina e dalla giurisprudenza, come tesi "oggi per la verità non così indiscussa come in passato". Accettazione della tesi della tutela extra-merceologica dei marchi notori, senza menzionare i limiti che risultavano dalla dottrina e dalla giurisprudenza, le quali pur stirando da tempo fino all'estremo limite le disposizioni normative, riconoscevano la tutela contro la contraffazione e l'imitazione extra-merceologica non in senso assoluto ma entro certi limiti che Galgano ometteva di considerare. Derivazione automatica della validità delle licenze extra-merceologiche, dalla giurisprudenza che impediva, entro una certa misura, la contraffazione extra-merceologica, mentre, come è evidente, altro è una maggiore tutela contro la contraffazione e l'imitazione, altro è il potere di stipulare validamente licenze di marchio extra-merceologiche, per di più relative a beni mai prodotti, perché l'ordinamento astrattamente potrebbe concedere, entro certi limiti, la prima tutela ma pretendere che il valore simbolico sia sfruttato dal titolare del marchio producendo beni e non dando in licenza il marchio. Soprattutto, radicale disinteresse per le disposizioni che potevano ostacolare la "interpretazione" innovatrice [23].

---

[20] F. FERRARA, *Teoria giuridica dell'azienda*, Firenze 1945, 268, e T. RAVÀ, *Diritto industriale. Azienda. Segni distintivi. Concorrenza*, I, 2 ed., Torino 1981, 116. Si veda anche Auteri, citato nella nota 17.

[21] F. GALGANO, *op*. cit., 188. La decadenza parziale per non uso, nonostante il fatto che il marchio fosse stato usato per altri prodotti, era affermata da P. GRECO, *Lezioni di diritto industriale*, Torino 1956, 43, L. SORDELLI, *Riflessioni sulla decadenza parziale per mancato uso, di un marchio brevettato per liste di prodotti difensivi*, in *Studi in onore di Paolo Greco*, Padova, 1965; e T. RAVÀ, *op*. cit., 144. Questa opinione è stata accolta dal legislatore nel 1992, (art. 47 *ter* della nuova L.M.): cfr. A. VANZETTI, *La nuova legge marchi*, Milano 1993, 153 s., il quale osservava che si trattasse di "principio che dottrina e giurisprudenza avevano ormai pacificamente accolto" e citava una decina di sentenze di merito degli anni settanta e ottanta.

[22] F. GALGANO, *op*. cit., 188 s.

[23] Un po' meno disinvolto, e perciò un po' più incerto sui risultati, era il tentativo di A. FRIGNANI, *I problemi giuridici del merchandising*, in *Riv. dir. ind*., 1988, 34 ss., il quale: riconosceva che quando la tutela del marchio super-notorio era ammessa lo era soltanto "in presenza di particolari condizioni di fatto"; menzionava due sentenza di merito che avevano dichiarato nullo il marchio



E infatti il tentativo di affermare la validità del contratto di *merchandising* ricevette severe critiche dalla dottrina industrialista, che combatteva da tempo la battaglia per ampliare la negoziabilità (infra-merceologica) del marchio e promuovere la tutela extra-merceologica dei marchi notori, ma pur sempre sentendosi vincolata ai testi normativi.

In particolare, un primo autore, dopo aver osservato che l'abbandono della funzione distintiva a favore della funzione suggestiva non poteva avvenire in base all'affermazione dell'interprete perché la seconda funzione "contrasta con precise indicazioni normative", scriveva che "Mi sembra di poter concludere affermando in linea di massima che la pratica del *merchandising* appare incompatibile con i principi del diritto dei marchi quando il marchio viene usato dal licenziatario in modo da ricollegare i suoi prodotti all'impresa del titolare senza che questi dia alcun apporto apprezzabile alla ideazione *e alla realizzazione* dei prodotti stessi…" [24]. Ancor più severo un secondo autore, il quale osservava che "Nessuna di queste proposizioni mi convince appieno. Non quella che i marchi celebri siano da considerare o considerati come valori di scambio. Ciò suppone che i marchi siano liberamente trasferibili o negoziabili: il che non è difendibile *de jure condito* neppure da chi – come me – ha difeso da sempre *de jure condendo* la cessione libera dei marchi…." e che "L'abuso di marchi, l'aggiramento della legge, sembrano evidenti. Il titolare ricava denari da utilizzazioni del marchio che sono estranee alla sua industria o commercio e quindi alla *ratio* dell'istituto. Il marchio di questi "creatori" si trasforma in un certificato di monopolio assoluto e completo all'esercizio di qualsiasi attività" [25].

6. – Brevemente, giova rammentare come si è conclusa la vicenda politico-giuridica del *merchandising*, visto che questo contratto incide notevolmente su settori rilevanti dell'economia contemporanea e profondamente su mentalità, psiche e prassi delle nuove generazioni.

Non potremo mai sapere, se il tentativo di Galgano avrebbe avuto successo sul piano giurisprudenziale [26], perché, dopo pochissimi anni, il legislatore, innovando rispetto al passato: consentì a chiunque, anche non imprenditore, di poter registrare il marchio, eventualmente destinato a "imprese che ne facciano uso con il suo consenso" (nuovo art. 22, comma 1., della L.M. del 1992); eliminò la decadenza per "cessazione definitiva, da parte del titolare del marchio, della produzione o del commercio" (art. 43, comma1, n. 2. della L.M., abrogato nel 1992); e previde (nuovo art. 15) sia la possibilità di cessione senza ramo d'azienda, sia che il marchio possa essere trasferito anche soltanto per una parte dei prodotti o servizi per i quali è stato registrato,

---

di cui si fosse chiesta la registrazione al fine di concederlo in licenza, perché l'art. 22 l.m. prevedeva che può ottenere il brevetto per il marchio di impresa chi lo utilizza o si propone di utilizzarlo "nella *sua* industria o nel *suo* commercio"; proponeva una "interpretazione" della disposizione per la quale "suo" non avrebbe indicato la "suità fisica"; pertanto non trovava di meglio che invocare la concorrenza sleale contro la contraffazione, soluzione alla quale si opponevano gli ostacoli indicati sopra nel testo, e ammettere la cessione del marchio senza ramo d'azienda, la quale di per sé, a rigore, non implicava la licenza di marchio a titolo non esclusivo per beni mai prodotti.

[24] P. AUTERI, *Lo sfruttamento del valore suggestivo dei marchi di impresa mediante merchandising*, in *Contratto e impresa*, 1989, 515 e 541 (corsivo aggiunto). Sulla linea di Auteri, ma con talune differenziazioni (e una "apertura", che non rileva in questa sede indagare), si collocava la monografia di M. RICOLFI, *Il contratto di merchandising nel diritto dei segni distintivi*, Milano 1991, in particolare, 523-527, 542, 549-563 (ove in particolare la critica a Galgano, nella parte in cui quest'ultimo aveva ammesso la validità di contratti che concedevano un diritto del quale "il concedente non è in realtà titolare") e 565 ss. (ove la critica delle tesi secondo le quali le norme che disciplinavano il trasferimento del marchio non avrebbero opposto limiti alla validità del *merchandising*).

[25] R. FRANCESCHELLI, *Sui marchi d'impresa* cit., 176 e 219 s.

[26] Nel 1991 M. RICOLFI, *Il contratto di merchandising* cit., 491 ss., oltre a porre in evidenza il dissenso netto di Auteri e Franceschelli, osservava che la proposta di Galgano avesse incontrato consensi in alcuni industrialisti.

ISSN 2421-2563



sia che il marchio possa essere oggetto di licenza anche non esclusiva per la totalità o per parte dei prodotti per i quali è stato registrato e per la totalità o parte del territorio dello Stato (a condizione, se la licenza non è esclusiva, che si tratti di prodotti e servizi uguali).

Se la cessione libera (senza ramo d'azienda) non era un dovere comunitario, e fu dunque una scelta della Commissione ministeriale, che scrisse sia la legge delega che la legge delegata – ma il progetto di Regolamento europeo, relativo al marchio comunitario, prevedeva la cessione senza ramo d'azienda, sicché in sede di Commissione si adombrò il rischio che le imprese avrebbero optato per il marchio comunitario – l'art. 8 della Direttiva 89/104/ C.E.E., imponeva ai paesi membri la disciplina della licenza poi trasfusa nell'art. 15 della nuova L. Marchi [27].

In definitiva, il contratto di *merchandising* divenne valido per decisione, o almeno forte condizionamento, della Comunità economica europea, senza che il Parlamento abbia mai discusso il tema [28] e senza che il dibattito dottrinale tra gli industrialisti avesse registrato maggioritarie o almeno consistenti critiche alla disciplina fino ad allora vigente. Anzi, i più autorevoli industrialisti avevano reagito all'uso alternativo del diritto promosso da un civilista, esprimendo non soltanto dissenso giuridico ma anche perplessità o contrarietà politico-ideologiche.

Non è agevole dire se nella proposta di Galgano e nella nuova disciplina, vi fu un adeguamento alla coscienza sociale.

Da un lato, "Questi precursori – negli anni Ottanta, Nike, Microsoft e Tommy Hilfinger – affermavano audacemente che la produzione di beni era solo una parte secondaria delle loro attività e che, grazie alle recenti conquiste in fatto di liberalizzazione del commercio e alla riforma delle leggi sul lavoro, esisteva la possibilità di appaltare la fabbricazione dei prodotti a terzi, situati prevalentemente oltreoceano. Essi sostenevano che ciò che le loro aziende producevano principalmente non erano cose, ma *immagini* dei loro marchi": le avanguardie italiane, dunque, si schieravano con dei "precursori" [29].

Dall'altro, abbandonata alla fine degli anni settanta (in Italia dal 1982) la repressione della rendita finanziaria, gli Stati avevano cominciato a indebitarsi a tassi di interesse reale positivi (non più negativi), sicché ogni cittadino dotato di risparmio era divenuto un *rentier* che senza rischiare nulla poteva aumentare la propria ricchezza acquistando titoli del debito pubblico. In un sistema in cui una parte consistente dei cittadini era composta da *rentiers*, non appariva assurdo rendere *rentiers* i titolari di noti marchi e consentire, a danno degli imprenditori-produttori che pagano *royalty* e dell'occupazione nazionale, che una parte del grande capitale si impegnasse nella produzione e nello sfruttamento della notorietà del marchio, per divenire *rentier*.

7. – Possiamo ora inquadrare il caso del *merchandising* nel quadro dell'uso alternativo del diritto per qualificare validi i contratti atipici.

---

[27] Informazioni sui lavori della Commissione e sulle principali novità in A. VANZETTI, *La nuova legge marchi* cit., 1-12

[28] La Commissione scrisse la legge delega e la legge delegata (cfr. A. VANZETTI, *La nuova legge marchi* cit. 11 s.). La legge comunitaria del 1991 diede attuazione a più di cento Direttive, dunque il dibattito non fu nemmeno praticamente possibile.

[29] N. KLEIN, *No logo*, 9 ed., Milano 2000, p. 26. Sembra che nemmeno gli industrialisti avessero compreso la portata del futuro che concorrevano a costruire (pur nel formale rispetto delle disposizioni). Ha scritto V. MANGINI, *Logo, no logo? (ovvero della perduta innocenza della proprietà intellettuale)*, in *Giur. it*., 2003, 609: "È difficile stabilire ora a partire da quale momento la proprietà intellettuale ha iniziato a perdere la sua (vera o presunta) "innocenza" per divenire nella considerazione di molti "strumento cieco d'occhiuta rapina"; ciò in quanto anche i più sensibili fra i suoi cultori non ebbero la percezione immediata dei primi non appariscenti (ma inequivocabili) segnali di tale involuzione".



Nel risolvere le questioni di validità dei contratti atipici, per promuoverne la validità, la dottrina ha utilizzato uno strumentario vastissimo.

In primo luogo, *il superamento delle* (oggi da molti vituperate) *categorie astratte*.

Posta davanti ai contratti derivati stipulati *over the counter*, in particolare gli IRS (*interest rate swap*), per lungo tempo – non soltanto fin quando mancava una norma che prevedesse la piena efficacia dei contratti derivati OTC (art. 18, comma 4º, d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415, poi art. 23, comma 5º, tuf), ma anche in seguito, per molti anni, forse in ragione del fatto che, trattandosi di contratti di durata, la efficacia di quelli stipulati prima dell'entrata in vigore della norma avrebbe potuto essere contestata –, la dottrina ha negato che tali contratti si lasciassero sussumere nello schema millenario della scommessa.

Se le parti prevedono che al verificarsi o al non verificarsi di un evento futuro ed incerto, l'una o l'altra debbano una prestazione, creano un rischio che non avevano e si ha la scommessa, *salvo che discipline normative speciali sottraggano il fatto alla disciplina della scommessa dando ad esso un'altra disciplina* [30].

Se si accoglie la figura generale, è del tutto evidente che non sono palesemente idonee ad evitare la sussunzione, salvo che il legislatore intervenga con una disciplina speciale, tutte le circostanze considerate dalla dottrina: che le parti prevedano periodici flussi reciproci di cassa (uno inferiore all'altro, o, in caso di pareggio, uguali); che l'oggetto della scommessa siano tassi di interesse o rapporti di cambio tra valute; che, secondo talune teorie (o teologie) economiche, simili scommesse svolgerebbero un ruolo positivo nell'allocazione delle risorse; che una delle parti "si assicuri", in senso lato, contro un rischio (che non rientra nella nozione giuridica di "sinistro"; per di più, ci si "assicura", non pagando un premio fisso, ma obbligandosi a pagare eventualmente una somma incerta); che le parti si divertano, competano e generino ansia, tensione e brivido (c.d. *causa ludendi*) oppure si limitino a vincere o perdere; che l'attività dello scommettitore professionale (l'intermediario) sia sottoposta a numerose norme (è vero pure per gli acquisti e le vendite di titoli, che restano compravendite).

E quando la dottrina ammetteva che ricorresse la figura del contratto aleatorio (la figura tradizionale della scommessa), credeva di avere il potere di sottrarsi alla sussunzione affermando che i derivati non meramente speculativi, realizzando anche altri interessi (alla gestione del rischio), diversi e ulteriori rispetto alla funzione oggettiva di creazione del rischio, andassero sottratti dallo schema della scommessa. Ciò implica che si pensi che al giurista sia concesso sottrarre taluni fatti ad una fattispecie tipica, per la presenza di elementi speciali non presi in considerazione dal legislatore. Invece, solo il legislatore, secondo un uso non alternativo del diritto, può sottrarre un fatto ad una ipotesi normativa, per mezzo di una norma eccezionale, non certo l'interprete [31].

---

[30] Oggi la qualifica di scommessa è ampiamente diffusa. Sebbene con posizioni diverse: G. GABRIELLI, *Operazioni sui derivati: contratti o scommesse*?, in *Contr. e impr*., 2009, 1133; E. BARCELLONA, *Note sui derivati creditizi* market failure *o* regolation failure?, in *BBTC*, 2009, I, 654; D. MAFFEIS, voce *Contratti derivati*, in *Dig., disc. priv., sez. civ*., agg., V, Torino, 2010, 357 e ID., *Alea giuridica e calcolo del rischio nella scommessa legalmente autorizzata di swap*, p, in *Riv dir civ*., 2016, I, 1097; P. SPADA, *Codice civile e diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ*., 2013, I, 339 s.; R. DI RAIMO, *Dopo la crisi, come prima più di prima (il derivato finanziario come oggetto e come operazione economica)*, in AA.VV., *Swap tra banche e clienti*, a cura di Maffeis, Milano 2014, 47 e 70 s. Invece M. BARCELLONA, *I derivati e la causa negoziale, I, L'"azzardo" oltre la scommessa, l'eccezione di gioco e il vaglio di meritevolezza*, *in Contr. e impr*., 2014, 599 s., nega la riconducibilità alla scommessa dei derivati meramente speculativi, che pure qualifica come «azzardo», al fine di negare ad essi ogni ingresso nell'ordinamento, in quanto non meritevoli, con la conseguenza che non produrrebbero nemmeno l'effetto della *soluti retentio*.

[31] S. ALVARO, G. SICILIANO, *Crisi sistemiche e regolamentazione finanziaria*, con *Prefazione* a cura di Angelici, Consob, Roma, 2016 (che si legge in rete: https://www.consob.it/documents/11973/201676/qg10.pdf/a5fca1dc-71a5-43f0-b4bb-5881993ac371), 16 ss., con ampie citazioni dalla letteratura straniera, mostrano che storicamente i differenziali, fuori dai mercati regolamentati, o sono

ISSN 2421-2563



In tema di *franchising*, le obbligazioni dell'affiliato sono diventate diritti, che l'affiliante trasferirebbe o concederebbe: l'affiliato è obbligato a servirsi del *know-how*, dunque, secondo un uso non alternativo del diritto, non ha il diritto ma il dovere di avvalersene; non ha il diritto ma il dovere di affiggere l'insegna dell'affiliante; non ha (soltanto) il diritto di acquistare beni prodotti dall'affiliante ma il dovere (o la necessità). Eppure definizioni dottrinarie, giurisprudenziali e finanche normative sono fondate su questa ri-qualificazione dei doveri come diritti. Tuttavia, se si definisce male uno schema contrattuale atipico, sia il giudice che il legislatore (quando decide di intervenire: l. 129/2004), esprimono un giudizio di meritevolezza su una nozione (e su una funzione) sbagliata, non corrispondente alla realtà giuridico-economica del fenomeno [32].

L'*indifferenza per la gerarchia delle fonti.*

Per più di venti anni non un solo giurista, studioso o magistrato, è andato a verificare se la norma di un decreto legislativo, che aveva sottratto i derivati *over the counter* all'applicazione dell'art. 1933 c.c. fosse stata emessa in forza di una delega, ovvero se la norma fosse incostituzionale per eccesso di delega.

E quando qualcuno è andato a verificare e ha affermato, a torto o ragione, che la delega non c'era [33], i successivi contributi, che hanno preso in considerazione il saggio che ha sollevato la questione di costituzionalità, non hanno reputato di dover andare ad accertare, per aderire, precisare o contestare la tesi [34].

L'irrilevanza della coerenza sistematica.

La Corte di Cassazione a sezioni unite, pochi mesi dopo aver affermato, sempre a sezioni unite, che le norme che hanno autorizzato gli enti pubblici territoriali (le norme non riguardavano lo Stato) a stipulare contratti derivati, erano eccezionali e avevano reso validi, a determinate condizioni, contratti altrimenti invalidi, per contrasto con norme che disciplinano la contabilità pubblica [35], non rileva la nullità dei contratti de-

---

stati vietati, o sono stati ammessi ma senza concedere l'azione per l'adempimento, oppure, molto più raramente, sono stati ammessi con precise norme che concedevano espressamente al vincitore il diritto di agire in giudizio.

[32] In *Il franchising: squilibrio contrattuale e interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Giur. it*., 2018, I, 2338 ss. mi è parso che la corretta *nozione* del contratto di *franchising*, sia la seguente: è il contratto con il quale l'affiliato si obbliga a (o si pone nella necessità di) acquistare beni venduti dall'affiliante e a rivenderli o a fornire a terzi servizi, utilizzando segni distintivi dell'affiliante, perdendo, attraverso l'assunzione di una varietà di obbligazioni, in tutto o in parte, la libertà di organizzazione dell'impresa e, almeno nell'affiliazione di servizi, versando necessariamente all'affiliato un compenso economico: l'affiliante, "in cambio", si obbliga a dirigere, in tutto o in parte, l'impresa dell'affiliato. La *funzione economico-sociale* è, perciò, quella di valorizzare e promuovere le capacità di rendita dei segni distintivi dell'affiliante (la rendita di parte del capitale intangibile), a discapito dei profitti degli imprenditori affiliati, i quali promuovono l'avviamento dell'affiliante, in luogo del loro.

[33] Cfr. mio *L'*interest rate swap*, specchio del nostro tempo, è una scommessa che non dà luogo ad azione: incostituzionalità dell'art. 23, comma 5°, tuf per eccesso di delega*, in *Riv. trim, dir. proc. civ*., 2020, 225 ss.

[34] D. MAFFEIS, *Disciplina degli obblighi meramente informativi dell'intermediario finanziario*, in *Società*, 2020, 1381 ss., testo e nota 22, "esclu(de) che, in ragione del suo carattere pericoloso, la soluzione del diritto positivo sia quella – sia chiaro: astrattamente plausibile, ma inattuale e in linea di principio non opportuna – della definitiva incommerciabilità (c.d. *red lining*) di questo o quel singolo strumento finanziario o, ricorrendone eventualmente i presupposti, quella dell'illegittimità costituzionale della disposizione di legge che in via di principio ne riconosca la liceità"; M. ANOLLI, A. PERRONE, *La giurisprudenza italiana sui contratti derivati. Un'analisi interdisciplinare*, in *Rivista di diritto bancario*, 2020, 200 nota 15, segnalano l'esistenza in dottrina di "indicazioni per il superamento della norma" ma non affrontano la questione di costituzionalità; manca una presa di posizione anche in A. MAZZIERI, *I requisiti di validità dei contratti I.R.S. stipulati dagli Enti Locali*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 4/2020, 31 s., note 13-17, che pur dà amplissimo risalto alla tesi; U. PATRONI GRIFFI, *L'oggetto del contratto di interest rate swap*, in *Rivista Corte dei Conti*, 5/2022, 78, nota 11, menziona la tesi, ma non prende posizione; A. TUCCI, *Questioni problematiche in tema di contratti derivati*, in *Il diritto bancario oggi: questioni sostanziali e processuali*, Milano 2023, 939, nota 35, contesta la qualifica di scommessa e dà alla norma del TUF, che prevede la inapplicabilità dell'art. 1933 c.c., un diverso significato (non avrebbe autorizzato scommesse ma sancito che non sono scommesse), ma comunque non prende posizione sull'esistenza o meno della delega.

[35] Cass. Sez. un. 12 maggio 2020, n. 8770. La storia degli interventi normativi relativi agli swap stipulati dagli enti locali, che meriterebbe il racconto di un grande e ironico (o tragico) scrittore, è ricostruita nel mio *Gli swap degli enti pubblici: un diritto inventato per disapplicare un diritto insensato*, in *Nuovo dir.civ.*, 2021, 241 ss.



rivati stipulati dallo Stato, né sente il bisogno di spiegare per quali ragioni le regole della contabilità pubblica implicassero che lo Stato, a differenza degli altri enti pubblici, non necessitasse di autorizzazione normativa [36].

La omessa considerazione o la storpiatura delle disposizioni normative.

Ho osservato sopra come in tema di *merchandising* alcuni autori siano giunti o a non considerare le disposizioni normative che (oggettivamente e secondo l'opinione pacifica della dottrina industrialista) lo vietavano, oppure a storpiarle, fino ad affermare che nella formula "nella sua industria o nel suo commercio" gli aggettivi possessivi non avrebbero indicato "la suità fisica" [37].

Ma il fenomeno non è raro, sebbene in altri casi si sia negata non la violazione diretta ma la frode alla legge.

Un rilevante caso si rinviene a proposito del contratto autonomo di garanzia. Ammessa la validità della garanzia autonoma – la cui invalidità sarebbe dipesa, eventualmente, dalla violazione di norme e principi che tutelano (quantomeno anche) il garante – restava il problema della validità della clausola che rende autonoma la pretesa di rivalsa, la cui eventuale invalidità dipende da norme che tutelino il debitore principale: se, in forza della clausola che rende autonoma la pretesa di rivalsa, il debitore principale deve pagare al garante senza poter opporre a quest'ultimo le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore in forza dell'art. 1462 c.c., vi è frode alla legge, nel senso che si elude questa norma?

Sembrerebbe che, attraverso una banale triangolazione, il debitore principale si trovi esattamente nella situazione non voluta dal legislatore (che debba pagare senza opporre eccezioni), sia nell'ipotesi in cui esso sia tenuto a pagare denaro, sia in quella in cui sia tenuto ad altra prestazione e per l'inadempimento di quest'ultima sia prevista una penale: deve pagare denaro al garante senza poter opporre a quest'ultimo le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore (per non pagare la prestazione principale o la penale). Ma anche se la prestazione dovuta dal debitore principale è diversa dal dare denaro, sembra assurdo che in questa ipotesi, soltanto per il fatto che le parti non abbiano previsto che il debitore principale, in caso di inadempimento, debba pagare una penale (è direttamente il garante che dover pagare la "penale autonoma"), non vi sia frode alla legge. Eppure il tema è stato ignorato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, come se l'art. 1462 c.c. non fosse una norma a tutela del debitore principale [38].

Vi è poi il dubbio se il contratto di *lease back* frodi norme imperative dettate in tema di vendita con patto di riscatto. Basti considerare che la vendita con patto di riscatto è generalmente accompagnata da un contratto che lascia al venditore il godimento del bene a titolo di locazione (o di comodato: vero o che dissimula una locazione) [39], e che quindi il *lease back*, ha tre elementi in comune con la vendita con patto di riscatto con contestuale locazione (vendita del bene, concessione del godimento al venditore e diritto di riacquistare) ma si differenzia da quest'ultima ipotesi per due aspetti, entrambi sfavorevoli al venditore. In primo luogo,

---

[36] Cass. civ., Sez. Un., 1° febbraio 2021, n. 2157.

[37] Oltre all'iter argomentativo di Galgano, si veda la breve sintesi del saggio di A. FRIGNANI, *I problemi giuridici del merchandising* cit., che ho esposto sopra, nella nota 23.

[38] Mi sono soffermato su questo tema in *Nullità del contratto autonomo di garanzia per frode alla legge*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 1206 ss.

[39] Prima della diffusione del *lease back*, gli ultimi casi giunti in Cassazione, nei quali la locazione è menzionata nelle massime, sono Cass., 7 ottobre 1967, n. 2286 e Cass., 11 febbraio 1969, n. 465, in *Giur. it.*, 1970, I, c. 581 ss. Tuttavia, se si leggono le motivazioni delle sentenze, si scopre che locazioni o comodati sono pressoché sempre presenti: si è avuta una locazione, a favore dei familiari del venditore, nel caso deciso da Cass., 26 febbraio 2018, n. 4514; si è avuto un comodato nel caso deciso da Cass., 11 giugno 2007, n. 13621, in *Giust. civ.*, 2007, I, 2716 ss.; in altri casi il venditore con patto di riscatto resta nella disponibilità dell'immobile senza stipula di formali locazioni o comodati: da ultimo Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, 719 ss.

ISSN 2421-2563



per l'obbligo di riacquistare a rate (sicché la rata di canone incorpora, oltre al corrispettivo per il godimento, anche gli interessi per il prestito e la parte di capitale da restituire); mentre il venditore con patto di riscatto tiene per sé il denaro e poi, se riesce ad accumulare la somma necessaria, riscatta il bene, altrimenti, durante lo scorrere del tempo, paga soltanto il canone per il godimento (senza nemmeno un centesimo di interesse). In secondo luogo, per la non opponibilità del diritto di riacquistare ai terzi che acquistino dall'acquirente-concedente, mentre il patto di riscatto è opponibile.

Sembra, dunque, illogico che le norme imperative previste a tutela del venditore con patto di riscatto – le quali si applicano anche quando, come generalmente accade, abbia mantenuto, a titolo di locazione, il godimento del bene venduto –, non si applichino a favore del venditore-utilizzatore nel *lease back*.

Eppure questa è stata ed è l'opinione pressoché pacifica.

La dottrina quasi mai ha sollevato il problema dell'applicabilità al *lease back* degli artt. 1500, comma 2, c.c. ("Il patto di restituire un prezzo superiore a quello stipulato per la vendita è nullo per l'eccedenza") e 1501, comma 1, c.c., che fissa un termine massimo per il riscatto. Mi è capitato di leggere trentatré contributi che hanno trattato più o meno ampiamente il contratto di *lease back*, nei quali non si rinviene alcun cenno al problema della eventuale invalidità, parziale o totale, del *lease back*, per violazione o frode degli artt. 1500, comma 2, e 1501, comma 1, c.c. [40].

Soltanto tre autori hanno trattato il tema. Il primo ha escluso l'applicabilità delle due norme, perché altrimenti sarebbe "impossibile l'attuazione pratica dell'operazione". Sembrerebbe, in questa prospettiva, che la validità sia una premessa e non un risultato [41]. Il secondo ha cercato di argomentare per quali ragioni andrebbe esclusa l'applicabilità analogica delle due norme al caso più grave, che contiene tutti gli elementi del caso meno grave (anziché asserirne l'applicazione *a fortiori*) [42]. Il terzo (primo in ordine cronologico) ha posto in evidenza che "nel *lease back* la facoltà di riacquisto ha effetti obbligatori e dunque opera diversamente dal patto di riscatto", e che quindi "il lease back si apparenta piuttosto alla vendita con patto di retrovendita". Pertanto "Non dovrebbe perciò applicarsi il limite massimo di 5 anni (per gli immobili) di cui all'art. 1501 c.c. Né dovrebbe applicarsi la norma che sancisce la nullità per l'eccedenza del patto di restituire un prezzo superiore (art. 1500): pure se qualche autore ritiene applicabile questa norma anche al patto di retrovendita" [43].

Tuttavia, per quanto riguarda l'art. 1500 c.c. non sembra essere esatto che "qualche autore ritiene applicabile questa norma anche al patto di retrovendita", perché se si esclude una riga di Pugliatti, priva di ogni motivazione e inserita in una pagina di un libro dedicato ad altri temi, tutti gli autori che hanno studiato il patto di riscatto hanno sempre reputato che l'art. 1500 c.c. si applichi anche al patto di retrovendita, non essendo possibile ipotizzare nemmeno una seppur implausibile ragione, per fondare la *ratio* di quella norma nella cosiddetta efficacia reale, anziché obbligatoria, del riscatto [44]. La *ratio* dell'art. 1500 c.c. consiste nella volontà

---

[40] L'elenco dei trentatré contributi si trova in Lease back *e patto di riscatto: perché il* lease back *è sempre nullo*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 777 s. nota 10.

[41] R. De Nictolis, *Nuove garanzie personali e reali*, Milano 1998, 452.

[42] M. Bussani, *Il contratto di lease back*, in *Contr. impr.*, 1985, 571-579.

[43] G. De Nova, *Analisi critica dei diversi orientamenti italiani nella regolamentazione del leasing*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 715.

[44] Per l'applicabilità analogica G. Gabrielli, *Contratto preliminare*, Milano 1970, 314 s.; A. Luminoso, *Vendita con riscatto*, in *Cod. civ. Comm*. Schlesinger, Milano 1987, 197 s., con riguardo sia al patto di rivendita sia all'opzione di riacquisto; C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ*. Vassalli, 2ª ed., Torino, 1993, 677 s., espressamente con riguardo al patto di rivendita, ma nella nota 1 a 676 è spiegato che «sotto questo aspetto possono anche ipotizzarsi la concessione di un diritto d'opzione e la proposta a fermo di rivendita». L'affermazione non argomentata di Pugliatti si trova in S. Pugliatti, *La trascrizione immobiliare*, II, Messina 1946, 9 s.



del legislatore di evitare il rischio che l'acquirente possa approfittare del disperato che ricorre alla vendita con patto di riscatto, in modo ulteriore rispetto alla (tipica e inevitabile) speculazione sul prezzo (piú basso di quello di mercato) che si realizza quando il venditore non riesce a riscattare il bene. E già l'applicazione di questa norma basterebbe a invalidare i contratti di *lease back*.

Per quanto riguarda la norma sul termine massimo, essa è effettivamente per tradizione ricondotta alla opponibilità ai terzi acquirenti della facoltà di riscatto, e tuttavia questa opinione non è stata mai argomentata [45]. Se tuttavia si solleva la domanda, si scopre agevolmente che la *ratio* non può consistere nella opponibilità del riscatto, perché tutti gli argomenti, letterale, sistematico e storico, conducono ad escludere questa *ratio* [46].

8. – Se tanti giuristi hanno fatto un uso alternativo del diritto nel risolvere questioni di validità nei contratti atipici, non è possibile nemmeno ipotizzare che tutti abbiano coscientemente voluto superare la discrezionalità interpretativa, per quanto ampia si creda che essa possa o debba essere.

È vero che non mancano le affermazioni che manifestano palesemente la volontà di considerare valido uno o altro contratto, mentre in altri casi la volontà è implicita ma sembra indubitabile. Tuttavia, il più delle volte la validità è considerata un presupposto indiscusso. Oppure è "dedotta" dalla diffusione del contratto, da asserite "necessità dell'economia" o dalla (asserita) impossibilità di non adeguarsi a ordinamenti di omogenea civiltà giuridica. E ormai da tempo, le questioni di validità semplicemente non sono affrontate.

Ciò significa che, negli ultimi quaranta anni, i civilisti e i commercialisti si sono mossi, per lo più, *dentro una ideologia*: il dover essere della validità dei contratti atipici era un elemento di questa ideologia.

Un chiarimento si impone, al fine di evitare che qualche lettore possa ravvisare in questo saggio una critica, persino radicale, a un amplissimo settore della civilistica, perché, al contrario, questo saggio non intende muovere, né muove, la benché minima critica ai civilisti e ai commercialisti che hanno trascurato questioni di validità dei contratti atipici oppure le hanno risolte nel senso della validità. Infatti, ogni uomo è un essere ideologico: è *homo ideologicus*, impregnato di ideologie. Il giurista non sfugge alla regola. *Gli uomini vivono dentro correnti ideologiche*; ne sono trasportati e le diffondono. E *non possono uscirne*, *se non entrando in*

---

[45] Recepiscono la tesi tradizionale, senza ipotizzare diverse *rationes*, G. GABRIELLI, *op. cit.,* 313 s., LUMINOSO*, op.* cit., 195 s., C.M. BIANCA, *op. cit*., 677 e R. CALVO, *La vendita con patto di riscatto: fattispecie ed effetti*, in Sirena (a cura di), *Vendita e vendite*, in *Tratt. Contr*, V. Roppo e A.M. Benedetti, I, Milano 2014, 523 s.

[46] La norma è sempre stata interpretata (e si lascia interpretare soltanto) nel senso che il termine cominci a decorrere dal momento dell'effetto traslativo, non dal momento della trascrizione: si applica anche se il riscatto è stato previsto in una scrittura privata non autenticata o in un atto trascrivibile ma non trascritto. È di questa norma, che limita il tempo del riscatto anche quando il patto non sia trascrivibile o trascritto, che si deve trovare la *ratio*, non di altra norma.

In secondo luogo, l'interesse a promuovere la libertà dei dominî da vincoli che ne diminuiscano la produttività storicamente ha riguardato i fondi e l'agricoltura, mentre l'art. 1501, comma 2, c.c. pone un limite anche per i mobili, anche non registrati e non produttivi. Ciò induce a reputare che l'interesse protetto sia connesso alla particolare fattispecie, non all'effetto (opponibilità).

In terzo luogo, nel nostro ordinamento non vige un principio giuridico che limiti, a cinque anni per gli immobili e a due per i mobili, o comunque con termini molto brevi, il periodo della *titolarità temporanea del diritto di proprietà* – se la si ammette, e comunque nella misura in cui certamente è ammessa dalle norme del codice civile che prevedono l'ipotesi e la trascrizione della vendita con *termine iniziale* –, della *proprietà risolubile per avveramento della condizione*, e ormai anche della *proprietà destinata o fiduciaria*, per la quale è prevista una durata massima di novanta anni (art. 2645 *ter* c.c.). Anche questa considerazione induce a concludere che la ragione della limitazione temporale del diritto di riscatto non consiste nella opponibilità ai terzi, bensì in un interesse delle parti (della vendita con patto di riscatto) o in un interesse generale ad impedire che alcuni interessi delle parti siano validamente perseguiti. La *ratio* non sta nel particolare effetto ma nella particolare fattispecie.

ISSN 2421-2563



altre diverse o opposte correnti ideologiche. Basta osservare la contemporaneità, e addirittura la cronaca, per convenire: "bisogna combattere il cambiamento climatico"; "serve più Europa"; "si deve abbassare il debito pubblico"; "bisogna esportare la democrazia"; "bisogna ritardare lo sviluppo tecnologico della Cina"; "serve meritocrazia"; "servono governi di legislatura"; "l'Università si deve internazionalizzare"; "deve divenire sistematico l'uso di indicatori di performance negli organismi pubblici"; e così via. È tutta ideologia, perché ogni opinione collettiva, o addirittura dominante, e finanche unanime, intorno al dover essere sociale, è ideologia. E nella maggior parte dei casi si tratta di "credo" non ragionati, non sottoposti a critica e che non si è nemmeno disposti a mettere in discussione, anche perché per ciascuno di questi temi, e di decine e decine di altri simili, la riflessione accurata, per pervenire a una conclusione ragionata, richiederebbe mesi o anni di intensa attività intellettuale.

Orbene, in un clima culturale nel quale il giurista era educato a sentirsi vincolato dalle categorie tradizionali, dalla coerenza sistematica, dal rispetto degli artt. 12 e 14 prel., e aderiva a teorie dell'interpretazione di tipo ricognitivo, l'ideologia dei giuristi aveva pochissimo spazio per insinuarsi nell'attività di interpretazione della legge. Le "battaglie dottrinarie", soprattutto nelle materie economiche, ma anche in altre, ci sono sempre state – e lo si è visto con riguardo ai temi della tutela del marchio notorio contro l'uso extra-merceologico da parte di terzi e delle licenze infra-merceologiche (§§ 3 e 4) – ma esse potevano consistere, al più, in tentativi di "stirare" le disposizioni oltre la cornice semantica o sintattica, e davano e non potevano che dare risultati parziali, controversi o comunque non unanimemente condivisi, non accolti da tutta la giurisprudenza di merito e ancora rigettati, dopo decenni, dalla Corte di Cassazione, perché, appunto, in quel clima culturale, le parole dei testi legislativi erano non semplicemente pietre bensì giganteschi massi che segnavano inesorabilmente il cammino del giurista. Invece, in una fase storica nella quale, con sempre maggior frequenza, si è cominciato ad osservare che le categorie tradizionali andavano abbandonate, che la soluzione deve essere data sempre "caso per caso", che il diritto si deve adeguare al fatto perché il giurista deve tener conto della mutante realtà sociale e delle "esigenze" che la realtà sociale esprime, che l'interpretazione è attività creativa, che interpretare significherebbe sempre applicare principi, che nell'attività di interpretazione si dovrebbe tener conto del criterio dell'"efficienza" (del risultato), che l'art. 12, I comma, prel., sarebbe stato abrogato o che comunque la realtà dell'interpretazione dei giuristi testimonierebbe che esso avrebbe poca o nulla capacità di guidare e vincolare l'interprete, è abbastanza ovvio che, consapevolmente o inconsapevolmente, l'ideologia dei giuristi condizioni in misura più marcata i risultati dell'interpretazione.

Nessuna critica, dunque, perché quando alla costante universale del giurista come *homo ideologicus* si affianca la variante ideologica dell'abbandono della interpretazione ricognitiva, il giurista, nelle materie che si prestano, *è destinato*, non tanto a fare ideologia, quanto *ad essere ideologico mentre interpreta*. Non poteva che accadere e non potrà che accadere in futuro, fin quando, eventualmente – nella storia niente è irreversibile – non sarà restaurata la legalità dell'età illuministico-giacobina. E in fondo è ciò che autorevolissimi giuristi hanno perorato, quando hanno denunciato, e invitato a superare, l'asserito costo della legalità illuministico-giacobina: "sottraeva a giudici e sapienti ogni coinvolgimento nel processo produttivo del diritto consegnandolo interamente alla volontà del supremo potere politico"[47].

Al più dissenso sul metodo che per chi scrive è ancora quello tradizionalissimo, della modernità, che non

[47] P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020, 5. Non siamo sicuri che i teorici, per quanto autorevolissimi, del superamento della legalità illuministico-giacobina, abbiano compreso a fondo le matrici che, nella società post-moderna, producono l'ideologia che consentirebbe ai "sapienti" (per noi semplici naufraghi trasportati da correnti ideologiche che essi non creano) di innovare il diritto. Ma è tema che trascende questo saggio.



vede alcuna necessità di adeguamento al fatto, che attribuisce significati in forza del vocabolario e della grammatica, che dinanzi alle norme imperative non sceglie arbitrariamente (ideologicamente) una *ratio* restrittiva rispetto alla *ratio* ampia corrispondente al contenuto della disposizione, che accoglie le categorie tradizionali fin quando non si dimostri che non definiscono con esattezza uno schema o elementi comuni di alcune fattispecie, che nega efficacia creativa o innovativa all'interpretazione. Ed è bene chiarire che il dissenso sul metodo, essendo un dissenso su un dover essere sociale, è anch'esso un dissenso ideologico.

Vediamo, ora, qual era l'ideologia nelle sue due componenti: sia i valori declamati, sia gli interessi, come sempre accade, eclissati o addirittura velati dai valori declamati.

L'ideologia si componeva di un frasario, il quale – oscillando dalla preferibilità, reputata oggettiva (e non, come palesemente è, soggettiva), per forme omogenee di disciplina sovranazionale, alla esaltazione dell'autonomia privata, che rendeva insofferenti a "inutili" o "eccessivi" o "inefficienti" limiti, alla convinzione che il giurista debba "aderire ai fatti" (che in questo caso erano contratti atipici predisposti e diffusi dal grande capitale, per sottrarsi a limiti che il diritto borghese poneva a forme di valorizzazione), e finanche a formule che esprimono principi del diritto pubblico dell'economia, i quali indubbiamente hanno caratterizzato una fase storica ma non c'entrano nulla con i contratti atipici [48] – spingeva verso la validità dei contratti atipici, e lasciava credere ai giuristi che essi fossero difensori dei "valori" che il frasario riassumeva e non degli interessi che velava.

Voglio dire che probabilmente in tutti i giuristi vi era l'ideologia come *falsa coscienza (auto-inganno)*, intesa come assimilazione, difesa e promozione di idee che sacrificano taluni interessi (nel nostro caso dei piccoli e medi imprenditori e, nel caso degli IRS, anche della finanza pubblica) e ne promuovono altri, senza sapere quali interessi sacrificano e promuovono, perché il sacrificio e la promozione degli interessi sono velati dai "valori" declamati.

Naturalmente, non si può escludere che in alcuni vi fosse invece l'ideologia in senso proprio [49], ossia la cosciente volontà di promuovere il capitalismo assoluto, liberando il grande capitale, non soltanto dai vincoli derivanti dalle conquiste sociali del cosiddetto trentennio glorioso – ciò è accaduto per via legislativa e prima ancora ratificando l'Atto Unico e il Trattato di Maastricht [50] – ma anche da quelli derivanti dal carattere borghese e liberale che il capitalismo si portava dietro fin dalle origini.

Il contratto di *franchising* – così come taluni contratti di concessione di vendita – accentra una parte dei profitti verso le imprese della produzione a scapito di quelle della distribuzione, rispetto alla distribuzione di profitti che si avrebbe se i rapporti fossero disciplinati dal contratto codicistico di somministrazione; e la produzione, grazie alle delocalizzazioni, è in taluni casi produzione di marchi.

Inoltre, con il *franchising* di servizi si creano pure rendite, così come accade nei tantissimi piccoli *franchising* di prodotti nei quali il decantato *know-how* si apprende in un corso di un pomeriggio (la Cassazione si è trovata davanti anche *franchising* di cartucce di stampanti "originali e rigenerate" [51]).

---

[48] Come esempio di argomento che non significa niente, piace citare le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali hanno asserito che "la funzione concreta" del contratto autonomo di garanzia è quella di "assicurare la libera circolazione dei capitali" (Cass., Sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947; già nella motivazione di Cass., 5 marzo 2009, n. 5326). Ora, delle due l'una: o la garanzia autonoma è valida e allora non è possibile limitarne il pagamento; o è invalida, e allora il vincolo alla libertà di circolazione dei capitali (*recte*, dei pagamenti), non c'entra assolutamente nulla. Il principio si applica alle obbligazioni esistenti, perché sorte da fonte valida e non dice nulla sulla validità o meno di un titolo.

[49] Sul concetto di ideologia, pagine magistrali ha scritto C. GALLI, *Ideologia*. Bologna 2022.

[50] Su questi temi sia consentito rinviare al mio *L'Italia nell'Unione europea. Tra europeismo retorico e dispotismo "illuminato"* cit., spec. 199 ss.

[51] Cass. 21 dicembre 2017, n. 30671.

ISSN 2421-2563



In generale, la validità dei *franchising* e di tutti i contratti distributivi che prevedono forme di assoggettamento, implica che imprenditori del settore distributivo lavorino per anni generando avviamento per altri, anziché per se stessi, sovente con sottoposizione a vincoli che sono assai più stringenti di quelli dei lavoratori subordinati.

Il *merchandising* genera rendite notevoli nei marchi di rinomanza, a discapito dei veri produttori, che esisterebbero anche se il *merchandising* fosse vietato e percepirebbero in termini di profitto quella parte di profitto che oggi pagano in termini di *royalty*.

Tutte le teorie che vogliono negare che si è andato costituendo un *capitalismo della rendita* [52] si scontrano con il fatto che *franchising* e *merchandising* si diffondono sempre più e che addirittura si dà vita ad attività imprenditoriali che hanno fin da principio lo scopo di generare un sistema di *franchising*. Se i profitti, per i titolari di marchi più o meno noti, fossero superiori (e i rischi magari fossero minori) aprendo negozi (anziché stipulare contratti di *franchising*) e aprendo fabbriche (anziché stipulare contratti di *merchandising*), non vi è dubbio che avremmo catene di negozi e fabbriche delle imprese titolari dei marchi noti. Ma così non è. Segno che, con il sistema distributivo di merci e servizi che si è consentito di creare, la distribuzione dei profitti tra capitali grandi e piccoli pende a favore dei primi e che la tanto decantata autonomia imprenditoriale (dal neoliberalismo, che vorrebbe tutti imprenditori di se stessi) è volutamente vincolata a vantaggio del grande capitale.

Investire capitale proprio per generare avviamento altrui; essere imprenditori, soggiacendo a intensi vincoli posti dalla casa madre, sovente di fatto più stringenti di quelli che l'"imprenditore" può imporre ai suoi dipendenti; produrre marchi anziché beni; valorizzare le rendite a discapito dei profitti; sono caratteri del capitalismo contemporaneo radicalmente antiborghesi.

L'impossibilità delle parti di un contratto di prevedere la inopponibilità delle eccezioni, salvo quelle previste negli art. 1460 e 1461 c.c., e forse poche altre (art. 1462 c.c.) [53], era indice della *coscienza infelice* della borghesia, che limitava la velocità di circolazione della ricchezza – come in altri ambiti evitava la mercificazione, per esempio nella scuola pubblica nella quale non doveva esservi "un grammo" di privato" [54] – per non correre il rischio che qualcuno subisca danni enormi, eventualmente, la crisi dell'impresa, per aver pagato ciò che non doveva pagare. Mentre i difensori (per lo più inconsapevoli) del capitalismo assoluto preferiscono che egli paghi senza poter opporre eccezioni, sia pure al garante autonomo che ha pagato il creditore, disinteressandosi al fatto che vi sia frode alla legge, anche se poi, per una sorta di coscienza infelice attenuata, constatando che la rigida applicazione della regola secondo la quale la pretesa e l'azione di rivalsa sono anch'esse autonome (regola che froda l'art. 1462 c.c.) genera casi che gridano vendetta, introducono due attenuazioni all'autonomia della garanzia, costituite dall'*exceptio doli* e dalla illiceità del contratto principale.

Anche gli artt. 1500, comma 2, e 1501, comma 1, c.c., come testimoniano tutti i lavori preparatori dei vari codici con riguardo al patto di riscatto, esprimevano la *coscienza infelice* della borghesia, che, avendo sempre dubitato se vietare o meno il patto di riscatto, lo aveva alla fine sempre ammesso con riserva, proteggen-

---

[52] L'indagine di T. PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, 4 ed., Milano 2014, segnala, con una enorme massa di dati, il ruolo decisivo della rendita nel creare e approfondire le disuguaglianze.

[53] Sulle eccezioni che le parti non possono limitare con la clausola *solve et repete*, A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano 2011, 130 s.

[54] M. BONTEMPELLI, *La convergenza del centrosinistra e del centrodestra nella distruzione della scuola italiana*, in *Koiné*, 2003, 6 ci informa che l'affermazione che nella scuola pubblica non dovesse esservi neppure "un grammo di privato" si legge nella relazione di accompagnamento della legge Paradisi-Moscati risalente al Regno di Eugenio de Beauharnais, cancellato dalla Restaurazione del 1815.



do il venditore, considerato, pacificamente, "un disperato", con una serie di norme imperative [55]. Ma i giuristi promotori del capitalismo speculativo – speculativo perché se si guarda allo specchio vuole osservare solo se stesso, ossia l'illimitatezza dell'accumulazione, della mercificazione e della velocità di circolazione (non della crescita: il capitalismo speculativo cresce volutamente poco: un'elevata crescita è interesse di lavoratori autonomi e subordinati, non del capitale) [56] –, siano o meno consapevoli degli interessi che proteggono e sacrificano, non avvertono la coscienza infelice e privano il disperato che stipuli *lease back* della protezione derivante dalla disciplina imperativa dettata per il caso meno grave.

Oltre ad essere capitalismo della rendita e della centralizzazione dei capitali, il capitalismo assoluto o speculativo è un capitalismo più duro e brutale, proprio perché privo della coscienza infelice borghese (oltre che del progetto socialista o sociale).

Infine, con riguardo alla diffusione dei differenziali (e in generale delle scommesse), non vi è alcun dubbio: *i)* che Stati ed enti pubblici, nell'epoca liberale, non stipulavano IRS; *ii)* che, nello stesso periodo, pur avendo, i derivati, in certi ambiti, una certa diffusione, le banche non proponevano ai clienti la stipulazione di IRS; *iii)* che in Italia, a partire dalla fine degli anni ottanta, gli intermediari finanziari hanno proposto ai clienti, non soltanto derivati meramente speculativi ma moltissimi IRS, stipulati non alla pari ma con la clausola *upfront*; e ciò è accaduto perché non vi erano – come tutti sanno anche se quasi nessuno lo dice – imprenditori o enti pubblici che si recavano dagli intermediari finanziari perché avevano intenzione di "gestire il rischio" del tasso di interesse, ma imprenditori, non di rado in difficoltà, che chiedevano altro credito e gli intermediari lo concedevano nella forma dell'*upfront*, nonché intermediari finanziari che si recavano presso gli amministratori locali per proporre la possibilità per l'ente di ottenere un *upfront*. Chi vuole semplicemente gestire il rischio di credito stipula l'IRS senza *upfront* ma "alla pari", ossia con un rapporto di scambio tra tassi di interesse che, secondo la convenzione adottata, implica che durante il tempo di efficacia del contratto, i flussi di denaro da una parte e dall'altra saranno identici [57]; se l'IRS è stipulato con clausola *upfront*, significa che il cliente ha chiesto denaro all'intermediario o è stato tentato da quest'ultimo con la possibilità di ottenerlo (gli intermediari non sono mai beneficiari della clausola di *upfront*!); perciò le parti muovono dal presupposto che, se la convenzione relativa ai futuri flussi si rivelerà esatta, i flussi dall'ente pubblico (o dall'imprenditore) all'intermediario, saranno maggiori, rispetto a quelli contrari, dovendo compensare il prestito (l'*upfront*) e gli interessi di questa anticipazione; *iv)* che, almeno nel continente europeo, le scommesse non finanziarie, per principio, non davano luogo ad azione, salvo rare eccezioni in cui erano autorizzate, mentre il diritto neoliberale ha visto proliferare in misura parossistica le scommesse non finanziarie autorizzate – decine di tipi di gratta e vinci; triplicazione delle giocate settimanali del lotto; tre giocate settimanali del superenalotto: *slot machine* nei retro-bar; sale bingo, agenzie di scommesse in ogni quartiere, *poker online*, *10 e lotto* (288 estrazioni giornaliere) – tanto che è stato calcolato che gli italiani per tutti gli anni sessan-

[55] Indicazioni in *Lease back e patto di riscatto* cit., 779-786.

[56] La formula "Capitalismo speculativo post-borghese" è di C. PREVE, *Capitalismo senza classi e società neofeudale. Ipotesi a partire da una interpretazione originale della teoria di Marx*, Pistoia, 2010, 21: "Il termine "speculativo" deriva dal lessico specialistico della logica dialettica di Hegel, ed indica lo stato finale di autocoscienza integrale dello svolgimento di un complesso storico, che può finalmente riconoscersi come in uno specchio (*speculum*)". Riprendendo lo schema hegeliano, il filosofo italiano individuava due stadi anteriori a quello del capitalismo speculativo, quello astratto (in cui c'è solo la borghesia) e quello dialettico (in cui c'è anche il proletariato). In quello speculativo non ci sono più né borghesia né proletariato: c'è solo il capitale.

[57] Resta poi da chiarire per quale ragione un ente pubblico debba stipulare un IRS "alla pari", se, in base alla convenzione adottata, a un periodo in cui pagherà meno si affiancherà un altro periodo in cui pagherà di più e pagherà esattamente quel tanto che risparmierà nell'altro periodo, salvo pagare le commissioni e quindi perdere con certezza, rispetto alla ipotesi della mancata stipulazione dell'IRS.

ISSN 2421-2563



ta-ottanta scommettevano legalmente, ogni anno, circa sette miliardi di euro e vincevano circa un miliardo, mentre nel periodo neoliberale hanno scommesso circa ottantaquattro miliardi l'anno vincendone sessantatré; la "tassa sui poveri" è dunque passata da sei miliardi di euro a ventuno e una parte importante di essa non è andata all'erario [58].

La promozione dell'azzardo, con lo Stato biscazziere e lo Stato giocatore, è dunque un'altra caratteristica del diritto neoliberale, la quale non è per niente liberale e borghese [59].

Per ora, dunque, il diritto neoliberale elaborato dai civilisti, con riguardo ai contratti atipici, è apparso non borghese e sotto certi profili persino antiborghese, per la promozione della rendita, per l'assoggettamento di imprenditori, perché è un diritto privo di coscienza infelice – o forse che ha trasfuso la coscienza infelice esclusivamente nella "protezione" dei consumatori o "clienti finali" – e per la promozione dell'azzardo.

Tuttavia, se si ampliasse l'indagine oltre i contratti atipici più volte citati, si potrebbe ipotizzare che il contratto di *engineering* e certe affermazioni dottrinali e giurisprudenziali sul rapporto tra concorrenza e minimi tariffari siano parte di un diritto volto ad estendere la logica dell'impresa a settori che la borghesia liberale aveva protetto da quella logica; che l'elaborazione dottrinale, poi supportata dal legislatore, in tema di validità del *leverage buyout* sia stata parte di un diritto di promozione dell'indebitamento privato (certamente antiborghese per quanto riguarda le famiglie ma almeno dubbio per quanto riguarda le imprese); o che la riscoperta dottrinale del patto marciano, il diritto legislativo dei meccanismi marciani, l'aggressione al divieto del patto commissorio e in generale il cosiddetto "primato del credito" siano un ulteriore aspetto di accantonamento della coscienza infelice borghese, o forse di un abbassamento della coscienza infelice al cosiddetto "marciano giusto", che tuttavia mette l'inadempiente nella necessità di pagare immediatamente un canone di locazione o un'indennità di occupazione, mentre prima aveva la facoltà di abitare potenzialmente per anni nell'immobile pignorato, del quale continuava ad essere proprietario. Si tratta tuttavia di ipotesi, che andrebbero suffragate da approfondite indagini.

---

[58] Interessantissime informazioni si acquisiscono leggendo C. CEFALONI, M. FIASCO, D. VERRASTRO, *Giochi di Stato. Il gioco d'azzardo da vizio privato a virtù nazionale*, a cura di B. Coccia, Roma, 2015. Il rapporto tra giocate e vincite è mutato a favore dei giocatori, perché per promuovere il gioco, il legislatore ha previsto che ¾ delle somme giocate debbano essere restituite tramite vincite piccole ma frequenti. Che lo scopo delle lotterie istantanee e delle maggiori vincite fosse di far giocare di più è scritto, nero su bianco, in relazioni dei Governi al Parlamento, reperibili in rete: cfr., per es., la *Relazione sullo svolgimento delle lotterie nazionali, anni 1993-1996*, presentata dal Governo al Parlamento il 23 maggio 1997, ai sensi dell'art. 7 l. 26 marzo 1990, n. 62 (http://leg13.camera.it/_dati/leg13/lavori/documentiparlamentari/INDICEETESTI/lxvi/001/INTERO.pdf).

[59] M. BARCELLONA, *Il diritto neoliberale dell'economia globalizzata e della società liquida*, in *Europa e diritto privato*, 2020, 757 ss., spec. 776 ss.

JUS CIVILE



CLAUDIO AMATO

Assegnista di ricerca in Diritto civile – Università degli Studi Magna Græcia di Catanzaro

IL CONTRATTO «SU MISURA». *SELF-DRIVING CONTRACTS* E DIRITTO PRIVATO DELLA SORVEGLIANZA

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. ''Le città invisibili'' e il non-contratto. – 3. Fare leggi con algoritmi: le microdirettive. – 4. Dal contratto dispotico al contratto distopico: i* self-driving contracts. *– 5. Regole e rimedi al tempo del diritto privato della sorveglianza. – 6. Conclusioni (*Against an algorithmic view of Cathedral*).*

1. – Sembra uno di quei periodi in cui ci sono più domande che fatti [1].

Momenti di questo tipo non sono nuovi nella storia dell'uomo, tantomeno in quella del diritto.

Il contratto, come fenomeno socio-linguistico, esiste da più di duemila anni. Ha superato crisi, si è ripreso dal suo – presunto – declino; è stato decostruito. Poi è arrivata l'epoca in cui gli articoli pubblicati sulle riviste giuridiche hanno assunto la forma delle orazioni funebri. Al che, alcuni giuristi con la passione per l'archeologia, presa coscienza della sua morte, hanno viaggiato per i cimiteri di tutto il mondo, per cercarne le spoglie e tributargli i dovuti onori [2]. Ma la ricerca non è andata a buon fine: il contratto è sopravvissuto alla sua stessa morte ed è rinato dalle sue ceneri, andando a vivere chissà dove. Poi qualcuno ne ha scoperto l'ubicazione: il contratto ha trovato dimora nella società dell'informazione [3]. Una società caratterizzata da un'economia basata sulla conoscenza, nella quale a dominare sono le grandi imprese capaci, mediante l'impiego di potenti infrastrutture digitali, di appropriarsene e di monetizzarla.

Il contratto rappresenta uno degli strumenti giuridici – se non, allo stato attuale, il più importante tra di essi – per razionalizzare la società [4]. Le politiche comunitarie, in conformità ai principi dell'ordo-liberalismo, hanno puntato sul contratto al fine di costruire un mercato libero e concorrenziale. Oltreoceano, le dottrine neoliberali hanno proposto l'attuazione di politiche non troppo dissimili [5]. Dunque, il contratto quale istituto

[1] D. DE LILLO, *Libra*, Milano, 2023, 171.

[2] L'*incipit* rimanda a R. A. HILLMAN, *The crisis in modern contract theory*, in *Texas L. Rev*., 1988, 1, 103 ss., il quale, incominciava il suo scritto ricordando come, negli ultimi decenni, del contratto, e delle teorie su di esso, se ne fosse detto di ogni: tra le tante, che si trattasse ormai di una figura, o di una teoria, morta, inutile, o addirittura inutilizzabile. L'evoluzione storica dell'ultimo quarantennio ha dimostrato che tali giudizi, e le previsioni da questi discendenti, sono stati ampiamente smentiti. Quanto alla «morte» del contratto, si rinvia a G. GILMORE, *La morte del contratto* (1974), trad it. a cura di A. Fusaro, Milano, 1988 (il quale, in verità, più che dichiarare 'morto il contratto', si occupava del superamento della sua concezione tradizionale).

[3] M.J. RADIN, *The deformation of contract in the information society*, in *Oxford J. Legal Studies*, 2017, 505 ss.

[4] Soprattutto entro regimi giuridici neoliberali. Sul punto v. F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *Oss. Dir. Civ. Comm.,* 2012, 1, 5 ss.; Sulla capacità organizzativa del sociale del contratto, si v. anche M. SPANÒ, *Fare il molteplice. Il diritto privato alla prova del comune*, Torino, 2022, 70.

[5] Sulle 'somiglianze di famiglia' tra ordoliberalismo di matrice continentale e neoliberalismo americano, si v., per tutti, M.

ISSN 2421-2563



principe per la costruzione di una società aperta: non più e non solo meccanismo di allocazione di beni e servizi; ma anche di promozione-attuazione-espansione di diritti fondamentali [6]. Basti pensare ai contratti di *social network*, dove ogni giorno miliardi di esseri umani trascorrono il loro tempo, sviluppano relazioni, si informano e manifestano il loro pensiero su quanto accade nel mondo.

Se il contratto possiede la capacità di fare tutto quanto ora abbiamo, velocemente, descritto, non dovremmo stupirci del fatto che, negli ultimi tempi, ad esso sia stata attribuita una sorta di «intelligenza» [7]. Un'intelligenza ad oggi non più metaforica, ma da intendersi in senso (quasi) letterale [8], una volta che ad esso siano state affiancate tecnologie di *machine* e *deep learning* e sistemi di elaborazione di *Big Data* [9].

Le macchine 'intelligenti' esistono [10]. Certo, non è la nostra stessa intelligenza: esse non pensano: immagazzinano dati; non immaginano: producono modelli sulla base di correlazioni statistiche. Ma il risultato è che riescono a svolgere compiti che prima erano ad esclusivo appannaggio dell'uomo; talvolta meglio dell'uomo, perché in maniera più rapida e efficiente [11].

D'ERAMO, *Dominio. La guerra invisibile dei potenti contro i sudditi*, Milano, 2020, 146-165. In prospettiva giuridica, si v., per tutti, F. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in *Regole e mercato*, a cura di M. Rispoli Farina e A. Sciarrone Alibrandi, I, Torino, 2017, XV ss.; ID. *Spettri del mitico* 'ordo': *diritto e mercato nel neoliberalismo*, in *Moneta e Credito*, 2019, 72, 327 ss.; nonché L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2011.

[6] M. GRONDONA, *La dignità nel codice civile (1942-2022): premesse per una discussione*, in *La dignità* ''del'' *e* ''nel'' l*avoro*, a cura di G. Zilio Grandi, Torino, 2023, 109 e 113; ID. *Il diritto contrattuale, ovvero il diritto della fiducia. Premesse per una discussione*, in «Sul contratto». *Raccolta degli scritti di presentazione del volume* «Contratto» *della collana* «I tematici» *dell'Enciclopedia del Diritto*, a cura di A. Marchese, Messina, 2023, 76-77. Nella dottrina americana, si v. R. KAR, *Contract as empowerment*, in *Univ. Chicago L. Rev*., 2016, 2, 760 ss.

[7] Con tale predicato si è soliti tradurre, nel dibattito scientifico continentale, e in particolare, in quello italiano, il termine inglese «smart». In una letteratura in materia che si è fatta via via difficilmente dominabile, possono leggersi I. MARTONE, *Gli* smart contracts. *Fenomenologia e funzioni*, Napoli, 2022; M. MAUGERI, Smart contract *e disciplina dei contratti*, Bologna, 2021. Per ulteriori indicazioni bibliografiche, sia consentito il rinvio a Cl. AMATO, *La «computerizzazione» del contratto (Smart, Data oriented, Computable, Self-driving contract. Una panoramica), in Eur. Dir. Prov*., 2020, 4, 1259 ss., in part. 1262-1263, nt. 14.

[8] Rileva K. CRAWFORD, *Né intelligente né artificiale Il lato oscuro DELL'IA*, Bologna, 2021, 28, come in realtà nella letteratura specialistica l'espressione 'intelligenza artificiale' non sia di uso comune, venendole preferita quella di tecnologia di machine learning o di autoapprendimento. La formula ritorna in uso quando i ricercatori devono chiedere alle istituzioni pubbliche o agli investitori privati dei finanziamenti. Il suo utilizzo è dunque retorico-persuasivo, non tecnico. Secondo F. CABITZA, Deus in machina? *L'uso umano delle nuove macchine*, *tra dipendenza e responsabilità,* in L. Floridi, F. Cabitza, *Intelligenza artificiale. L'uso delle macchine*, Firenze-Milano, 2021, 28-29, 'intelligenza artificiale' individuerebbe un'espressione 'ombrello', la cui fortuna dipenderebbe dalla sua vaghezza e genericità.

[9] H. SURDEN, *Machine learning and the law*, in *Wash. L. Rev.,* 2014, 87, 87 ss. In sintesi, per *machine learning* si intende quella branca dell'intelligenza artificiale che si occupa dell'elaborazione di algoritmi capaci di auto-apprendimento sulla base dell'analisi di un grande mole di dati. Si definisce *deep learning* quel sottoinsieme del *machine learning* in cui gli algoritmi, utilizzando il modello delle reti neurali, vengono 'allenati' su grandi quantità di dati per simulare il funzionamento del cervello umano. Con l'espressione *Big data* si suole identificare una grande massa di dati prodotta dagli utenti durante la navigazione su internet o mediante l'utilizzo di tecnologie digitali, e le tecniche e i metodi impiegati per processarli.

[10] N. BOSTROM, *Superintelligenza. Tendenze, pericoli, strategie*, Torino, 2018 (in particolare, il Capitolo III, nel quale vengono descritte e analizzate le forme che tale 'superintelligenza' può assumere). In prospettiva critica, K. CRAWFORD, *Né intelligente né artificiale* cit., 29-31.

[11] F. CABITZA, Deus in machina? cit., 33: ma tale 'intelligenza' sarebbe limitata ad operazioni automatizzabili di 'scelte' tra opzioni limitate. E, continua l'autore (39), se una macchina riesce a svolgere questi compiti meglio di un essere umano, essi andranno considerati come non identificativi o costitutivi della sua intelligenza. Senza contare che, come fatto notare da K. CRAWFORD, *o. c*., 264-265, noi fruitori 'non professionali' di tali tecnologie, siamo in grado di vedere solo i risultati di questa automazione (e per questo, ingenuamente, ne restiamo strabiliati), ma ignoriamo tutto quanto sta dietro di essi, ossia gli investimenti economici, i consumi energetici e tutte le operazioni di estrazione di minerali e il lavoro umano che servono a farle funzionare. Da qui il titolo del contributo dell'Autrice più volte citato, che potrebbe sembrare provocatorio, ma che è in realtà nulla più che descrittivo di una realtà: né intelligente – perché gli algoritmi producono quei risultati grazie al lavoro umano; né artificiale, perché dietro quei risultati ci sono elementi materiali molto concreti.



Tuttavia, se a tutti, a fronte della cessione di sempre più frammenti di libertà – secondo alcuni [12] – e di capacità cognitive – secondo altri [13] –, fa comodo aver il mondo a portata di *smartphone* [14], a nessuno farebbe piacere ritrovarsi, un domani, ad essere governati dalle macchine [15], per quanto intelligenti queste possano essere.

Ed è qui che entra in gioco il diritto. Il diritto rappresenta l'unico muro che potrebbe, quantomeno potenzialmente, essere eretto a difesa dalla irresistibile ascesa delle tecnologie digitali [16]. L'unico in grado di addomesticare questi tempi carichi di novità 'distruttive'.

In verità, ma è storia nota, non è certo la prima volta che l'innovazione tecnologica interessa il contratto, arrivando ad influenzarne la struttura come la funzione [17]. Basti qui pensare alla contrattazione telematica e alla correlata apertura alla negoziazione elettronica, che, sino a non più tardi di venti anni fa, affascinavano la dottrina giuridica. Nel caso della contrattazione telematica (o elettronica: in questa sede i termini vengono utilizzati come sinonimi), le novità erano, in larga misura, riconducibili all'apparizione di un nuovo strumento – il computer, connesso ad internet – per mezzo del quale si potevano formulare offerte e proposte che, quando seguite dalle accettazioni dei destinatari, portavano alla conclusione del contratto secondo modalità solo *formalmente* diverse da quelle tradizionali [18]. Non a caso, gli interventi normativi che hanno riguardato il contratto telematico sono stati rivolti, quasi esclusivamente, a regolamentare tale aspetto [19].

---

[12] S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2020, 139 ss. La forma di potere messa in campo dai capitalisti della sorveglianza – che l'Autrice (370) chiama «potere strumentalizzante», attuerebbe un progetto di 'fisica sociale' (sui progetti di ingegneria sociale che stanno dietro al *design* delle piattaforme della sorveglianza: p378-396; riguardo alla teoria del comportamentismo radicale di Skinner; p433-458, in ordine alla teoria della computazione del comportamento umano di Pentland) la sua finalità è infatti quella di «strutturare e strumentalizzare» il comportamento umano al fine di «modificarlo, predirlo, monetizzarlo e controllarlo». Non più sorveglianza capillare esercitata da un soggetto pubblico (come nel Grande fratello orwelliano) per scoprire quello che gli individui pensano a fini repressivi (394), quanto una, apparente, 'sorveglianza senza sorvegliante', in cui i cittadini-utenti sono – inconsapevolmente– spinti, per il tramite di algoritmi, a declinare i propri comportamenti in modo da soddisfare gli interessi economici di chi ha il controllo di quelle tecnologie (398). Si v. anche Ead., Caveat usor: *Surveillance capitalism as epistemic inequality*, in *After the digital tornado*, a cura di K. Werbach, Cambridge, 2020, 174 ss.

[13] M. WOLF, *Lettore vieni a casa. Il cervello che legge in un mondo digitale*, Milano, 2018, in part. 69-99; nello stesso senso F. BERNABÈ e M. GAGGI, *Profeti, oligarchi e spie. Democrazia e società nel capitalismo digitale*, Milano, 2023, 132-147. Stante la 'neuroplasticità' propria del cervello umano, ossia di quella capacità di 'rimodularsi' in base alle funzioni che deve svolgere, l'utilizzo – non il cattivo utilizzo: l'utilizzo in quanto tale – delle tecnologie digitali avrebbe comportato la completa soppressione di alcune facoltà mentali: dalla capacità di concentrarsi su un testo complesso – e di comprenderne il senso-, a quella di prestare attenzione (a sé e agli altri), o, ancora, a quella di orientarsi in uno spazio non conosciuto (magari, per aver fatto troppo affidamento su *Google maps*: si v. al riguardo, la storia dei tassisti londinesi esposta in N. CARR, Internet *rende stupidi?,* Milano, 2011, 250). Sui danni cognitivi prodotti dagli *smartphones*, si v. poi il bellissimo L. IOTTI, 8 *secondi. Viaggio nell'era della distrazione*, Milano, 2020, in part. 80-92.

[14] Lo afferma, con un po' di amarezza, P. TINCANI, *Sorveglianza e potere. Disavventura dell'asimmetria cognitiva*, in *Ragion Pratica*, 2018, 1, 75.

[15] Mette in guardia da questa possibilità N. BOSTROM, *o. c*., 152 ss. In critica a tale 'determinismo distopico', si v. K. CRAWFORD, *Né intelligente né artificiale* cit., 260.

[16] S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza* cit., 491 ss.

[17] I. MARTONE, *Gli* smart contracts cit., 77.

[18] Ma su tale interpretazione, criticamente, C. CAMARDI, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche: un nuovo modello di scambio*, in *Contr. Impr*., 2001, 2, 565; la quale individuava nel computer non soltanto uno strumento di comunicazione di informazioni, quanto anche un «potentissimo strumento di organizzazione» delle relazioni interpersonali secondo «regole rigide e immodificabili», al cui rispetto presiede «un apparato piramidale di controllo». Lettura con cui, come si v. *infra* nel testo, non possiamo che concordare, e che, sebbene forse un po' eccessiva rispetto alle prime forme di contrattazione telematica, ci appare pienamente valida con riguardo alle nuove forme di essa, in particolare a quella gestita da ed attuata su piattaforme digitali (Ead, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Jus Civile*, 2021, 4, 870 ss.; Ead., ''Gigantismo'' *e diseguaglianze nell'economia dei dati. Appunti sulla* governance *europea delle relazioni digitali*, in *Ianus*, 2023, 27, 59 ss.).

[19] In argomento, per tutti, A. GENTILI, *La forma*, in *Lezioni sul contratto*, raccolte da A. Orestano, Torino, 2009, 69-96.

ISSN 2421-2563



Nel caso della contrattazione c. d. intelligente, lo scenario sembra mutare, e non di poco. Qui il contratto, come tradizionalmente delineato, subisce delle mutazioni strutturali che la dottrina giuridica non ha mostrato di saper concettualizzare [20]. Dal contratto concluso da soggetti umani mediante l'utilizzo di un *personal computer* si è passati al contratto – elaborato su grandi quantitativi di 'dati' prodotti dagli esseri umani – concluso dalle macchine, anche senza la presenza di un intervento umano [21]. La distanza con la figura del contratto telematico/elettronico parrebbe essere la stessa che v'è tra la terra e la stella polare [22].

Tuttavia, quand'è che un contratto può essere definito intelligente? Se con intelligenza si vuole indicare la capacità di un ente di fare di sé stesso oggetto della propria riflessione, il contratto 'intelligente', in questo senso, non può esserlo mai. La strada da battere per capire a quali condizioni può ricevere un tale predicato deve essere necessariamente un'altra. La dottrina ne ha tentate diverse: la più famosa delle quali è sicuramente rappresentata da quella figura di contratto – o meglio: di struttura [23] della contrattazione– che prende il nome di *smart contract*.

2. – Facciamo un passo indietro, provando a ricostruirne la genealogia. Lungo l'ultimo trentennio, nel panorama giuridico globale si sono affermati due macro-modelli di contratto, che per semplificare potremmo denominare: modello europeo-continentale e modello anglo-americano [24]. Il modello europeo-continentale, continuando a semplificare, presenterebbe le seguenti caratteristiche: essenzialità di contenuto (e dunque apertura ad integrazioni legali); brevità del testo (limitato alle prestazioni fondamentali); ampio ruolo giocato dalle clausole generali – in particolare, da quella di buona fede – con riguardo alla determinazioni dei poteri e dei doveri gravanti sulle parti; esposizione all'intervento giudiziale (in caso di sopravvenienze, disequilibri, eventi imprevedibili che ne possano frustrare la realizzazione). All'opposto, il contratto di matrice anglo-americana: testi lunghi e dettagliati, per lasciare scarso spazio agli interventi esterni sul suo contenuto; peso quasi nullo giocato dalle clausole generali nella determinazione degli spazi di potere e di dovere entro i quali

---

[20] K. WERBACH e N. CORNELL, *Contracts* ex machina, *Duke L. J*., 2017, 2, 103-106; 126-137; 146-151; e nella nostra dottrina, M. MAUGERI, Smart contracts *e disciplina dei contratti*, in *Orizz. Dir. Civ. Comm*., 2020, 2, 381-385; 393-397; dove un'analisi delle diverse teorie in ordine alla qualificazione degli *smart contracts* in termini di dispositivi meramente tecnici o di contratti in senso giuridico. Si legga, inoltre, P. FEMIA, *Contratti senza lingua comune*, in *Contratto, contratti e mercati*, a cura di M. Maugeri e G. Grasso, Roma, 2022, 307, il quale propone di qualificare il rapporto giuridico algoritmico in cui si sostanzia lo *smart contract,* nei termini di un'«obbligazione senza prestazione». In tale prospettiva – secondo cui lo *smart contract*, più che quella del contratto, avrebbe decretato la morte dell'obbligazione intesa in senso classico-, si legga anche T. PELLEGRINI, *Prestazioni auto-esecutive*, smart contract *e dintorni*, in *Comp. & Dir. Civ*., 2019, 3, 33.

[21] I. GIUFFRIDA, F. LEDERER e N. VERMEYS, *A legal perspective on the trials and tribulations of* AI: *how artifical intelligence, internet of things, smart contracts and others technologies will affect the law*, in *Case W, Res, L. Rev*., 2017, 3, 747 ss.

[22] A. SAVELYEV, *Contract law 2.0*.: «smart» *contract sas the beginning of the end of classic contract law*, in *Higher school of economicsresearch Paper n. WP BRP 71/Law*, 2016, disponibile all'indirizzo, *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=-2885241,* 3 ss. Diversamente, A. U. JANSENN e F. P. PATTI, *Demistificare gli* smart contracts, in *Oss. Dir. Civ. Comm*., 2020, 1, 31 ss.

[23] Ossia, di modulo (o schema) tipico – ma non rigido – di soddisfazione di interessi: cfr. CL. AMATO, *La* «computerizzazione» cit., 1268. Definizione, quella da noi proposta, che ha trovato accoglimento nella letteratura successiva in materia: cfr. A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in questa *Rivista*, 2021, 3, 415; S. TROIANO, *Il contratto tra analogico e digitale*, in *Pactum*, 2022, 1, 57.

[24] L'analisi che sviluppiamo nel testo è debitrice degli studi di P.G. Monateri, qui di seguito indicati: ID., *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in questa *Rivista*, 2003, 1, 409 ss.; ID., *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 2005, 5, 489 ss.; ID., *Contratto rugiadoso e contratto rude nel diritto europeo e comunitario*, in A. D'ANGELO, P.G. MONATERI e A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale*, Torino, 2005, 57 ss.; ID., *Il contratto euro-continentale e il contratto angloamericano,* in ID., *Contratto e trasferimento della proprietà: i sistemi romanisti*, Milano, 2008, 231-244.



le parti sono chiamate a muoversi; regolamentazione analitica delle prestazioni; esposizione minima ai possibili interventi correttivo-modificativi giudiziali. Se si volesse individuare il valore che precipuamente i due modelli tendono ad assicurare, potremmo dire che il modello europeo-continentale è orientato a realizzare la giustizia del contratto; anche oltre e contro quanto voluto dalle parti. Il modello anglo-americano invece, sembra essere finalizzato a garantire la piena autonomia delle parti, anche là dove la garanzia di tutela accordata a questo valore possa essere fatta a danno di interessi altri delle stesse, magari emersi in corso di svolgimento della vicenda contrattuale.

Ecco: lo *smart contract* rappresenta la versione «computerizzata» del modello anglo-americano [25]. Per averne una prova, basterà rivolgere uno sguardo alle caratteristiche peculiari che la dottrina suole ricollegare alla su riferita espressione. Lo *smart contract* – al di là dei tentativi di definizione legislativa che, con alterne fortune, alcuni stati nazionali hanno tentato di dare [26] – può essere definito come uno strumento, redatto in linguaggio formale, nel quale vengono inscritte le condotte dovute dalle parti cui il programma informatico sarà chiamato a dare attuazione. Il tutto senza il benché minimo intervento umano [27]; senza rischi di sopravvenienze, inadempimenti, o interventi esterni [28]. La garanzia di buona riuscita dell'affare è data dall'operare di questi moduli contrattuali su sistemi che impiegano la tecnologia *blockchain* [29].

I vantaggi che comporta la loro adozione sarebbero i seguenti: in primo luogo, chiarezza e trasparenza di condizioni e termini contrattuali, derivanti dal tipo di linguaggio – formale/artificiale – utilizzato; nella misura in cui l'impiego di quest'ultimo esclude *a priori* l'emergere di problematiche legate ad ambiguità e genericità connaturate al linguaggio naturale, così eliminando quei malintesi comunicativi che potrebbero dar luogo a controversie giudiziali. Da ciò segue la neutralizzazione di rischi relativi all'interpretazione-applicazione della regola contrattuale (e delle regole legali al testo contrattuale): i computer – *rectius*: gli algoritmi che compongono il programma incorporato nello *smart contract* – sono macchine sintattiche, capaci di produrre risultati significanti anche ignorando i significati dei termini che adoperano. In secondo luogo, il miglioramento, in termini di efficienza, dei processi di negoziazione seriali: formulate e, rispettivamente, ricevute da computer, le offerte e le accettazioni si combineranno tra di loro in modo immediato ed automatico, limitando al minimo l'incidenza di *bias cognitivi* che, in particolar modo dal lato del contraente debole, possono connotare negativamente il processo di formazione del contratto.

Tale, pur rapida, disamina delle caratteristiche peculiari [30] attribuite agli *smart contracts* mostra come

---

[25] Ci orientavamo in tale direzione, sebbene in forma embrionale, già in CL. AMATO, *La* «computerizzazione» cit., 1276, nt. 78.

[26] M. MAUGERI, Smart contract *e disciplina dei contratti* cit., 386-393.

[27] Questo rappresenterebbe il vantaggio principale della contrattazione *smart*: cfr. sul punto E. MIK, *Smart contract: terminology, techinical limitations and real worl complexity*, in *Law, innovation & technology*, 2017, 2, 270. Scrivono A. U. JANSENN e F. P. PATTI, *Demistificare gli* smart contracts cit., 41, come tale affermazione – che gli *smart contracts* possano fare a meno dell'intervento umano – risulti inesatta ogni qualvolta la produzione dell'effetto giuridico risulti condizionata alla comunicazione dell'informazione rilevante attuata da un 'oracolo' (il cui ruolo potrebbe ben essere rivestito da un soggetto umano).

[28] Si potrebbe dire che la conseguenza primaria discendente dall'adozione di uno *smart contract* sarebbe quella di eliminare ogni forma di rischio contrattuale. *Contra*, tuttavia, si v. D. DI SABATO, *Gli* smart contracts: robot *che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. Impr.,* 2017, 2, 378 ss.

[29] A.U. JANSENN e F.P. PATTI, *Demistificare gli* smart contracts cit., 35-36. La *blockchain* rappresenta una tecnologia che fa uso di un sistema di crittografia a chiave pubblica e privata, costituente una banca dati condivisa sicura verificabile e permanente di tutte le transazioni avvenute tra gli utenti di una determinata rete: sul punto, *ex multis*, C. ROBUSTELLA e C.E. PAPADIMITRU, *Spunti ricostruttivi in tema di* smart contracts, *tra innovazione tecnologica e regola giuridica*, in *PA, Pers. Amm. Riv. Giur. Amm. Ec*., 2022, 1, 969-974.

[30] Che allo *smart contract* appartengano i caratteri di cui si è scritto nel testo è opinione, anche a livello internazionale, pressoché pacifica. In argomento, si v. la recente ricostruzione di E. VINCENTI, *Contratto e nuove tecnologie: gli* ''smart contracts'', in *Contratto, contratti e mercato* cit., 309-321.

ISSN 2421-2563



questi ultimi siano stati strutturati per impedire una modifica o correzione del contenuto dell'operazione contrattuale, eliminare il rischio di ritardi nell'adempimento, se non il rischio di inadempimento *tout court,* della prestazione, nonché la possibile insorgenza di una qualche patologia che possa mettere a repentaglio la buona riuscita dell'affare [31]. Il risultato è una maggior velocità, sicurezza ed efficienza nel traffico giuridico; cui va a correlarsi un effetto deflattivo del contenzioso: un contratto pensato per non fallire non genera azione giudiziale [32].

Obbligazioni calcolabili; accordi blindati contro interventi – legali o giudiziali che siano – esterni; garanzia di corrispondenza tra quanto prefigurato e risultati ottenuti, perché il *software* responsabile dell'esecuzione è progettato per non essere modificato.

Sembra tutto perfetto.

Bisognerebbe domandarsi se tutta questa perfezione sia realizzabile; e, laddove lo sia, quanto essa sia auspicabile.

Realizzabilità. Se inteso quale struttura contrattuale, e non quale atto esecutivo di un precedente accordo negoziale [33] ovvero quale meccanismo di garanzia [34], il campo di applicabilità dello *smart contract* risulta essere ridotto. Di esso se ne potrà immaginare un impiego diffuso all'interno della sola contrattazione *on line* (sia con riguardo a quella tra privato e soggetto professionale, anche di grandi dimensioni, sia in quella *peer to peer*) [35]: in particolare, relativamente a transazioni attuate in forma telematica, o relativamente a contratti aventi oggetto digitale. Se quanto detto è vero però, la misura della sua eccezionalità rispetto al paradigma contrattuale precedente ne uscirebbe oltremodo ridimensionata, se non del tutto annullata.

E tra questi contratti *smart* potrebbero rientrare operazioni semplici, presumibilmente limitate agli scambi ad esecuzioni istantanea, con la totale esclusione delle negoziazioni più complesse [36]. In queste ultime infatti,

---

[31] Da ultima, E. BIVONA, *Tutele preventive e tutele successive negli* smart contracts, in *Pactum*, 2022, 3, 479.

[32] M.J. RADIN, *Regulation by contract, regulation by machine*, in *Journal of Inst. Theoret. Ec.,* 2004, 1, 147; e, nella nostra dottrina, A.M. BENEDETTI, *L' autonomia contrattuale come valore da proteggere. Costituzione, solidarietà, libertà*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2019, 4, 827 s. Deve aggiungersi come le piattaforme di contrattualistica *smart* siano solite prevedere la rimessione di eventuali controversie alla cognizione di arbitri, se non addirittura di 'autorità' interne (non necessariamente, o esclusivamente, umane). Lo scopo, evidente, di tali previsioni è quello di impedire all'ordinamento (statale; comunitario; inter– e transnazionale) di 'metter bocca' sulla vicenda contrattuale oggetto di lite, sì da addivenire – come già accade in materia di contrattazione internazionale: cfr. S.M. CARBONE, *Il* «contratto senza legge» *e la Convenzione di* Roma del 1980, in *Riv. dir. priv. proc*., 1980, 1983, 1, 279 ss. – alla 'creazione di un contratto *lawless*.

[33] Di natura configurativa, come nella ricostruzione prospettata da A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile* cit., 416-420.

[34] T. PELLEGRINI, *Prestazioni auto-esecutive* cit., 22 s.

[35] Con la giusta precisazione – dovuta a C. ROBUSTELLA e C.E. PAPADIMITRU, *Spunti ricostruttivi in tema* di smart contracts cit., 967, nt. 1 – che in tutte le transazioni che si servono della tecnologia *blockchain* (o di altra tecnologia ad essa analoga), il processo negoziale si svolge su specifiche piattaforme informatiche operanti secondo la logica ''if/then'', caratteristica della contrattazione 'smart', per cui ad un evento predeterminato segue automaticamente l'esecuzione di una specifica azione. È proprio per la combinazione di tali due profili che si parla di «transazioni algoritmiche» attuate da software, attraverso una rete di computer tra loro collegati, in cui manca «quasi del tutto» l'intervento umano.

[36] V. sul punto il rilievo di H. SURDEN, *Computable contracts*, in *UC Davis L. Rev*., 2012, 46, 683-685, la cui conclusione, pur se asserita con riguardo ai c. d. computable contracts, ossia quei contratti costituiti da indicazioni processabili da un computer, affinché questo possa produrre un risultato satisfattivo degli interessi delle parti, sembra adattarsi anche agli smart contracts (i quali, secondo una condivisibile opinione – A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile* cit., 413-414 – dei primi rappresenterebbero un sottotipo). La distinzione tra le due forme contrattuali sarebbe la seguente: mentre una volta attivata, l'esecuzione dello *smart contract* non può essere interrotta, l'esecuzione di un *computable contract*, sebbene automatizzata, produce un risultato giuridicamente valido sempre e solo *prima facie*, rimettendo ad una successiva decisione delle parti quello di rendere quel risultato definitivo (sul punto, cfr. K. WERBACH e N. CORNELL, *Contracts* ex machina cit., 120).



le parti – di solito i grandi *Player* internazionali – sono soliti stipulare un accordo di massima sul fine da perseguire e sul *surplus* da dividere, lasciando allo sviluppo della contrattazione la precisazione di termini condizioni clausole che andranno a comporre, a seconda di come proceda la vicenda esecutiva, il contenuto del contratto [37]. Questa flessibilità è strutturalmente aliena dallo *smart contract* [38]. Esso non è, di regola, in grado di auto-revisionarsi, rimodellandosi in accordo con le mutate esigenze dei contraenti a seguito del verificarsi di una qualche circostanza imprevedibile ai tempi della stipula dell'accordo [39]. Una volta attivato, va. Senza poter tornare indietro.

Ne «Le città invisibili» di Italo Calvino, il Gran Kan Kublai, dopo aver mandato Marco Polo in giro per il mondo, incaricandolo di vedere tutte le città e, una volta ritornato, di descrivergliele, annoiato da questi racconti, un giorno, cambiò idea. Sarebbe stato lui a descrivere le città, e a Marco sarebbe toccato di girare il mondo per verificare se queste esistessero o meno. Questa fu la pensata del Kan: avrebbe immaginato una città ideale, che avrebbe svolto il ruolo di città-tipo, la città-norma, che incorporasse tutte le altre. Poiché il mondo non conoscerebbe che eccezioni, gli sarebbe, poi, bastato prevedere in anticipo queste ultime e combinarle tra loro; così da ottenere tutte le città che, ognuna suo modo, si allontanassero via via dalla norma [40]. Lo *smart contract*, per ovviare all'ultima criticità evidenziata, dovrebbe essere come la città sognata da Kan: un contratto ''mondo'', nel cui programma inscrivere tutte le possibili eccezioni che potrebbero perturbarne l'esecuzione, in modo da potervi far fronte in anticipo, mediante la predisposizione di un 'codice' *ad hoc*. Ma, salvo non possegga poteri divinatori, crediamo che non esista un programmatore in grado di scrivere una stringa di codice tale da prevedere in anticipo ogni possibile imprevisto che potrebbe condurre al fallimento dell'operazione contrattuale [41].

---

[37] Sul contratto «negoziato» dai grandi attori di mercato internazionali, si v. R. PARDOLESI, *Conclusioni*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, 338-340.

[38] J.M. SKLAROFF, Smart contracts *and the cost of inflexibility*, in *Univ. Penn L. Rev*., 2018, 165, 265 ss., in part. 291 ss.; nella nostra dottrina A. U. JANSENN e F.P. PATTI, Demistificare gli smart contracts cit., 43; C. BOMPREZZI, Blockchain *e assicurazione: opportunità e nuove sfide*, in *Dir. Merc. Tecn*., 2017, 1, 25-26; C. ROBUSTELLA e C.E. PAPADIMITRU, *Spunti ricostruttivi* cit., 987, le quali osservano come, data la struttura e la modalità di funzionamento di uno smart contract, nel caso emergesse la necessità di una sua modifica in corso d'opera, non sarebbe sufficiente un accordo delle parti orientato in tal senso, ma bisognerebbe rivolgersi al programmatore informatico che ne aveva predisposto il 'codice' di operatività. Con due ulteriori osservazioni: in primo luogo, che vista l'impossibilità di interruzione dell'esecuzione dello *smart contract*, un intervento correttivo su di esso non potrebbe che venir effettuato *ex post*; in secondo luogo, che, essendo difficilmente immaginabile che le parti decidano di contrattare 'privatamente' in modalità *smart*, quindi senza l'ausilio di una piattaforma che metta a disposizione i loro 'form', ne discenderebbe che anche l'intervento correttivo-modificativo non risulterebbe neutrale, ma risulterebbe in qualche modo indirizzato dal modello di business perseguito dalla piattaforma stessa, con buona pace degli interessi delle parti (dando luogo a quel fenomeno che P. FEMIA, *Il civile senso dell'autonomia*, in *Cardozo L. Bull*., 2019, 1, 3, ha giustamente stigmatizzato con l'espressione 'tirannia per contratto').

[39] Da qui la critica terminologica mossa da J. LIPSHAW, *The persistance of* 'dumb' *contract*, in *Standford J. Blockchain L.&Policy*, 2019, 2.1., 31-52, all'espressione «smart» *contract* impiegata dalla dottrina (che talvolta sembra dimenticare tale dato: v. la giusta osservazione in proposito di D. POLETTI, *L'intelligenza artificiale e le prove di resistenza delle regole contrattuali*, in XXVI *lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, a cura di U. Ruffolo, Torino, 2021, 197). Sulla base della presenza o meno di un sistema di 'intelligenza' artificiale in grado di affinarne la capacità di rimodulazione, distingue tra uno *smart contract* debole ed uno forte, A. BORSELLI, *Smart contract in insurance: a law and futurology perspective*, 2019, 112-113; disponibile all'indirizzo *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3318883*, affermando come solo la seconda tipologia di essi – ad oggi, non esistente – sarebbe in grado di far fronte alle sopravvenienze imprevedibili emerse in corso di svolgimento della vicenda contrattuale.

[40] I. CALVINO, *Le città invisibili*, Milano, 2015, 67. A tale proposta del Kan, Marco replica sostenendo che potrebbe anche muoversi dall'ipotesi opposta: immaginare città fatte solo di eccezioni, e, via via che queste vengano meno – perché il mondo vive anche di regolarità: esse sono ciò che ci ancorano alla realtà – approdare ad una città reale. Trasferito al discorso di cui al testo, tale soluzione può sembrare la più corretta, ma, insieme, la più banale. In quanto dimostrerebbe come – al netto della probabile nullità dello s per indeterminatezza dell'oggetto – lo *smart contract* possa funzionare solo se applicato a operazioni contrattuali semplici, e non svolgere ruolo alcuno per quelle che presentino un grado maggiore di complessità.

[41] E. MIK, *Smart contracts* cit., 288, la quale fa notare come un codice più lungo moltiplicherebbe la possibilità di errori: in tale

ISSN 2421-2563



Un contratto disegnato per contenere tutto è destinato, o per ragioni tecniche o per ragioni pratiche, irrimediabilmente, a fallire [42].

Auspicabilità. Mediate da un *computer*, le transazioni diventano monitorabili [43]. Lo *smart contract* è strumento per garantire la certezza degli scambi. Incorporato il codice, al verificarsi dell'evento condizionante la messa in moto dell'operazione, la conseguenza si realizza in forma automatica. Immesso l'*input*, il verificarsi dell'*output* diviene inevitabile. Immaginiamo tuttavia che un soggetto abbia acquistato la proprietà di un veicolo, e a tal fine sia obbligato al versamento di rate mensili al concessionario. Immaginiamo che per una ragione a lui non imputabile, un mese il pagamento non si verifichi, o venga effettuato in ritardo. Supponiamo che il concessionario si sia voluto 'garantire' contro questi rischi accludendo all'accordo uno *smart contract*, che al mancato pagamento di una di queste rate si attivi impedendo l'accensione del mezzo [44]. Il contraente viene punito immediatamente dalla 'macchina' per la violazione dell'accordo. Senza la possibilità di interloquire, di spiegare, di dare ragione del mancato pagamento o del ritardo.

Nello scenario da noi tracciato della relazione contrattuale non v'è neanche l'ombra. C'è spazio solo per un potere che opera in forma unilaterale [45], rendendo quella relazione superflua [46]. Esiste tuttavia un limite superato il quale l'immagine del contratto quale strumento di instaurazione di volontari rapporti inter-privati esce sfigurata. Lo *smart contract*, se pensato e reso operativo nel modo da noi su descritto, non può essere considerato 'contratto': non tanto perché ad esso sarebbe difficile adattare, per via della sua struttura algoritmica, la disciplina elaborata per il contratto in senso tradizionale, quanto perché esso contraddice il princi-

---

prospettiva, mirare ad un'eccessiva precisione diverrebbe costo in grado di annullare i vantaggi che l'adozione di tale forma di contrattazione andrebbe a produrre per le parti, soprattutto ove contraenti non professionali.

[42] Se, come abbiamo rilevato *supra*, nt. 25, lo *smart contract* rappresenta la versione computerizzata del contratto anglo-americano, sotto il profilo ideologico esso ci sembra configurare un'estremizzazione di quel fenomeno, relativo al contratto, che in dottrina (P. FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in *Il terzo contratto* cit., 273-275) è stato denominato «autonomia cognitiva», ossia quella credenza, diffusa nel pensiero giuridico occidentale moderno, secondo cui il contratto, sia come istituto che come categoria, basterebbe a sé stesso, e, per tale ragione, potrebbe fare a meno del mondo (divenendo esso stesso 'mondo'). Scrive, giustamente, K. CRAWFORD, *Né intelligente né artificiale* cit., 129 (la proposizione riguarda in generale i sistemi algoritmici, ma a nostro avviso ben si adatta ad una tale visione dello *smart contract*), come, tuttavia, una programmazione basata su regole «che mira a ridurre il campo delle possibili azioni» è indice di un approccio «inconsistente e poco pratico nei contesti del mondo reale» nei quali «ben raramente un insieme di regole» può gestire «l'incertezza e la complessità».

[43] H.R. VARIAN, *Computer mediated transactions*, in *American Ec. Rev*., 2010, 2, 1-10. Oltre quella di monitoraggio, le transazioni mediate da un computer (o altro dispositivo elettronico funzionalmente equivalente) possono assolvere ad altri compiti: 1) estrazione e analisi di dati; 2) personalizzazione e customizzazione della prestazione; e 3) realizzazione di esperimenti continui. Come vedremo *infra*, la combinazione di tali funzionalità è ciò che sta alla base di quella nuova tecnologia contrattuale denominata 'self-driving contract'.

[44] O bloccandone le funzionalità a messa in moto già avvenuta. Cosa succederebbe se il veicolo destinatario di questa 'autotutela da remoto' si trovasse nel bel mezzo di un incrocio? Il contraente ha violato la sua parte di accordo (non sappiamo se colpevolmente o meno), ma, dall'altro lato, l'accordo ha causato la morte del contraente. Come si ripartirebbero in questo caso le responsabilità? E di che natura sarebbero? Quali i danni risarcibili? A chi? In ordine alla responsabilità da danno algoritmico, per un primo inventario di problemi si v. M. INFANTINO, *Responsabilità da danno algoritmico*, in *Razionalità, capacità, identità. Le nuove frontiere della responsabilità giuridica*, a cura di A. Carratta, M. De Caro e G. Pino, Roma, 2023, 123 ss.

[45] Non a caso, secondo H. SURDEN, *Computable contracts* cit., 642, nt. 44, lo *smart contract* presenterebbe alcune caratteristiche del *Digital Rights Managementn* (D. R. M), ossia di quel programma relativo alla distribuzione e uso di particolari beni oggetti di contenuto digitale, che aveva la finalità di proibire la loro copia, e, in caso quest'ultima fosse già avvenuta, e il prodotto copiato fosse stato inviato a terzi, di eliminare la copia posseduta dal *computer* di partenza. Anch'esso funzionava come un'inibitoria unilaterale, dove il programma elettronico *bypassa* la dimensione contrattuale, e rispetto al quale né lo Stato né le corti avevano alcun potere di intervento.

[46] S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza* cit., 235.



pio che sta alla base di quella disciplina. Che non sta nel rendere vincolanti le promesse quali che siano, quanto nel proteggere una «pratica sociale» costituita dall'incontro delle molteplici promesse che individui liberi, interagendo tra loro, quotidianamente si scambiano [47].

Oltre, c'è il 'non-contratto'.

3. – Il rapporto tra nuove tecnologie e contratto può essere declinato diversamente. L'avvento di Internet, e la sua diffusione oltre il settore militare [48], ha rappresentato l'innovazione tecnologica più importante dell'ultimo trentennio, arrivando a trasformare la vita di ciascun individuo ed incidendo anche sulle modalità in cui esso contratta. Oramai, i più preferiscono acquistare qualunque tipo di bene, da un abito al cibo ad un biglietto per andare a teatro, in negozi digitali; le relazioni tra le persone vengono ogni giorno di più mediate da un dispositivo elettronico: si tratti di una riunione di lavoro, di un colloquio di assunzione, di un appuntamento galante. Le persone, insomma, 'navigano' in questo oceano digitale, approfittando delle miriadi di forme di soddisfazione dei propri desideri che questo offre loro [49].

Vivere perennemente connessi ha i suoi costi. Ogni ricerca compiuta, ogni *click*, ogni 'mi piace', ogni 'cuoricino', ogni azione realizzata per il tramite di un dispositivo elettronico – sia esso un personal computer, un tablet, uno smartphone – lascia delle 'tracce'. Dei dati. Dati che, una volta raccolti, vengono analizzati da *team* di ingegneri informatici, mediante l'impiego di complessi sistemi di 'intelligenza' artificiale. Il risultato di questa analisi può essere rivolto a produrre una 'personalizzazione' delle prestazioni offerte agli utenti [50].

Per ciascun utente, una prestazione, la cui esecuzione, essendo l'operazione mediata dall'utilizzo di un dispositivo elettronico, può essere continuamente monitorata. Di talché, ove mai capitasse qualcosa, interna o esterna alla vicenda contrattuale, capace di metterne a repentaglio l'esito, venga data alle parti la possibilità di intervenire, modificando o correggendo i propri comportamenti, adeguandoli al mutato contesto. Il possesso dei dati sulle condotte degli individui, anzi, oltre che segnalare i rischi che potrebbero perturbare le loro attività, potrebbe arrivare a 'guidare' quelle stesse attività, orientandole in un verso invece che un altro.

Nulla di sconvolgente: è in questo modo che le grandi multinazionali digitali – Facebook/Meta, Google/Alphabet, Amazon – operano [51]. Offrendo servizi e beni in apparenza gratuiti; invitandoci a stipulare con

[47] F. DENOZZA, *Disciplina del contratto* e ''non-moral goods'', in *Contratto, contratti e mercati* cit., 363.

[48] Che non significa 'in modo diverso': ma solo che le logiche e le pratiche pensate per il settore militare hanno finito per colonizzare anche tutti gli altri ambiti della società in cui quella tecnologia è stata impiegata (cfr. F. BERNABÈ e M. GAGGI, *Profeti, oligarchi e spie* cit., 65-68): da quelli più vicini (come quello giudiziario e delle operazioni di polizia) a quelli più vicini alla vita dei comuni cittadini (concessione di finanziamenti da parte degli istituti di credito; controllo dell'immigrazione; accesso ai sussidi alimentari): sul punto, con riguardo agli Stati Uniti, si v. K. CRAWFORD, *Né intelligente né artificiale* cit., 242-246.

[49] S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza* cit., 21; secondo la quale la nostra dipendenza sarebbe al «cuore» del capitalismo della sorveglianza, in quanto il nostro bisogno di una vita efficiente ci impedirebbe di resistere «all'invadenza di tale capitalismo». Semplificando: a tutti piace avere il mondo a portata di *click*. E se per avere questo *comfort* – fatto di piattaforme *streaming* che ci propongono, quotidianamente, centinaia di film e serie tv; di servizi di consegna di cibo o di altra merce a domicilio; o di *app* che consentono di organizzare un viaggio, giusto per fare qualche esempio– dobbiamo sacrificare un po' della nostra libertà, ben venga.

[50] M. D'ERAMO, *Dominio* cit., 122: «In questa nuova varietà di capitalismo – l'Autore sta facendo riferimento al capitalismo della sorveglianza: v. *supra*, nt. 12 – tutta la nostra vita pubblica e privata, tutte le nostre esperienze, comunicazioni, immagini, conversazioni, appunti ricerche» divengono materia prima, elaborata per produrre «predizioni sul nostro comportamento».

[51] F. BERNABÈ e M. GAGGI, *Profeti, oligarchi e spie* cit., 88-101. Sulle fonti del potere delle piattaforme digitali, per tutti, L. KHAN, *The sources of tech platform power*, in *Geo. L. Tech. Rev.*, 2018, 2, 325 ss. Secondo l'Autrice, oltre al potere di estrazione e sfruttamento dei dati di cui nel testo, le piattaforme digitali rinvengono la loro forza nel potere di chiusura di un mercato (Amazon per il commercio elettronico; Google per i motori di ricerca; Facebook per le interazioni tra utenti; c. d. *gatekeeper power*) impedendo ad altri attori di accedervi; e nel potere di influenza, in quanto tali piattaforme non offrono soltanto ad altre imprese ed utenti le

ISSN 2421-2563



loro accordi per usufruire di quei beni e servizi; ricevendo in cambio, spesso senza il nostro consenso, una enorme mole di dati. Dati che, una volta 'targettizzate' le nostre abitudini di utenti, verranno ceduti a soggetti terzi che, a loro volta, e anche qui, non sempre con il nostro, consapevole, consenso, andranno ad utilizzarli per fini ulteriori, siano essi di carattere commerciale come di carattere *lato sensu* politico [52].

Questa attività di profilazione sistematica realizzata dalle piattaforme digitali per i propri fini commerciali infatti, potrebbe ben essere re-impiegata dal legislatore quale strumento di regolazione delle condotte individuali al fine di dar valore alle peculiarità di ogni singolo caso concreto. Non solo un'esperienza di navigazione, ma anche una regola giuridica può essere 'personalizzata' [53].

Lo strumento normativo che sarebbe in grado di realizzare tutto ciò prende il nome di 'micro-direttiva' [54]. Essa, grazie all'impiego combinato di algoritmi di intelligenza artificiale, *Big Data* e dispositivi elettronici [55], sarebbe in grado di ridisegnare ogni singolo aspetto di un ordinamento giuridico, nonché le forme di regolazione delle condotte degli individui, annullando le differenze tra principi, *rules* (o disposizioni a formulazione analitica) e *standard* (o disposizioni a formulazione elastica) [56]. Ogni regola giuridica infatti muoverà da un 'principio', inteso come obbiettivo politico da realizzare, selezionato dal legislatore; questo verrà poi tradotto in 'regola', volta a prescrivere *in linea di massima* le condotte da tenere per ottenere la realizzazione di quell'obbiettivo. Regola che, incorporando meccanismi (normativi) auto-evolutivi in grado di arricchirne continuamente il contenuto in relazione all'evolversi della realtà sociale, si farà 'standard', (continuamente ri-) modulandosi a seconda della concreta situazione da disciplinare [57].

---

infrastrutture per muoversi in ambito digitale, ma operano esse stesse in quegli ambiti (c.d. *leverage power*), massimizzando i profitti (p. e.: nessun azienda può sperare di raggiungere abbastanza destinatari senza poggiarsi sulle infrastrutture di Amazon, la quale guadagna offrendo questa vetrina commerciale, anche se non sono i suoi prodotti ad essere venduti) e minimizzando i rischi (p. e. Amazon ha disposizione i dati di vendita di quei prodotti e può reimpiegarli creando un prodotto simile a quello delle aziende che ospita sul proprio sito, per poi privilegiarlo rispetto agli altri una volta che decidesse di metterlo in vendita). Ovviamente, ogni forma di potere, per essere contrastata, merita dei rimedi *ad hoc* (v. L. KHAN, *o. l. c*., 331-334). In questa sede ci occuperemo, e solo *sub specola* del diritto dei contratti, dei possibili rimedi avverso la prima forma di potere qui sinteticamente descritta.

[52] Scrive S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza* cit., 107, come il capitalismo della sorveglianza inizi dalla «scoperta del *surplus* comportamentale», ossia da quando le piattaforme digitali provvedono a raccogliere «più dati comportamentali di quanti ne siano necessari a migliorare il servizio» che esse offrono. Tale *surplus* va ad alimentare l'intelligenza della macchina, che fabbrica previsioni sul comportamento degli utenti. «Questi prodotti predittivi vengono venduti ai clienti dei nuovi mercati dei comportamenti futuri. Il ciclo di reinvestimento del valore comportamentale viene subordinato a questa nuova logica».

[53] B. ALARIE, *The path of the law: towards legal singularity*, in *Univ. Toronto L. Journal*, 2016, 27, 423-428; A.J. CASEY e A. NIBLETT, *A framework for a new personalization of law*, in *Univ. Chicago L. Rev.,* 2019, 86, 333 ss.; O. BEN-SHAHAR e A. PORAT, *Personalized law: different rules for different people*, Oxford, 2021, nonché i commenti che sono seguiti a seguito della pubblicazione di tale volume, pubblicati in occasione del – secondo – 'Personalized law Symposium', sull'*University of Chicago Law Review on line*, 2019, 2, e disponibili all'indirizzo *https://lawreviewblog.uchicago.edu/2022/03/09.*

Per una critica radicale, T. ENDICOTT e K. YEUNG, *The death of Law? Personalised norms and the rule of law*, in *Univ. Toronto L. Journal*, 4, 2022, 373-402.

[54] Che T. ENDICOTT e K. YEUNG, *o. c.*, 380, definiscono come «norma particolare generata automaticamente» da una macchina e «disegnata sul profilo comportamentale del soggetto destinatario» in base alle sue interazioni digitali su Internet. Questa definizione non coglie a pieno il modo di funzionare della microdirettiva: servendosi anche di dispositivi elettronici di monitoraggio continuo, essa è infatti elaborata (e rielaborata) anche sulla base di dati comportamentali raccolti al di fuori dell'universo digitale (cfr. A.J. CASEY e A. NIBLETT, *The death of rules and standards*, in *Indiana L. Journal,* 2017, 92, 1401 ss., in part. 1433).

[55] A.J. CASEY e A. NIBLETT, *Self-driving laws*, 2016, disponibile all'indirizzo *https://ssrn.com/abstract=2804674*; 4.

[56] A.J. CASEY e A. NIBLETT, *Self-driving laws* cit.; e soprattutto, ID., *The death of rules and standards* cit., 1407-1409. Sulla distinzione tra *rules* e *standards,* in una letteratura sterminata, si v., per tutti, D. KENNEDY, *Forma e sostanza nella giurisdizione di diritto privato*, 1992, Napoli.

[57] A.J. CASEY e A. NIBLETT, *Self-Driving Laws* cit., 2; ID., *The death of rules and standards* cit., 1437. O. BEN SHAHAR e A. PORAT, *How to evaluate personalized law?*, in *Univ. Chicago Rev. Online* cit., 5-6 dell'estratto, distinguono due tipi di 'personalizzazione', caso per caso o per categorie. Tale bipartizione, pur in astratto accettabile, pone davanti due dubbi, uno logico e uno tecnico:



Le micro-direttive rappresenterebbero, dunque, un nuovo modello di regolazione in grado di fondere insieme i vantaggi della normazione per regole analitiche con quelli propri della legislazione per formule elastiche, eliminando, al contempo, tutti gli svantaggi connessi a tali meccanismi normativi [58]. Ciò sarebbe reso possibile dall'operare congiunto di tecnologie predittive e tecnologie comunicative [59]. Utilizzando la tecnologia predittiva, il contenuto di una legge viene via via incrementato e specificato mediante un lavoro di raccolta ed elaborazione continuo di dati ed informazioni. Una volta che dalla regola minimale configurata dal legislatore si passi al catalogo di prescrizioni specifiche implementate dall'algoritmo, entrano in gioco le tecnologie comunicative, deputate a trasmettere istantaneamente ai singoli la regola da seguire in relazione al contesto, dal quale dedurre il criterio di scelta tra le varie norme *tecnicamente* possibili all'interno della 'cornice' algoritmicamente delineata, in cui ciascuno di essi si trova ad agire. Tenendo conto dei dati disponibili sul *web*, degli indizi di dati inferibili dalle condotte di navigazione degli utenti, condotte a loro volta 'indirizzate' da tecniche di *advertising*, *microtargeting* e *narrowcasting* [60], e degli strumenti di *deep learning,* già ampiamente utilizzati dai vari colossi digitali operanti nel mercato della sorveglianza, non dovrebbe essere difficile per il legislatore – e per i programmatori che lo andrebbero a coadiuvare – indicare scopi e predisporre mezzi i quali, tenendo conto del materiale 'informativo' disponibile, riescano non solo a predire quale condotta ciascun destinatario terrà in qualsivoglia contesto di vita dovesse arrivare a trovarsi, quanto anche a 'spingere' (gentilmente) quel destinatario proprio verso quel tipo di condotta [61].

Una volta rese possibili tali operazioni, calibrare la regola 'perfetta' non dovrebbe essere un'impresa così ardua [62].

---

a) se personalizzare una regola significa costruire quest'ultima tenendo conto della peculiarità di ogni situazione concreta, sembra quasi contraddittorio ipotizzarne una per categorie; b) ma pur accogliendo tale differenziazione, sarebbe poi necessario, al fine di evitare anti(algoritmo)nomie, elaborare delle 'meta'regole che indichino quando (e perché), in situazioni similari, vada a prevalere il modello caso per caso e quando quello categoriale.

[58] Ossia tanto la precisione ed analiticità *ex ante* propria delle prime quanto la flessibilità e l'arricchimento di contenuto *ex post* proprio delle seconde, annullandone al contempo i relativi difetti (ossia, quanto alle regole, la generalità, da cui discenderebbero la loro sovra-o sotto-inclusività; e, con riguardo allo standard, la vaghezza, che richiederebbe l'intervento umano discrezionale per una riduzione). Sul punto, v. A.J. CASEY e A. NIBLETT, *o. u. c*., 1405 ss.

[59] A.J. CASEY e A. NIBLETT, *o. u. c*., 1410-1416; 1423-1431 (sulle tecnologie predittive, sui loro punti di forza e debolezza, e loro possibili applicazioni); 1417-1421; 1431-1433 (su quelle comunicative). Le due forme di tecnologie impiegate per far funzionare le microdirettive – scrivono gli Autori: ivi, 1415– non possono essere separate: un diritto personalizzato ha senso solo ove le sue prescrizioni possano essere comunicate, e recepite, in tempo reale da ciascun destinatario.

[60] Ossia tecniche di pubblicità (*advertising*) mirata (*microtargeting*) per specifiche categorie di individui (*narrowcasting*). Sul punto, per tutti, G. ORIGGI, *La democrazia può sopravvivere a* Facebook*? Egualitarismo epistemico, vulnerabilità cognitiva e nuove tecnologie*, in *Ragion pratica*, 2018, 2, 445 ss. Trattasi di operazioni che, al pari dei soggetti privati, potrebbe benissimo svolgere anche lo stato (o direttamente, mediante programmi proprio; o indirettamente, appaltandone la creazione e l'attuazione a soggetti esterni). In quest'ultimo caso, ove vi sia un qualche malfunzionamento, magari produttivo di conseguenze dannose per il singolo o per la collettività, si presenterebbe il problema di chi dovrebbe rispondere di questo danno, se lo stato o il soggetto privato: sul punto si v. K. CRAWFORD e J. SCHULZ, AI *as State Actors*, in *Columbia L. Rev*., 2019, 119, 1941 ss.)

[61] In tale forma di regolazione non è difficile ravvisare le caratteristiche essenziali del *nudging*., quale manifestazione di potere governamentale (M. FOUCAULT, *La governamentalità*, in ID., *Poteri e strategie*, Milano-Udine, 2016, 43 ss.) che, facendo leva sui meccanismi psicologici inconsci del destinatario, lo induce ad adottare spontaneamente – cioè: senza la percezione di star obbedendo ad una qualche forma di comando – la linea di condotta desiderata (M. BRIGAGLIA, Foucault*: il potere oltre le regole. Repliche a* Celano, Moreso, Segatti *e* Spena, in *Dir. Quest. Pubbl.,* 2020, 1, 272-273). Ed è proprio la modalità di funzionamento di tale forma di potere a rendere possibile, mutando punto di vista, la trasformazione di una raccomandazione (algoritmica) in predizione del comportamento desiderato (cfr. A. J. CASEY e A. NIBLETT, *Self-driving laws* cit., 12; e, criticamente, T. ENDICOTT e K. YEUNG, *The death of law?* cit., 390).

[62] Infatti, che sia tecnicamente possibile (anche se giuridicamente non auspicabile) non mettono in dubbio neanche due dei più ferventi critici di questa nuova forma di legislazione: cfr. T. ENDICOTT e K. YEUNG, *The death of Law?* cit., 375.

ISSN 2421-2563



Grazie all'impiego di queste tecnologie, il diritto diviene certo, conoscibile e giusto [63]: certo e conoscibile, perché la 'regola del caso' verrebbe comunicata in tempo reale ai cittadini affinché vi si possano subito conformare, eliminando il rischio di interventi, non prevedibili *ex ante*, della pubblica autorità; giusto in quanto, stante la mole di dati a disposizione e i metodi e le tecniche per processarli, ogni fattispecie riceverebbe il miglior trattamento giuridico possibile.

4. – Anche il contratto può beneficiare dei vantaggi connessi all'utilizzo delle micro-direttive [64]. Lungo la sua storia, e soprattutto negli ultimi decenni, il contratto ha già avuto modo di interfacciarsi con le tecnologie algoritmiche, anche con quelle incorporanti sistemi di 'intelligenza' artificiale [65]. Lo *smart contract* stesso va ad individuare un'ipotesi di contratto c. d. algoritmico [66]. Così come 'algoritmici' possono essere definiti i contratti stipulati tra computer, o tra computer ed esseri umani, nonché, per venire a tempi più recenti, i contratti dell'*Internet of things,* che dei primi rappresentano oggi la versione più sofisticata [67]. Algoritmici sono i contratti degli scambi finanziari di borsa, che si formano mediante la combinazione di dichiarazioni algoritmiche; algoritmici sono, i contratti stipulati via internet per l'acquisto di un biglietto aereo. In tutte le ipotesi da noi ora elencate, sebbene ciascuna con la sua particolarità, la struttura del contratto, se non di una delle parti contraenti, è un algoritmo [68].

Nel caso dei *self-driving contracts*, lo scenario muta considerevolmente. In questi ultimi infatti, l'algoritmo non va ad individuare il 'testo' del contratto – come nel caso degli *smart contracts* –, né tantomeno la

---

[63] A. J. Casey e A. Niblett, *The death of rules and standards* cit., 1437 ss. Sul tema della certezza del diritto, si v. da ultimo G. Pino, *Della certezza (del diritto),* in *Diritto, potere e libertà. Scritti in onore di* Bruno Montanari, a cura di S. Amato, A. Andronico, G. Bombelli e A. Lo Giudice, Milano-Udine, 2022, 341 ss.

[64] A.J. Casey e A. Niblett, *Self-driving laws* cit., 13-14; Id., *The death of rules and standards* cit., 1421-1423; Id., *Self-driving Contracts*, in *Journal Corp. Law*, 2017, 43:1, 101 ss. Nella dottrina italiana, un primo accenno alla figura si trova nei contributi di I. A. Caggiano, *Il contratto nel mondo digitale*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2018, 2, 1154-1155; G. Castellani, Smart contracts e *profili di diritto civile*, in *Comp. Dir. Civ*., 2019, 6, nt. 21, e A.U. Jansenn e F.P. Patti, *Demistificare gli* smart contracts cit., 41 e 49. Per una prima trattazione analitica, cui rinviamo, si v. Cl. Amato, *La* «computerizzazione» cit., 1285-1298. Nella dottrina successiva, D. Poletti, *L'intelligenza artificiale e le prove di resistenza delle regole contrattuali* cit., 200; e S. Troiano, *Il contratto tra analogico e digitale* cit., 60, nt. 70.

[65] L.H. Scholz, *Algorithmic contracts*, in *Stan. Tech. L. Rev*., 2017, 128, 128 ss. (in part., 134-137). Nella nostra dottrina, per una prima catalogazione, si v. Cl. Amato, *La* «computerizzazione» cit., 1279-1301 (catalogazione che, ci pare, essere stata approvata, o quantomeno, non disapprovata, dalla dottrina successiva: cfr. A. Gentili, *La volontà nel contesto digitale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2022, 3, 707; P. Femia, *Il contratto senza lingua comune*, in *Contratto, contratti e mercato* cit., 294).

[66] L'espressione «contratto algoritmico» viene criticata da A.J. Casey e A. Niblett, *o. u. c*., 104, nt. 13, secondo i quali, se definiamo il contratto come un insieme ordinato di operazioni finalizzate alla produzione di un risultato, ogni contratto è, *in re ipsa*, 'algoritmico'. Potremmo replicare a tale critica affermando come nel caso di specie l'impiego dell'aggettivo algoritmico abbia un suo significato pregnante e non generico: algoritmici sono quei contratti in cui le parti –non necessariamente umane – decidono di contrarre utilizzando tecnologie che utilizzano sistemi di *machine* e *deep learning*. Con il risultato che, salvo quanto si dirà nel prosieguo, ogni aspetto della contrattazione potrebbe, quantomeno in astratto, sfuggire alla comprensione e controllo dei suoi partecipanti (sul punto, si legga, L.H. Scholz, *Algorhitms and contract law*, in *FSU College, Public law research paper n.* 922, 2019, 3-5).

[67] Con la seguente precisazione (L.H. Scholz, *o. u. c*., 8): i contratti stipulati da *electronic agents* (quelli che nel testo abbiamo, semplificando, indicato come 'contratti tra computer') sono, così come gli *smart contract* (Ead., *o. l. c*., 12) da considerare contratti algoritmici solo in senso lato, e ciò per le seguenti ragioni: quanto ai primi, la differenza con i contratti algoritmici in senso stretto sta nel fatto che quelli sono programmati da esseri umani, mentre i secondi – grazie all'utilizzo del *machine* e del *deep learning* – possono anche, se non auto-, quantomeno riprogrammarsi; inoltre, mentre gli *smart contracts* sono progettati per eseguire quanto inscritto, anche qui da soggetti umani, nel loro *software*, i contratti algoritmici in senso stretto possono prendere decisioni in relazione alle diverse fasi della vicenda contrattuale (decidendo con chi stipulare; su quale contenuto; come colmare le eventuali lacune del regolamento).

[68] L.H. Scholz, *Algorhitmic contracts* cit., 137-149.



controparte con cui va ad interfacciarsi la parte contraente, 'umana', come nei contratti *IoT*; robotica, come nei contratti di borsa. Nei *self-driving contracts*, l'algoritmo, incorporante un sistema di 'intelligenza' artificiale [69], si presenta come una sorta di assistente digitale che coadiuva la parte nella contrattazione. Un assistente che suggerisce alla parte se contrarre, con chi contrarre, su cosa contrarre, e in quali forme. I benefici che l'adozione di tale procedura assicura sono innanzi tutto di tipo economico: se si guarda alla stipula del contratto come ad una sorta di compromesso tra completezza/incompletezza del contenuto, costi di negoziazione e raccolta di informazioni, l'impiego delle micro-direttive sarebbe in grado di eliminare i costi connesse a tali attività [70]. Le parti dovrebbero accordarsi infatti esclusivamente sul risultato che hanno interesse a conseguire e sulla divisione del *surplus* cooperativo – dato dalla differenza di valore del bene per colui che trasferisce rispetto a colui che acquista. – che in ragione di tale conseguimento si produrrà, lasciando alle 'macchine' il compito di fissare termini e clausole contrattuali, integrarne il contenuto, adeguare le condotte dovute a seconda delle circostanze emergenti in corso di esecuzione, e così via [71].

I *self-driving contracts* sono perciò contratti, al contempo, totalmente incompleti, visto che le parti si accordano solo sull'*an*, ma non anche sul *quando* o sul *quomodo* dell'operazione, elementi la cui determinazione viene demandata all'algoritmo; e, al contempo, completi, in quanto quest'ultimo andrà a specificarne analiticamente il contenuto via via che la vicenda progredisca nel suo svolgimento [72]. Tramite essi, da un lato, le parti si vincolano all'ottenimento di un risultato predeterminato, e, dall'altro, a tal fine si rivolgono alle 'macchine' le quali, in forza di regole incorporate nel programma informatico che le guida, e il cui funzionamento è, probabilmente, ignoto alle parti contraenti – provvederanno alla specificazione dei mezzi migliori per conseguirlo. Tutto ciò sarebbe reso possibile dall'impiego congiunto di tecnologie predittive, mediante la combinazione di *big data* e *deep learning*; di quelle comunicative, che si occupano, sulla base delle informazioni disponibili, di aggiornare il contratto in tempo reale; e, infine, di monitoraggio, che, tramite i dispositivi elettronici, svolgono una funzione di analisi del contesto e del comportamento delle parti. Queste ultime, stipulato l'accordo 'di massima' sullo scopo da raggiungere, delegano alle 'macchine' la raccolta di informazioni che possono influenzarne il conseguimento. Esse, una volta elaborate, le ritrasmettono loro indicando, in primo luogo, le condotte più funzionali alla realizzazione dei loro interessi e, in secondo luogo, le modalità più adeguate relative alla suddivisione del *surplus*. Ove lo scenario di partenza dovesse improvvisamente

[69] Tali sistemi possono essere di due tipi, *clear* o *black box* (L.H. SCHOLZ, *o. u. c*., 135-136): nel primo caso, l'algoritmo stipula, o negozia, un contratto in modo prevedibile e con un finalità predeterminata *ex ante*, seguendo una logica decifrabile dal soggetto umano ''professionale''; nel secondo caso, viceversa, la tecnologia può operare secondo modalità imprevedibili e secondo logiche incomprensibili, non solo alle parti (creando uno iato tra intento negoziale, costruzione del vincolo e sua esecuzione), ma anche ai suoi programmatori. Scrive K. CRAWFORD, *Né intelligente né artificiale* cit., 259, come sia proprio questo carattere di incomprensibilità al suo utente/fruitore-persona comune a rendere queste tecnologie affascinanti e irresistibili.

[70] A.J. CASEY e A. NIBLETT, *Self-driving contracts* cit., 106. Anche nella proposta di O. BEN SHAHAR e A. PORAT (v. *supra*, *Personalized law* cit., in particolare il Capitolo secondo) la ragione primaria per addivenire alla 'personalizzazione' del diritto sta nel fatto che essa garantirebbe nel modo migliore possibile la soddisfazione degli interessi dei singoli individui. A tale tesi è stato, a nostro avviso correttamente, replicato (da H. EIDENMULLER, *Why personalized law*?, in *'Univ. Chicago Law on-line'*, 2022, 2, 3-6 dell'estratto) che, come funzione primaria del diritto non sia – o comunque non sia soltanto – quella di offrire strumenti di soddisfazione di tali interessi, quanto quella di regolare le condotte dei suoi destinatari, per il tramite di precetti che, per ragioni di ordine superiore (siano esse di carattere generale o istituzionale) potrebbero anche andare contro i loro desideri individuali.

[71] A.J. CASEY e A. NIBLETT, *Self-driving contracts* cit., 105-106.

[72] A.J. CASEY e A. NIBLETT, *Self-driving contracts* cit., 113-114. Deve segnalarsi come la proposta di utilizzare *big data* e algoritmi in ambito contrattuale fosse già stata avanzata da A. PORAT e L.J. STRAHILEVITZ, *Personaling default rules and discolosure with big data*, 112, *Michig. L. Rev*., 2014., 112, 1417 ss. La differenza con la prospettazione di Casey e Niblett sta nel fatto che i primi ne raccomandavano l'uso soltanto solo al fine di colmare le lacune del contratto, mentre i secondi vorrebbero applicare tali tecnologie in ogni settore dell'ordinamento giuridico (cfr. A.J. CASEY e A. NIBLETT, *The death of rules and standards* cit., 1406, nt. 12).

ISSN 2421-2563



mutare, inoltre, i dispositivi elettronici saranno in grado di ricalibrare il contenuto delle prescrizioni, comunicandole in tempo reale alle parti [73], le quali saranno obbligate a conformarvisi, pena la responsabilità [74].

Siamo evidentemente all'opposto del modello 'smart': qui, il valore dell'efficienza sembra l'unico rilevante, anche a discapito di qualsivoglia considerazione morale di giustizia. Inoltre, la sua conformazione, in particolare se combinata con l'utilizzo di sistemi *blockchain*, impedisce la possibilità di interventi esterni, legali o giudiziali, in grado di mitigare le eventuali conseguenze negative emergenti in corso di esecuzione. Viceversa, il *self-driving contract* sembra progettato per coniugare efficienza e giustizia, rappresentando una sorta di sintesi felice dei vantaggi connessi tanto al modello di contratto anglo-americano quanto di quello euro-continentale, senza tuttavia assommarne i difetti [75].

Sembra fantascienza, ma non lo è [76].

Questa forma di contrattazione algoritmica esiste non più– solo – come prodotto scientifico, individuandosi settori del moderno diritto contrattuale all'interno dei quali il modello *self-driving*, anche se solo parzialmente, sta cominciando ad affermarsi [77]. Si pensi si pensi al diritto del lavoro, dove gli algoritmi fungono già da *recruiters* dei dipendenti, organizzano loro i turni, e ne monitorano l'attività, sanzionando – anche con il licenziamento – il mancato rispetto delle loro prescrizioni; all'ambito sanitario, dove è l'algoritmo che, incrociando *big data* e informazioni biometriche, detta la terapia da seguire; alla donazione di organi, per identificare *ex ante* ed in tempi rapidi i soggetti disponibili, a prescindere da (e senza la necessità di dover ricostruire) una loro previa manifestazione espressa in tal senso. *Self-driving* è anche il meccanismo con cui *Amazon* fissa i prezzi – c. d. *dynamic pricing* – dei prodotti messi in vendita sul suo *Market place*. *Self-driving* è *Page Rank*, l'algoritmo con cui *Google* indicizza i siti web e trasmette le informazioni a seguito della ricerca. In ambedue i casi, i risultati – del prezzo dei beni su *Amazon*, della ricerca su *Google* – sono elaborati in base all'esperienza di navigazione del singolo utente. Sono personalizzati. Altro esempio di contratto *self-driving* è quello di *Uber*: l'algoritmo, sulla base di alcuni parametri correlati alla geolocalizzazione del richiedente, sceglie l'autista – ma, unilateralmente, può cambiarlo; prefigura il tragitto verso il luogo in cui il soggetto richiedente deve arrivare – ma anche qui, sempre unilateralmente, può decidere di modificarlo; così come unilateralmente può modificare il costo della corsa.

---

[73] A.J. Casey e A. Niblett, *Self-driving contracts* cit., 110-112; Id., *Self-driving laws* cit., 13-14.

[74] A.J. Casey e A. Niblett, *o. u. c.*, 11-12; Id., *Self-driving contracts* cit., 105. Il che ci spinge ad affermare che se, sotto una prospettiva formale, gli algoritmi fungono da strumenti di elaborazione e, mediante l'uso dei dispositivi elettronici, di comunicazione delle prescrizioni generali oggetto delle micro-direttive, da una prospettiva sostanziale, stante il fatto che l'individuo che non adegui il suo comportamento a tali 'comunicazioni prescrittive' incorre *ipso facto* in responsabilità, dire che, di fatto, l'algoritmo non individua un meccanismo di creazione e trasmissione della regola (v. *supra*, nt. 61), ma che diventa esso stesso la 'regola' che è obbligatorio seguire (e infatti, cfr. A.J. Casey e A. Niblett, *The death of rules and standards* cit., 1423).

[75] A.J. Casey e A. Niblett, *Self-driving contracts* cit., 104 e 108. La possibilità di perseguire obbiettivi di *policy* così diversi è una variabile dipendente non solo dell'ide(ologi)a che sta dietro l'elaborazione delle due categorie, quanto della loro tecnologia interna (cfr. sul punto T. Endicott e K. Yeung, *The death of law?* cit., 389): mentre lo *smart contract* presenta una struttura interna rigida, che opera secondo la logica ''if/then'' sulla base di quanto pre-inscritto nel *software*, il *self-driving contract* non produce il risultato seguendo un modello di programmazione 'rule-based', quanto, grazie ai meccanismi di *machine* e *deep learning* di cui è munito, elaborando una grande mole di dati, rilevandone le correlazioni, e, sulla base di essi, individuando/costruendo dei modelli, da utilizzare poi in funzione applicativa (L.H. Scholz, *Algorithms and contract law* cit., 3-5). Sono la capacità di autoapprendimento e di autoevoluzione, dunque, a consentire al *self-driving contract* di assicurare al contempo l'efficienza e la giustizia dello scambio (A.J. Casey e A. Niblett, *Self-driving contracts* cit., 118).

[76] Parafrasando le parole con cui O. Ben Shahar e A. Porat, *Personalized law* cit., XI, introducono il loro volume: «This is a book of science fiction. Or maybe not».

[77] A. Porat e L.J. Strahilevitz, *Personaling default rules and discolosure with big data* cit., 1140-1150; A. J. Casey e A. Niblett, *The present and the near future of self-driving contracts* (2021), in *The Cambridge Handbook of private law and Artificial Intelligence*, a cura di E. Lim e P. Morgan, Cambridge, 2022, disponibile all'indirizzo: *Paperssrn.ssrn.com/sol3/papers.cfrm?abstract_id=3941915*, 1-22; da cui le successive citazioni.



Ma altri utilizzi sono ipotizzabili [78].

Questo tipo di tecnologia è già utilizzata nel *design* contrattuale [79]. Il sistema di intelligenza artificiale processa i dati relativi ai contenuti contrattuali e evidenzia i risultati di solito associati a quei contenuti (ad esempio: quanti di quei contratti sono poi stati invalidati, o ne è stato chiesto l'adempimento davanti ad un giudice) [80]. Un passo in avanti potrebbe essere quello di impiegarla non solo *ex ante*, al momento della scrittura del testo, ma anche lungo tutto il corso dell'intera vicenda: dal momento della stipula fino a quello dell'esecuzione [81]. Le parti potrebbero decidere di accludere una clausola del tipo 'self-driving' nella fase di formazione dell'accordo, eliminando i rischi correlati all'aver convenuto un prezzo fisso all'interno di un contratto di durata, o a quelli derivanti dall'aver attribuito il potere di determinazione di un prezzo ad un terzo. Lo stesso tipo di clausola potrebbe essere apposta ad un contratto per fissare il costo di un inadempimento in caso di futura controversia: l'algoritmo potrebbe predeterminare l'esito della futura disputa, e dunque la misura del risarcimento, processando i dati relativi all'esito dei giudizi riguardanti fattispecie analoghe [82]. Senza dimenticare il loro uso in campo assicurativo, dove il premio può essere determinato algoritmicamente sulla base delle abitudini del singolo guidatore [83].

Siamo dinanzi a tecnologie contrattuali capaci di massimizzare le utilità attese dalle parti, e contemporaneamente progettate per rendere flessibile il meccanismo preposto alla produzione di quelle utilità. Che non necessitano di interventi correttivi *ab aexterno*: il *self-driving contract* è strutturato come *ontologicamente* defettibile, ed è programmato per revisionare il suo contenuto in continuazione, tenendo conto dei precedenti, del contesto e dei tipi di condotte che le parti potrebbero porre in essere, raccomandando loro le più efficaci da tenere, e adattando le prescrizioni alle circostanze di fatto che connotano la situazione in cui l'attuazione del rapporto contrattuale dovrà aver luogo [84]. E che non possono fallire: se le parti seguono le sue raccomandazioni, l'operazione contrattuale raggiungerà l'esito sperato. Se non lo fanno, cadranno in responsabilità, in quanto ogni condotta difforme da quella prescritta rappresenterebbe *ex se* un inadempimento. La misura del danno da risarcire verrebbe probabilmente decisa dall'algoritmo stesso, tenuto conto degli elementi, giuridici e di fatto, rilevanti.

Del potere giudiziario questo tipo di contratti può fare a meno [85].

---

[78] A.J. Casey e A. Niblett, *o. u. c.*, 4-16.

[79] S. Williams, *Predictive contracting*, in *Col. Bus. L. Rev.*, 2019, 2, 622 ss.

[80] S. Williams, *o. c.*, 642-648.

[81] A.J. Casey e A. Niblett, *The present and the near future* cit., 15-16.

[82] A.J. Casey e A. Niblett, *o. u. c.*, 9-10. Questo tipo di tecnologia predittiva è già impiegata in ambito processuale. Nulla vieterebbe di applicarla anche in ambito contrattuale. Si tratterebbe di una clausola penale *self-driving*, che eviterebbe alle parti di portare il contratto dinanzi ad un giudice.

[83] A.J. Casey e A. Niblett, *Self-driving contracts* cit., 105; C. Robustella e C.E. Papadimitriu, *Spunti ricostruttivi* cit., 983-986; A. Borselli, Smart contract *in insurance* cit., 110-117

[84] A.J. Casey e A. Niblett, *Self-driving contracts* cit., 107-108.

[85] Secondo la dottrina di cui al testo (v. A.J. Casey e A. Niblett, *o. u. c.*, 104) i *self-driving contracts* non eliminerebbero l'intervento giudiziale: gli algoritmi di *machine learning* che tale modello di contrattazione incorpora infatti svolgerebbe il suo ruolo nella fase di 'confezionamento' del regolamento contrattuale, ma, una volta terminata questa, smetterebbero di operare. E dunque, un contratto che presentasse profili di invalidità, potrebbe essere sottoposto alla cognizione dell'autorità giudiziaria. Resta tuttavia da capire come sia possibile che un contratto che si auto-scrive, auto-implementa e auto-corregge possa: a) giungere ad una sua stesura definitiva (in quanto, a cambiamento di parametro, interno o esterno, alla relazione, l'algoritmo, presone atto, provvederebbe ai dovuti adeguamenti); o, pur posto un termine al ricalcolo, b) presentare profili di invalidità (che ove emergenti, verrebbero subito eliminati e sostituiti). In realtà, il *self-driving contract* è stato esplicitamente pensato per poter fare a meno del potere giudiziario (così come le microdirettive che ne sono il presupposto, sono state ideate per poter far a meno, sul lungo periodo, del potere legislativo e del potere esecutivo: A.J. Casey e A. Niblett, *The death of rules and standards* cit., 1433-1440).

ISSN 2421-2563



Questo mutamento di paradigma nel diritto dei contratti, per ora solo parziale ma per il futuro probabilmente inevitabile, visti i vantaggi – di sicuro economici, ma anche di benessere collettivo – che sembrerebbe implicare, lascia aperti diversi interrogativi [86]. A differenza delle altre tipologie di contratti algoritmici infatti, il *self-driving contract* sembra rappresentare un fenomeno né esplicabile né, tantomeno, dominabile ricorrendo a quelle tecniche che vanno a costituire il nucleo della moderna dottrina del diritto dei contratti [87]. Se con riguardo alle prime le parti si limitano a stipulare il contratto servendosi degli algoritmi, nel caso dei *self-driving contracts* la 'macchina' governa ogni singolo aspetto dell'operazione contrattuale: dal 'se', al 'chi', al 'cosa' e al 'come' del contrarre [88]. Anche con riguardo alla disciplina applicabile, i *self driving contracts* fanno storia a sé: ad essi sono applicabili le norme di parte generale riguardanti l'accordo, la causa l'oggetto; ma, essendo programmati per non fallire, non abbisognano di una disciplina delle loro eventuali patologie né tantomeno di una disciplina della responsabilità per l'ipotesi di un loro inadempimento.

Di quest'ultima si è già detto. Quanto alle patologie, deve rilevarsi come un *self-driving contract*, per il modo in cui viene costruito, non può incorrere in invalidità né strutturali né funzionali. Relativamente a quelle strutturali, in quanto l'algoritmo, effettuata la comparazione dati (contratti analoghi precedentemente stipulati) / risultati (contratti adempiuti/inadempiuti; contratti validi/invalidati), suggerirà alle parti l'impiego di quei termini e di quelle clausole in grado di assicurare la conformità alle regole che disciplinano la valida costituzione dell'accordo, e che agevolano l'attuazione del programma in esso prefigurato [89]. Ove le parti non rispettino le sue raccomandazioni, non si produrrà alcun effetto giuridico. Quanto alle invalidità funzionali l'algoritmo, incorporando meccanismi auto-evolutivi *context-oriented*, ove dovesse emergere una qualche circostanza in grado di incidere negativamente sul buon esito dell'operazione, inviterà le parti a desistere dal tenere determinate condotte – in origine dovute – e a tenerne altre, più in sintonia con la mutata situazione di fatto. Se invece a essere intaccata è una situazione di diritto, relativa alla vicenda contrattuale da un punto di vista interno (posizioni o prestazioni in origine equilibrate si disequilibrano; le condizioni di esecuzione pattuite divengono eccessivamente onerose; una condizione apposta diviene irrealizzabile), sarà l'algoritmo stesso a riformularne il contenuto, sostituendo (e riscrivendo) clausole, eliminando asimmetrie, adeguando i costi di esecuzione al mutato scenario contrattuale [90].

Qui insomma, non si è di fronte a nuovi «casi», amministrabili, forse con un po' di fatica, facendo ricorso alle *ground rules* proprie del diritto dei contratti, ma dinanzi a qualcosa di diverso. Ad un fenomeno i cui caratteri peculiari appaiono tali da andar a incidere tanto sul modo di pensare l'ordinamento, le istituzioni che lo compongono e le loro modalità di funzionamento. Un fenomeno che necessita di nuove «regole», che, data

---

[86] Che si pongono anche i loro ideatori: si v. A.J. CASEY e A. NIBLETT, *Self-driving contracts* cit., 125-132; ID., *The present and the near future* cit., pp.16-22.

[87] Esplicitamente sul punto, A.J. CASEY e A. NIBLETT, *Self-driving contracts* cit., 112 ss.

[88] A.J. CASEY e A. NIBLETT, *o. u. c.*, 116-119.

[89] S. WILLIAMS, *o. c.*, 629.

[90] A.J. CASEY e A. NIBLETT, *Self-driving contracts* cit., 117-118; soluzione auspicata da M. GRONDONA, *Il diritto contrattuale, ovvero il diritto della fiducia* cit., 71-72 (il quale ipotizza la predisposizione di un apparato rimediale *ad hoc* secondo un «metodo tipologico algoritmizzato» a seconda della patologia contrattuale in discorso). La proposta non va aprioristicamente rigettata. Essa può ben essere accolta, ma a condizione che la sua adozione venga limitata ai contratti utilizzanti un sistema di 'intelligenza' artificiale *clear box*. Ché altrimenti, visto il funzionamento della tecnologia *black box*, il contratto che vi facesse affidamento nascerebbe invalido. Non solo e non tanto perché il contratto non presenterebbe un oggetto determinato o determinabile, né in quanto sarebbe difficile ravvisare una causa nell'operazione, quanto perché, operando tali forme di algoritmi come 'strateghi contrattuali', capaci di incidere su ogni fase della contrattazione, anche all'insaputa dei loro utilizzatori, verrebbe meno lo stesso accordo, che del contratto è elemento fondamentale (oltre che «requisito essenziale») e indefettibile (sul punto, L.H. SCHOLZ, *Algorhitmic contracts* cit., 149-152).



la sua natura, non potranno che essere 'globali'. L'alternativa infatti è che i detentori di questa nuova forma di potere derivante dal possesso dei dati e dalla capacità di elaborarli a fini economici continuino a regolarsi da sé. Soggetti come *Facebook*, come *Amazon*, come *Google*, i quali, ognuno a suo modo, dominano lo spazio digitale, rappresentano una nuova forma di 'Istituzione', al cui cospetto anche gli stati possono rivestire il ruolo di 'parte debole' [91]. Dalle loro decisioni unilaterali non solo possono derivare conseguenze incontrollabili per la vita quotidiana di ciascuno di noi – il che, già, non è poco-, ma può dipendere l'esito di un'elezione politica, se non, forse, addirittura, di una guerra. Il potere politico, colpevolmente, e per troppo tempo, è rimasto a guardare [92]. Al punto di non ritorno al quale siamo giunti, questa posizione 'terza'– in linea con i postulati del neo– e dell'ordo-liberalismo [93] –, deve, a nostro avviso, essere abbandonata [94].

Ma, stante il vuoto di regolazione che circonda la materia, anche il civilista contemporaneo è posto di fronte a nuove sfide: egli non può presentarsi quale mero esecutore di una volontà politica maturata altrove – nel caso di specie: nei consigli di amministrazione delle grandi *Corporations* digitali– occultando, dietro il velo della 'tecnica', la sua rinuncia ad esercitare un ruolo eminentemente politico, che pur gli appartiene [95]. Egli dovrà accettare di assolvere la funzione di vero e proprio scienziato sociale, in grado, da un lato, di fornire al legislatore le conoscenze e gli strumenti concettuali più adeguati ad affrontare le sfide poste dai nuovi poteri digitali, e, dall'altro, dimostrare disposto ad aggiornare il proprio metodo, nutrendolo di quel sapere complesso che guardi ai problemi in una prospettiva rinnovata, e necessariamente orientata all'interdisciplinarità. Operazione doverosa con riguardo all'emergente ''diritto della sorveglianza'': salvo non voler cadere nella fallacia della «familiarità», che, nell'indurci a ricorrere a schemi e categorie note al fine di interpretare fenomeni nuovi, ci rende invisibili le loro caratteristiche inedite, finendo per impedire, di fatto, la loro corretta comprensione [96].

5. – Questa lettura 'interventista' nei confronti del fenomeno su descritto non vanta molti sostenitori. Nel

[91] Lo rileva P. FEMIA, *Nomenclatura del contratto* cit., 282.

[92] Notano F. BERNABÈ e M. GAGGI, *Profeti, oligarchi e spie* cit., 164, come mentre l'Unione Europea, a tutela del consumatore, ha, da un lato, imposto misure di controllo relative a origine e composizione di un prodotto, nonché, dall'altro lato, vietato ogni forma di pubblicità subliminale perché poco trasparente, nel caso di Internet e delle nuove tecnologie queste modalità di intervento non sono mai state prese in considerazione, lasciando alle grandi imprese digitali la possibilità di regolarsi da sé.

[93] Scrive M. D'ERAMO, *Dominio* cit., 121: «[n]on si sottolineerà mai abbastanza quanto il nuovo panorama tecnologico sia definito dall'ideologia neolib». E ancora, ID., *o. c.*, 163, dove, dopo aver analizzato i caratteri peculiari del pensiero ordoliberale (159-162), rileva come lo scopo ultimo cui quell'ideologia mira è lo stesso che connota il capitalismo della sorveglianza: instillare negli individui la mentalità dell'alveare (ovvero: reprimere ogni forma di individualità), automatizzare la società (eliminare ogni forma di legame comunitario). A guardarci intorno (lo ha rilevato, da ultimo, E. SADIN, *La grande secessione*, Roma, 2023), l'obbiettivo sembra essere stato raggiunto.

[94] Nella nostra letteratura è andato sviluppandosi un orientamento (per tutti, si v. T. E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Dir. Inf.,* 2020, 2, 465 ss., in part. 478-481) secondo cui un maggiore impiego delle tecnologie digitali in ambito istituzionale produrrà evidenti benefici per la democrazia. Tuttavia, la letteratura specialistica in materia sembra essere orientata in tutt'altra direzione: secondo S. ZUBOFF, *The* coup *we are not talking about*, pubblicato sul *New York Times* del 29 gennaio 2021, e disponibile all'indirizzo *https://www.nytimes.com/2021/01/29/opinion/sunday/facebook-surveillance-society-technology.html*), possiamo scegliere di vivere in un mondo dominato dai capitalisti della sorveglianza, o possiamo scegliere di vivere in una democrazia: ma non possiamo avere entrambe le cose. Secondo E. SADIN, *Io tiranno*, Roma, 2023) sarebbe proprio l'utilizzo continuo e costante delle tecnologie digitali, per il modo in cui hanno cambiato il modo con cui ciascuno di noi si relazione con il mondo (ID., *o. l. c.*, 96-97), ad aver allontanato gli individui dalla politica, intesa come cura dell'interesse generale.

[95] In piena adesione all'insegnamento di U. SCARPELLI, *L'educazione del giurista*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 1, 7, secondo il quale quella giuridica non è una scienza neutrale che svolge funzioni meramente conoscitive, ma una scienza politicamente compromessa, il cui compito è – anche – quello di elaborare modelli teorici in funzione direttiva.

[96] Sull'importanza dello studio dell'oggetto da regolare per addivenire ad una disciplina efficacie ed adeguata: S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza* cit., 22; Ead., Caveat usor cit., 203.

ISSN 2421-2563



dibattito scientifico contemporaneo, non solo italiano, a prevalere è infatti un approccio di tipo minimalista [97]. Qualche intervento micro-settoriale qua; qualche interpolazione là; l'opportunità di una qualche riconcettualizzazione della materia: certo non un intervento regolativo di ampia portata; nessuna nuova teoria generale del contratto. Bastano le regole esistenti; la loro applicazione alle nuove tipologie di contratti necessiterà di qualche adattamento, magari di qualche forzatura: ma nulla che non sia riconducibile alla legislazione vigente; niente che non sia spiegabile secondo concetti e logiche tradizionali [98].

I rimedi giuridici, almeno sulla carta, ci sarebbero [99]. Il punto è se essi siano utilizzabili nei confronti di contratti che, totalmente o parzialmente, sono impermeabili ad essi. Qui, si vuole essere chiari su questo punto, ad essere in gioco non è questa o quella disfunzione contrattuale, o una qualche alterazione dell'equilibrio concorrenziale: agli appetiti predatori delle *Corporation* digitali porrà un freno il diritto *antitrust*; anche il *self-driving contract* deve rispettare i requisiti di legge perché possa risultare giuridicamente vincolante: le sue clausole non possono essere vessatorie, né i suoi contenuti discriminatori (e se lo sono, l'algoritmo li riformula e sostituisce in accordo alla natura dell'affare e agli interessi delle parti).

Tutto corretto.

Ma fermandosi a questo livello di analisi, si perde di vista il cuore del problema. È chiaro che un contratto cucito su misura delle parti, perché possa essere tale, ha bisogno di conoscere tutto degli individui le cui condotte e interessi andrà a regolare [100]. Senza dati, senza informazioni su tutto ciò che una persona ha detto e fatto, anche in un lontanissimo passato, per quanto un algoritmo possa essere potente e ben allenato, costruire il miglior contratto possibile sarebbe estremamente difficile. I dati sono i nostri, ma chi li controlla e li sfrutta a fini economici, chi ha gli strumenti per costruire gli algoritmi in grado di farli funzionare quali strumenti di modifica del comportamento, sono le grandi *Corporation* digitali, per il tramite dei loro *team* di ingegneri informatici [101].

Si giunge così alle domande fondamentali in proposito: «chi decide? Chi decide chi decide? Chi decide chi decide chi decide?»

Ogni tecnologia è funzione dell'interesse di chi di essa ha il controllo. I contratti predisposti dalle piattaforme, o stipulati per il loro tramite, hanno alla base asimmetrie di potere informatico, fondate sulla raccolta, non sempre trasparente, di informazioni (*Big Data*) e conoscenze, produttive di nuove forme di vulnerabilità e abusi [102]. Si tratta quindi di verificare quali conseguenze tale fenomeno produca sul diritto in generale, e su

---

[97] Rappresentative di questo orientamento ci sembrano le conclusioni espresse nella quasi totalità dei contributi confluiti nel volume *Contratto, contratti e mercato*, da noi più volte citato, e che – pur se in esso non il problema della disciplina dei contratti algoritmici non è mai espressamente tematizzato – ci pare, tuttavia, offrire un ottimo quadro sullo stato dell'arte del dibattito intorno al diritto contrattuale.

[98] Diversamente, tuttavia, A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale* cit., 426, il quale auspica l'adozione di una «nuova Convenzione di Vienna» cui affidare la costruzione di un vero e proprio «*codice* mondiale del contratto algoritmico». Nello stesso senso, già G. GITTI, *Tecnologie digitali, persona e istituzioni*, in questa *Rivista*, 2020, 6, 1244-1245.

[99] O. GRANDINETTI, *Le piattaforme digitali come* ''poteri privati'' *e la censura* on line, in *Riv. It. Inf. Dir*., 2022, 1, 182-184.

[100] A.J. CASEY e A. NIBLETT, *The present and the near future* cit., 19-21, i quali individuano tra i 'contro' dell'adozione di tali nuovi modelli contrattuali proprio i rischi per la *privacy*: dal modo in cui vengono acquisiti, classificati e reimpiegati i dati, nonché, da chi vengono svolte queste operazioni.

[101] Scrive C. CAMARDI, ''Gigantismo'' *e diseguaglianze nell'economia dei dati* cit., 64, come in relazione ai fenomeni di cui ci si sta occupando, sta sempre dietro «una questione di dati»: in ordine alla loro estrazione, raccolta, cessione e trattamento, lunga la filiera di trasformazione ed elaborazione che li riguarda.

[102] S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza* cit., 21: «il capitalismo della sorveglianza opera sfruttando un'asimmetria senza precedenti della conoscenza e del suo potere. I capitalisti della sorveglianza sanno tutto di noi, mentre per noi è impossibile sapere quello che fanno». Sulla disparità di potere contrattuale nell'economia delle piattaforme, si v. G. SMORTO, *La tutela del contraente*



quello dei contratti in particolare, valutando se il ''gioco della progressiva 'algoritmizzazione' del diritto valga (sempre e comunque) la candela''.

Qui il diritto dei contratti e quello della tutela dei dati personali si incrociano [103]. La domanda a questo punto è la seguente: che fine fa la *Privacy* degli individui quando il presupposto di funzionamento di tale tecnologia contrattuale è la sua sistematica violazione? Certo, in Italia opera una legislazione molto avanzata – GDPR – che si occupa di proteggere i dati personali e il diritto alla riservatezza delle parti contraenti. Ma, in primo luogo, le fattispecie in discorso hanno dimensione transnazionale, mentre il campo di applicazione dei meccanismi di tutela cui si sta facendo riferimento non può oltrepassare i confini dell'Unione Europea (salvo stati ad essa esterni, come ad esempio ha fatto Israele, non abbiano acconsentito all'estensione) [104]. In secondo luogo, non è assolutamente certo che esse siano in grado di porre un freno all'espropriazione dei dati personali praticata dal capitalismo della sorveglianza. Gli algoritmi – contrattuali e non – con cui, spesso inconsapevolmente, ciascuno di noi quotidianamente si interfaccia non agiscono soltanto sulla base dei dati che noi – più o meno consensualmente – cediamo quando decidiamo di usufruire di un qualche servizio digitale. Essi operano infatti raccogliendo, ordinando e classificando l'enorme quantità di 'indizi di dati' che lasciamo per strada ogni volta che navighiamo in rete. Si tratta, insomma, di 'dati-ombra', dedotti da quel *surplus* comportamentale che rappresenterebbe il bene-motore del nuovo capitalismo digitale [105]. Ciò che si scambia sul mercato digitale, in altri termini, non sono tanto i nostri dati, quanto le predizioni dei nostri comportamenti – una sorta di c. d. *futures* umani – che potrebbero ipotizzarsi in base ad essi [106]. E poiché la maggior fonte di finanziamento di tali aziende è rappresentata dalla pubblicità, gli utenti vengono indotti a navigare il più possibile, perché così facendo producono più dati; e più dati vengono acquisiti, più predizioni possono essere vendute agli inserzionisti [107].

Rispetto a tale fenomeno le tutele predisposte dal GDPR, oltre che tecnicamente inapplicabili, sarebbero sostanzialmente inutili. All'art. 15, il GDPR stabilisce per ogni soggetto interessato – utente/contraente – il diritto a conoscere l'esistenza di un processo automatizzato in relazione ai suoi dati, nonché quello di ricevere 'informazioni significative' sulla logica utilizzata nel processare quei dati, per meglio valutare le conseguenze derivanti da una tale forma di trattamento. Basandosi tali contratti su protocolli algoritmici complessi, si è indotti a pensare che l'attribuzione agli interessati – quale che sia il loro *status* epistemico– di un diritto alla 'spiegazione' del contenuto contrattuale non risulterebbe idonea a tutelare l'interesse a non vedere i loro dati utilizzati in maniera impropria, né a salvaguardare il valore della trasparenza, di cui è pervasa la legislazione di matrice euro-unitaria degli ultimi decenni. Infatti, pure che le parti si proponessero di esercitare questo diritto, e il suo esercizio andasse a buon fine, senza essere ingegneri informatici, e senza possedere un dottorato in scienza della computazione (e forse neanche allora), difficilmente sarebbero capaci di compren-

---

debole nella platform economy *dopo il Regolamento* UE 2019/1150 *e la Direttiva* UE 2019/2161 (c. d. Omnibus), in FAIRNESS *e innovazione nel mercato digitale*, a cura di V. Falce, 2020, 51-59.

[103] C. CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme* cit., 879.

[104] Lo rileva S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza* cit., 497.

[105] S. ZUBOFF, *o. u. c.*, 499-500. Scrive F. DONATI, *Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di regolamento dell'intelligenza artificiale*, in *Dir. Ue*., 2021, 2-3, 458, come «[i] nuovi *software* basati su meccanismi di autoapprendimento utilizzano anche dati che sfuggono al campo di applicazione del GDPR».

[106] S. ZUBOFF, *o. u. c*., 106.

[107] Che rappresentano i reali interlocutori contrattuali delle piattaforme: S. MARTINELLI, *The vulnerable business user: the asymmetric realtionship between the business user and the platform*, in *Eur. J. Priv & Tech*., 2020, 2, 83: il loro modello di *business* – la cui paternità si deve a Google – è infatti incentrato sull'influenzare i comportamenti dell'utente, al fine di aumentare le probabilità che egli tenga determinate condotte e vendere le percentuali di realizzabilità agli inserzionisti pubblicitari (S. ZUBOFF, *o. u. c.,* 105).

ISSN 2421-2563



dere tanto il 'cosa' quanto il 'come' delle operazioni di negoziazione in cui si sono trovate coinvolte [108].

Il successivo articolo 22 poi, attribuisce ad ogni interessato una sorta di 'potere di veto' nei confronti delle decisioni basate 'unicamente' su un trattamento automatizzato dei propri dati in grado di produrre effetti *significativi* nella sua sfera giuridica. Tuttavia, è lo stesso testo dell'art. 22 a precisare come questo potere di veto non possa essere esercitato là dove questo trattamento automatizzato dei dati sia finalizzato alla stipula o all'esecuzione di un contratto [109]. Nella materia di cui ci sta occupando, le tecniche rimediali previste dal GDPR non ci sono di alcuno aiuto.

Lo scenario non migliora volgendo lo sguardo ai provvedimenti di regolazione delle piattaforme digitali e dell'intelligenza artificiale di matrice europea in discussione [110]. Questi atti sono animati dalla finalità di *policy* alla cui realizzazione è orientato ogni intervento normativo comunitario, ovverosia la creazione di un mercato efficiente. Identica strategia si ritrova anche nel recente Regolamento EU 2050 del 2019: i grandi *Player* privati operanti nei mercati digitali sono liberi di contrattare sui dati personali degli utenti, se tale libertà – che trova la sua fonte nei principi del Trattato – viene esercitata nelle forme ed entro i limiti dettati dalla disciplina posta a protezione dei dati personali. Inoltre, molti dei limiti proposti all'immissione sul mercato di prodotti incorporanti l'intelligenza artificiale valgono per le sole istituzioni pubbliche, ma non trovano applicazione nei riguardi dei soggetti privati, quale che sia la loro dimensione e lo spazio di diffusione. I rimedi previsti dalle discipline di più recente, o si spera prossima, introduzione perseguono una finalità eminentemente regolatoria dei poteri privati, non limitandone o inibendone l'esercizio, quanto – ove ritenuto dannoso – legittimando l'intervento in chiave correttiva delle modalità di utilizzo [111]. La dimensione sanzionatoria emerge soltanto con riguardo alle condotte che potrebbero ostacolare il gioco competitivo degli attori privati nel contesto del mercato unico. Anche in questo caso dunque, emerge una totale indifferenza nei riguardi della protezione dei diritti dei singoli individui [112].

Si impone dunque un capovolgimento di prospettiva, articolabile in una duplice forma: da un lato, in una richiesta di intervento regolativo – a matrice transnazionale – dei poteri privati digitali; dall'altro, in attesa

---

[108] Esponevamo tale posizione in M.J. CATALAN e CL. AMATO, *Novos itinerarios da contrataçao informatica: dao contrato inteligente ao contrato algoritmico*, in *Civilistica*, 2022, 1, 17, nt. 65; sviluppando le critiche a tale forma di tutela già avanzate da S. WACHTER, B. MITTELSTADT e L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not existin the general data protection regulation*, in *Int. Data Priv. L.*, 2017, 2; 76 ss.

[109] F. DONATI, *Diritti fondamentali e algoritmi*, 458, nt. 16. Sul ''potere di veto'' quale possibile contenuto di una situazione soggettiva, si v. M. MORRIS, *The structure of entitlement*, in *Cornell L. Rev.*, 1993, 78, 833-838.

[110] Che qui di seguito menzioniamo, stante la loro connessione con la tematica di cui al testo. Per una loro analisi critica, si v. C. CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme* cit., 884-891, in relazione ai rapporti orizzontali B2c e al nuovo modello di scambi fra beni/dati, e la loro disciplina alla base della direttiva 2019/770 e al GDPR; 891-893, con riguardo ai contratti digitali *peer to peer*; 894-896, in relazione ai contratti di fornitura di beni e servizi *peer to peer*, ma diretti dal gestore della piattaforma. L'indagine è approfondita in Ead., ''Gigantismo'' *e diseguaglianze nell'economia dei dati* cit., in ordine alla legislazione nuova di matrice europea in materia di regolazione delle piattaforme digitali: 65-69 sul Regolamento 2019/1150, in materia di «Equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online»; 69-74 sul Regolamento 2022/2065 (Digital service act), relativo al mercato unico dei servizi digitali; 75-78 sul Regolamento 2022/1925 (Digital market act) volto a garantire equità sui e contendibilità dei mercati digitali; e, infine, 78-80, con riguardo al Regolamento 2022/868 (Data act) che si occupa della *governance* europea del mercato dei dati). In argomento, si v. anche G. SMORTO, *La tutela del contraente debole nella* platform economy cit., 49 ss. Sul c. d. *AI Act*, si v. F. DONATI, *Diritti fondamentali e algoritmi* cit., 457-462.

[111] Questo il giudizio di C. CAMARDI, *o. u. c.*, 69: «Complessivamente, dunque, una *governance* dell'abuso» eventuale «del potere» e con essa «una legittimazione del potere medesimo».

[112] A. GENTILI, *La volontà nel contesto digitale* cit., 702 rileva infatti come, a guardare la più recente legislazione di matrice comunitaria, tra esigenze di mercato e tutela dei diritti fondamentali non vi sia un «vero bilanciamento» quanto piuttosto «una prioritaria legittimazione del mercato dei dati» con pochi, fiacchi e platonici limiti «alla protezione della persona».



che i governi dei diversi stati, accortisi dell'esistenza di questo problema, decidano di intervenire, di un ripensamento della categoria dell'illiceità contrattuale (e, di rimando, di quella di autonomia).

Quanto al primo profilo, sarebbe opportuno procedere in due tappe: in primo luogo, abbandonare la «mistica del consenso» quale precondizione di liceità del trattamento dei dati personali dell'utente/contraente all'interno del mercato digitale. E ciò per due ragioni: in primo luogo, perché il consenso prestato è il più delle volte inesistente: chi naviga su un sito web, chi si registra ad una newsletter o ad un *social network* acconsente ai *cookie* di navigazione o ai termini e condizioni predisposti dalla piattaforma in maniera irriflessa. Si potrebbe obiettare che ognuno è responsabile delle proprie scelte nel momento in cui decide di compiere determinate azioni. In astratto, l'assunto è condivisibile; in concreto è impraticabile. Per acconsentire alle condizioni di navigazione basta un *click*; per conoscerne il contenuto, e decidere se convenirvi o meno, è richiesto tempo – in media, secondo le ultime stime, quarantaquattro minuti [113]– nonché una competenza, giuridica ed informatica, di cui non tutti gli utenti sono in possesso. Meglio sarebbe capovolgere la procedura, rendendo 'aggravato' il procedimento di accettazione e semplificando quello di informazione e decisione [114].

In secondo luogo, perché quando si ha a che fare con diritti che involgono aspetti essenziali della persona, lo strumento del consenso non sembra essere quello in grado di offrire il miglior grado di protezione. Le pratiche messe in campo, nel silenzio della legge, dal capitalismo della sorveglianza sono opache ed inconoscibili. L'individuo – e qui non rileva che sia un consumatore, un professionista o un soggetto pubblico – ne ignora, di regola, i meccanismi di funzionamento, così come le strategie economiche che vi stanno dietro. Il consenso che vi presta è 'meramente' apparente. Egli non sa cosa vi sia veramente in gioco [115]. L'approccio europeo, che asseconda lo sviluppo del mercato dei dati purché «conformato», manca, dunque, il bersaglio [116]. In questo contesto, la protezione del dato non rileva in quanto tale, ma quale precondizione di una piena e autonoma realizzazione del sé, assicurando al singolo individuo la piena facoltà di decidere chi essere, cosa volere e come volerlo. A garantire, in altri termini, la sua libertà epistemica [117].

Perciò, come già da altri suggerito e come già previsto da alcuni documenti internazionali di *soft law* [118],

---

[113] Quarantaquattro minuti per ciascun sito; settantasette giorni al giorno, prendendo a riferimento l'esperienza di navigazione quotidiana di un utente medio americano: O. BEN SHAHAR e L. STRAHILEVITZ, *Contracting over privacy*, in *Journal Leg. St.*, 2016, 2, 54.

[114] Questa la condivisibile proposta di A. GENTILI, *La volontà nel contesto digitale* cit., 706.

[115] A. GENTILI, *o. u. c.*, 704, scrive: «Tranne pochi pignoli, nessuno ''perde'' tempo, quando naviga in Internet, a leggere le informative, rifiutare i *cookies* non necessari, negare il consenso al trattamento delle informazioni non dovute per l'erogazione del servizio richiesto». I soggetti protetti, insomma, sono «i migliori ausiliari di chi li sfrutta».

[116] Scrive infatti S. ZUBOFF, Caveat usor cit., 210, come discutere di diritti sui dati, presupponendo una sorta di loro negozialità in quanto merce, finirebbe per legittimarne il furto. Inoltre, il controllo sui dati che deriverebbe dall'attribuzione di tali diritti non coprirebbe il *surplus* comportamentale. In altri termini, perseverare sulla linea tracciata dal GDPR e dalla legislazione a questo successiva (indicata *supra*, nt. 110), non risolverebbe in alcun modo il problema (così, C. CAMARDI, *o. u. c.*, 83).

[117] S. ZUBOFF, *o.u.c.*, 200-201; 213-214, ossia la libertà a conoscere e decidere chi deve conoscere, e decidere chi deve decidere relativamente a chi debba conoscere.

[118] Si v. in proposito, H.W. MICKLITZ, *Il fascino del diritto privato europeo*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2021, 1, 115-166, il quale – riprendendo le teorie di R. Brownsword – discorre di 'red lines'che non possono e non devono essere superate nell'economia e nella società digitale, per preservare la dignità umana. Quanto ai documenti di *soft law* che proclamano la tutela di tale meta-autonomia, si v., tra gli altri, la Risoluzione del parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante le raccomandazioni alla Commissione in materia di norme civili sulla robotica; alle linee guida *Explaining AI decisions*, curato dall'*Information commissioner's office* britannico in collaborazione con l'Alan Touring *Institute*; senza dimenticare da ultimo il documento *'Call for ethics'* firmato a Roma il 28 febbraio dal governo italiano, dall'Pontificia accademia per la vita, IBM e Fao; gli 'Asilomar AI Principles', sviluppati sotto l'auspicio del *Future of life institute*; la 'Dichiarazione di Montreal per una AI responsabile'; i 'Principi generali' per una AI che abbia come obiettivo prioritario il benessere dell'individuo umano, curato da oltre 250 studiosi e pubblicato, nella sua seconda versione, nel dicembre del 2017; i 'Principi etici in materia di AI, robotica e sistemi automatizzati', predisposti dal gruppo che si occupa di etica della scienza e

ISSN 2421-2563



sembrerebbe opportuno procedere alla codificazione di regole di protezione di tale libertà quale diritto inalienabile [119]. A tale impostazione potrebbe obiettarsi che ogni forma di paternalismo rappresenta una sottrazione di una porzione di libertà. Ma la libertà di decidere di delegare alle 'macchine' chi siamo, cosa vogliamo e perché lo vogliamo incontra un limite al suo esercizio là dove essa giunga al punto di far venir meno il presupposto che ne ha giustificato l'attribuzione [120]. Ed è in relazione alla tutela di una tale 'meta-autonomia' che il ricorso alle regole di inalienabilità ci appare tutt'altro che irragionevole

Da quanto appena detto – e siamo al secondo profilo – ne consegue che il mercato dei *futures* umani, proprio perché confliggente con questi 'nuovi' diritti inalienabili deve essere reso illegale. Le piattaforme non potranno più trarre profitto dalla manipolazione delle condotte degli utenti. Tutte le tattiche con cui tale manipolazione è stata attuata andranno rese 'fuorilegge' [121]. In attesa che i legislatori si mobilitino per legiferare sul punto, sta ai giuristi aggiornare la propria metodologia ed elaborare i giusti rimedi [122] per far fronte alle situazioni di – procurata – asimmetria cognitiva che sta alla base di tale modello economico.

L'autonomia privata è, storicamente, lo strumento al quale gli individui si sono rivolti al fine di regolare da sé i loro interessi, rivendicando un proprio spazio di competenza (normativa) rispetto al quale i terzi, o il giudice, sono (*rectius*: devono essere) lasciati fuori, salvo non vi siano disposizioni (preferibilmente a fattispecie analitica) che autorizzino le condotte dei primi e legittimino i secondi a farvi ingresso. Tale proposizione teorica trova nel nostro ordinamento la sua formalizzazione normativa nel testo dell'art. 1321 c. c.: il contratto è l'accordo tra due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale. Tra loro. Il rapporto contrattuale identifica una relazione binaria. I suoi effetti non si producono – non possono prodursi; non devono prodursi – oltre il perimetro di quella relazione [123]. Nel caso dei modelli contrattuali di cui ci siamo occupati tuttavia, questo postulato pare venir meno. Si è ancora di fronte ad atti di autonomia privata: ma è un'autonomia privata che regola su scala transnazionale miriadi di rapporti contrattuali, imponendo le proprie regole, e mascherando tale imposizione sotto il velo di un consenso che non c'è [124]. Il suo esercizio non è più descrivibile nei termini della creazione di una molteplicità di relazioni private binarie, quanto quale modalità di costituzione di un ecosistema contrattuale autonomo, con le sue regole e con le sue sanzioni, all'interno del quale miliardi di individui si muovono – inconsapevolmente – nella direzione dettata dagli algoritmi, che è quella poi disegnata dalle grandi *Corporations* digitali e dei soggetti terzi cui queste vendono i nostri dati e le predizioni dei nostri futuri comportamenti [125].

---

delle nuove tecnologie e pubblicati dalla Commissione Europea nel marzo del 2018; nonché, infine, il documento sui 'Cinque principi generali per governare la AI', esposti nel *report* della *House of Lords* britannica in materia di intelligenza artificiale, e pubblicato nell'aprile del 2018.

[119] S. ZUBOFF, The coup *we are not talking about* cit., 9 dell'estratto; Ead., Caveat usor cit., 211. Sulla costruzione dei diritti della persona come diritti inalienabili, da ultimo si v. G. PINO, *Il puzzle dei diritti indisponibili*, in *Dir. quest. Pubbl*., 2022, 1, 119 ss., secondo il quale il contenuto di tale tipologia di diritti sarebbe rappresentato dal concetto di 'immunità' intesa in senso hohfeldiano, ossia come impossibilità – per lo stesso titolare della posizione giuridica – di incidere, anche volontariamente, su di essa.

[120] Tale conclusione, che condividiamo, in A. GENTILI, *o. u. c*., 716.

[121] S. ZUBOFF, *o. u. c*., 212-213.

[122] In argomento, si v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale,* IV, *Attività e responsabilità*, Napoli, 2020, 144-154; 297-298; nonché, in altra prospettiva, M. SPANÒ, *Fare il molteplice* cit., 45 ss.

[123] Sul concetto di 'binarizzazione' quale «coazione nella forma binaria del rapporto giuridico civile della pluralità della composizione dei rapporti sociali politici», e per una sua critica, v. P. FEMIA, *Il civile senso dell'autonomia* cit., 7-8.

[124] Ancora P. FEMIA, *o. u. c*., 3, che discorre in proposito di 'autolegislazione', che rappresenterebbe «una forma di dominio» che assume «parassitariamente» il lessico kantiano dell'autonomia per sfruttarne il potenziale di legittimazione. Sul punto, si v. ID., *Autonomia e autolegislazione*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, a cura di S. Mazzamuto e L. Nivarra, Torino, 2016, 11 ss.

[125] Con una differenza di non poco conto, che pare opportuno evidenziare. Rispetto alla normale contrattazione seriale e di massa



La creazione di questi 'ordinamenti privati' supera il vaglio cui è preposto il giudizio di liceità? Probabilmente sì. Ma lo stesso non ci sembra di poter dire dei meccanismi che consentono a tali ordinamenti di funzionare. Meccanismi da considerare illeciti non perché comportino la deviazione da un modello ideale di andamento della vicenda contrattuale, quanto perché quale presupposto del loro funzionamento sta lo sfruttamento della vulnerabilità cognitiva altrui [126]. In attesa di un intervento legislativo, che, ripetiamo, si auspica avvenga su scala globale, perché globale è la dimensione di queste imprese e globale il loro ambito di influenza, due vie possono essere percorse. La prima, quella di utilizzo quali 'strumenti di sovversione intrasistemica' dei principi costituzionali, e dei diritti da essi enucleabili [127]. Vero è che lo schema di protezione per tali interessi cucito dal legislatore costituzionale è stato, storicamente, pensato per salvaguardarli da un'indebita ingerenza di un potere pubblico il quale è rispetto al singolo cittadino posto in una posizione di asimmetria, e non anche per esercitarli nei confronti di un soggetto privato, posto in posizione paritaria [128].

Ma qui non v'è nessuna parità.

Da un lato, c'è chi sa, e che, sulla base di quanto sa, decide cosa gli altri debbano sapere e volere. Dall'altro, moltitudini di utenti, che – inconsapevolmente – acconsentono a questa prassi. L'utilizzo in chiave oppositivo-decostruttiva dei principi costituzionali, potrebbe, una volta messe in evidenza le modalità di funzionamento di questa nuova forma di potere [129], produrre l'effetto di, se non di inibire, quanto meno di rendere più gravosa la loro perpetuazione [130].

Una seconda via è quella di rivolgersi alla buona fede [131], concetto che è stato marginalizzato nei discorsi che si occupano di contrattazione digitale, ma che, anche in questo settore, potrebbe assolvere due funzioni di non poca importanza. La prima è quella interpretativa, utile a far emergere i veri motivi che spingono le

---

attuata per moduli e formulari, all'interno della quale la stipulazione del contratto da parte di uno non produceva alcun effetto (non giuridico, e non micro-economico) su quella, dello stesso tipo, attuata da un altro, relativamente ai contratti della *platform economy* lo scenario muta considerevolmente. In questi contesti contrattuali, e stante il modello di *business* che vi sta dietro (stimolare le interazioni tra utenti al fine di ottenere più dati da monetizzare), ciascuna vicenda contrattuale è *in re ipsa* influente su quella degli altri contraenti. Il che pone in dubbio che la gamma di rimedi elaborata con rispetto ai primi (obblighi di informazione e trasparenza; recesso di pentimento; clausole vessatorie, per dirne alcuni) possa essere utilmente applicata per far fronte alle eventuali criticità prodotte dai secondi.

[126] S. ZUBOFF, *o. u. c.,* 195.

[127] P. FEMIA, *o. u. c*., 44-48. Sui principi quali meccanismi di scardinamento di strutture di potere, si v. ID., *Tre livelli di (in)distinzione tra principi e clausole generali*, in *Fonti, Metodo e interpretazione*, a cura di G. Perlingieri e M. D'Ambrosio, Napoli, 2016, 235. Sulle tecniche di costruzione di diritti (fondamentali) della persona e sulle loro modalità di applicazione ai rapporti di diritto privato, si v. da ultimo F. PIRAINO, *L'applicazione diretta dei diritti inviolabili*, in Liber Amicorum *per* P. Zatti, II, Napoli, 2023, rispettivamente 1280-1281(quanto alla costruzione); e 1285-1286 (in relazione alle modalità applicative).

[128] Sul punto, M. ASMTUTZ, A. ABEGG e V. KARAVAS, *Civil society constitutionalism: the power of contract law*, in *Ind. J. Leg. St*., 2007, 2, 249-251., i quali tuttavia criticano la tesi dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali nei rapporti privati, in favore di una teoria 'discorsiva' degli stessi. Tali diritti, in altri termini, opererebbero come dispositivi di rivendicazione di spazi di autonomia politica nei confronti degli attori transnazionali di mercato (nel nostro caso, le grandi *Corporations* digitali), valorizzando la dimensione politica del contratto (il suo plusvalore: P. FEMIA, *Nomenclatura del contratto* cit., 280-287), e imponendo loro una ricalibrazione dell'esercizio del potere (nello stesso senso, si v. ID., *Against the* 'Pestilential God': Teubner *on Human Rights,* in *Rechfilosofie & Rechtstheorie,* 2011, 3, 264).

[129] P. FEMIA, *Autonomia e autolegislazione* cit., 42.

[130] Magari, riconfigurando a tal fine regole e strumenti originariamente elaborati per fare da argine ad altri abusi di potere e ad altre asimmetrie, come ad esempio fa M. OREFICE, *I* Big Data. *Regole e concorrenza*, in *Pol. Dir*., 2016, 4, 722-733, la quale 'reinterpreta' la nozione di 'abuso di posizione dominante' al fine di frenare lo strapotere di *Google* nel mercato dello sfruttamento dei dati.

[131] È la proposta avanzata da C. GOANTA, *The Ancient Alien: good faith as facilitator of personalized law*, in *Univ. Chi. L. Rev. On line* cit. Ma teniamo a precisare come le due strategie rimediali non siano mutualmente esclusive: v. P. FEMIA, *Tre livelli di (in)distinzione* cit., 249, secondo il quale il principio costituzionale può determinare direttamente la regola del caso, o dislocare tale funzione determinativa alla clausola generale.

ISSN 2421-2563



parti a contrattare, il modello di *business* adottato, il tipo di 'dati' raccolti, nonché l'uso che verrà fatto di quei dati [132]. E ciò al fine di meglio definire le aspettative del singolo utente e costruire pretese e doveri in grado di garantirne la tutela. La seconda, quella di riorientamento delle pratiche impiegate dalle piattaforme della sorveglianza [133]: l'algoritmo di profilazione viene utilizzato a fini commerciali: l'utente potrebbe, per il tramite della buona fede, chiedere – alla controparte, e ove questa opponga un muro di silenzio, al giudice – che esso venga rimodellato [134], ad esempio – e ciò andrebbe a coprire la lacuna di tutela riscontrabile nell'art. 4 GDPR – vietando la raccolta e l'impiego del '*surplus* comportamentale', ovverosia di quei dati che ciascuno di noi dissemina nello spazio digitale ogni volta che accende un *computer* o prende in mano un *smartphone*.

Quale che sia la strada che l'interprete sceglierà di percorrere, il cammino dovrà essere guidato dalla tutela piena della persona, quale valore fondativo dell'ordinamento, in grado di opporre un freno allo strapotere – informativo, economico, politico – dei nuovi 'padroni' del mondo.

6. – La finalità che ha animato la redazione del presente contributo è stata quella di identificare e definire le tattiche della sorveglianza, descriverne le modalità operative, e di mettere in evidenza le possibili ricadute in ambito contrattuale. Dall'analisi svolta, è emerso come le forme di manifestazione di questo potere possono essere così suddivise: raccolta di dati; loro raffinamento a fini di manipolazione del comportamento; vendita a soggetti terzi dei risultati ottenuti mediante tale manipolazione. Queste pratiche, di cui siamo i destinatari inconsapevoli, si sono istituzionalizzate.

La sorveglianza è ovunque, senza che ciò abbia provocato la minima reazione né alcuna forma di resistenza.

La ragione va ricercata nella forma di manifestazione di questo potere [135]. Se fosse stato un organismo pubblico a chiederci di registrare i nostri dati in cambio di servizi, la diffusione della cultura della sorve-

---

[132] Si tratta della funzione interpretativa/costruttiva della buona fede: C. GOANTA, *o. c.*, 5 dell'estratto, la cui proposta interpretativa, pur secondo un percorso argomentativo diverso, giunge al medesimo risultato ci pare pervenire P. FEMIA (*supra*, nt. 129): far emergere le vere 'ragioni' del contratto (oltre a quelle esplicitate nei 'termini e condizioni'), al fine di consentirne la conoscibilità alla parte 'debole' del rapporto, mettendola in condizione di 'sindacarne' la accettabilità, mediante la predisposizione di pretese esercitabili nei confronti della controparte (p. e. chiedendo la non acquisizione o la rimozione di alcuni dati; il disvelamento e l'eventuale proibizione di talune pratiche), direttamente o chiedendo l'intervento giudiziale (il quale, oltre il 'motivo' reale del contratto risultasse, benché unilaterale, illecito, per violazione di un diritto fondamentale, potrebbe addivenire ad una pronuncia di nullità, e/o di risarcimento del danno: su tale punto v. *infra,* nt. 142).

[133] C. GOANTA, *o. c.*, 6 dell'estratto.

[134] In tal senso, nella nostra dottrina, ci pare orientato G. GITTI, *Tecnologia, persona e istituzioni* cit., 1238, là dove discorre di riprogrammazione del *software* algoritmico al fine di riequilibrare la posizione delle parti.

[135] E nel modo in cui il nostro cervello lo percepisce. Secondo alcune teorie affermatisi recentemente in ambito neuroscientifico e psicologico-sociale (sul punto, per tutti, D. KAHNEMAN, *Thinking, fast and slow*, Londra, 2012, 30-52), il nostro cervello opera seguendo due tipi di processi cognitivi: il primo, denominato Sistema I, che induce una reazione comportamentale rapida e automatica ad uno stimolo, non esigente da un punto di vista cognitivo; e un Sistema 2, che, viceversa, offre risposte comportamentali consapevoli e controllate, e che per operare richiede un maggiore sforzo cognitivo. Seguendo una recente analisi di rilettura delle diverse forme di potere in prospettiva foucaultiana (M. BRIGAGLIA, *Potere: una rilettura di* Michel Foucault, Napoli, 2019, 208-284), mentre il potere normativo – quello esercitato dall'autorità pubblica – produrrebbe l'attivazione del sistema 2 (imponendo al destinatario il compimento un diverso numero di attività mentali cognitivamente complesse: cognizione dell'esistenza di un enunciato, o complesso di enunciati, aventi funzione normativa; sua identificazione come norma; sua riconducibilità ad un potere legittimo; decisione se accettare o meno la norma come parametro di valutazione della condotta propria e degli altri, interrogandosi sui suoi profili di utilità e giustizia); il potere governamentale – categoria nella quale facciamo rientrare quello delle piattaforme della sorveglianza – si rivolge-



glianza avrebbe incontrato qualche ostacolo. Basti pensare alle resistenze che, al tempo della Pandemia, i cittadini hanno manifestato nei riguardi dell'*app* di tracciamento 'Immuni', nonostante le finalità positive che, mediante il suo utilizzo, si volevano perseguire. Nessuno vuole che il potere pubblico entri, con i propri comandi e i propri divieti, nella sua vita privata. Diverso è quando quella condivisione di informazioni viene offerta spontaneamente dal singolo. Nessuna resistenza quando servizi analoghi vengono offerti, *gratuitamente*, dai soggetti privati. Nessuna ritrosia ad utilizzare le applicazioni preinstallate sui nostri *smartphone*. Nessun senso di costrizione quando ci viene detto che se non acconsentiamo ad alcuni termini e condizioni, al dispositivo verrà, da remoto, impedito di funzionare. Lo scambio ci sembra logico: tu mi consenti di navigare in rete, di scambiare messaggi, di inviare foto e video, di raggiungere posti di cui non mi è ben chiara l'ubicazione, ed io ti permetto di entrare nel mio telefono, di conoscere i miei numeri in rubrica, la mia posizione, i miei dati personali.

Nessuna percezione di sentirsi controllati.

Quando ognuno è contemporaneamente soggetto osservatore e soggetto osservato, il controllo 'esterno' non serve. Siamo diventati il 'Grande fratello' di noi stessi [136]. Ordinarci o vietarci di, rispettivamente, fare o non fare qualcosa sarebbe controproducente. Ce ne accorgeremmo, e svilupperemmo una qualche reazione, una qualche pratica di resistenza. Dunque, si è preferito puntare su un'altra strategia. Il cervello umano è avido di distrazioni. Se gli vengono offerte, per di più 'gratuitamente', strumenti per ottenerle, gli individui-utenti si comporteranno, inconsapevolmente, come desiderato da chi possiede gli strumenti e le tecniche per attuare il controllo. Si penseranno liberi, pur senza esserlo. Il potere, nella società post-disciplinare infatti, non si manifesta, come in passato, dettando obblighi e divieti, ma mediante permessi [137]: il permesso a navigare, il permesso a produrre e condividere contenuti (musica; foto; video), il permesso ad acquistare, il permesso a comunicare, continuamente. Ed è così che, senza accorgercene, l'esercizio della libertà si trasforma in una *coazione* ad essere liberi.

I capitalisti della sorveglianza hanno elaborato un modello di *business* che si fonda su (e che promuove l'esercizio di) queste libertà: perché più noi le esercitiamo, più dati vengono prodotti e più loro possono – direttamente o indirettamente – monetizzarli. Così facendo, riescono a conoscere tutto degli utenti, anche meglio di quanto questi non conoscano loro stessi. Sanno cosa gli piace, cosa gli serve. E anzi, sono loro stessi, approfittando della situazione di vulnerabilità cognitiva in cui quelli versano, a determinare cosa gli piace e cosa gli serve. L'algoritmo comanda ciò che deve essere e predice ciò che sarà. Le possibilità di azione diventano scelte obbligate [138].

Siamo, evidentemente, all'eterogenesi dei fini: un'ideologia animata da uno spirito libertario che si trasforma, per fini economici, nel più grande strumento di organizzazione sociale che la storia abbia mai conosciuto [139].

---

rebbe al sistema 1, scatenando risposte irriflesse e inconsapevoli (A. SCERBO, *Sovranità liquida e prove di autonomia*, in *Ragion pratica*, 2022, 2, 576, parla di «istantaneità aproblematica»). Ecco spiegate le resistenze a scaricare un'*app* di 'controllo' di origine pubblica, e l'assenza di obiezioni all'esproprio di dati effettuato da algoritmi di proprietà di aziende private: del primo ci accorgiamo; del secondo no.

[136] Parafrasando P. FEMIA, *Autonomia e autolegislazione* cit., 39, il quale così scriveva: «Non c'è un esercito di sorveglianti, poiché ciascuno è divenuto sentinella di sé stesso».

[137] M. D'ERAMO, *Dominio* cit., 19-124, il quale rileva come una forma di potere non escluda l'altra: nel contesto attuale potere normativo, potere disciplinare e potere post-disciplinare convivono. Solo che, per le ragioni poste in evidenza nella nota 135, noi percepiamo solamente i primi due.

[138] Mancando, in una legislazione (e contrattazione) a base algoritmica, lo iato tra essere e dover essere: P. FEMIA, *Contratto senza lingua comune*, in *Contratto, contratti e mercati* cit., 300.

[139] Se è vero che, come scriveva il critico letterario Cesare De Michelis, i saggi spiegano le cose, ma sono i romanzi che le fanno

ISSN 2421-2563



Trapiantare la logica del capitalismo digitale nel campo del diritto, pubblico o privato che sia, potrebbe comportare dei costi molto alti per i diritti e le libertà dei cittadini [140]. L'attività di profilazione sistematica realizzata dalle piattaforme digitali della sorveglianza per i propri fini commerciali, una volta che venisse reimpiegata dal legislatore quale strumento di regolazione delle condotte individuali al fine di dar valore alle peculiarità di ogni singolo caso concreto, potrebbe agevolare una sorta di conformismo tra i destinatari delle norme [141], sopprimendo ogni forma di pluralità, e così pregiudicando la stessa efficienza del sistema, che ne perderebbe in dinamicità. Lo stesso accadrebbe nella contrattazione privata in quanto, una volta operante il modello *«personalizzato»*, gli individui finirebbero, sul lungo periodo, per nutrire i medesimi interessi, che ciascuno finirà, necessariamente, per realizzare nelle stesse forme e modalità.

Non si vuol far passare l'idea che ogni esercizio di potere da parte delle piattaforme digitali o ogni iniziativa economica cui tale esercizio ha dato luogo sia da condannare [142]. Quanto dire che una malintesa estensione della libertà di potere può comportare distorsioni nelle regole democratiche [143]. Le nuove forme di potere, per imporsi, possono fare a meno delle armi, se hanno i dati; dei militari, se hanno ingegneri informatici e psicologi in grado di utilizzare quei dati per il proprio tornaconto.

In questo contributo abbiamo provato a disegnare un modello teorico insieme esplicativo dei fenomeni descritti e prescrittivo con riguardo agli strumenti reputati idonei a concettualizzarli e regolarli.

Un diritto interamente algoritmico è ancora al di là da venire. Ma le distopie hanno lo scopo di evitare che le condizioni immaginate si realizzino. Alcune sue manifestazioni infatti, sono già in circolazione. Sembra arrivato il momento, per il legislatore e per l'interprete, di prenderne coscienza ed affrontarle. Per non farsi trovare, ancora una volta, impreparati.

Mutare la prospettiva di indagine, ribaltare il punto d'osservazione.

Smettere di guardare la realtà con le lenti disegnate dai mercanti della sorveglianza.

Per non condannarci ad una visione (solo) algoritmica della Cattedrale.

---

capire, in ordine a quanto su nel testo, sembra opportuno riportare le parole che G. DA EMPOLI, *Il mago del Cremlino*, Milano, 2022, 222, fa pronunciare a Baranov, protagonista del suo romanzo: «Bisognerebbe sempre guardare alle origini delle cose. Tutte le tecnologie che hanno fatto irruzione nella nostra vita nel corso degli ultimi anni hanno un'origine militare. I computer sono stati sviluppati durante la seconda Guerra mondiale per decifrare i codici nemici. Internet nasce come mezzo di comunicazione in caso di guerra nucleare, il GPS per localizzare le unità di combattimento e così via. Sono tutte tecnologie di controllo, concepite per asservire, non per rendere liberi. Solo una banda di californiani strafatta di LSD poteva … immaginare che uno strumento inventato dai militari potesse trasformarsi in un veicolo di emancipazione. E il bello è che ci hanno creduto in tanti». Forse, aggiungiamo, è arrivato il momento di sviluppare una qualche forma di ateismo.

[140] H. EIDENMULLER, *Why personalized law?* cit., 8-10, il tentativo di rendere la società perfettamente efficiente, presupposto dalle teorie che patrocinano l'algoritmizzazione del diritto, rappresenterebbe l'anticamera del totalitarismo. Un totalitarismo nuovo: senza campi di sterminio, senza purghe, senza armi, ma all'interno del quale l'essere umano, per non dover sopportare il peso della responsabilità (della scelta, della critica, dell'azione), ha rinunciato a frammenti della propria libertà.

[141] S. ZUBOFF, Caveat usor cit., 194. Ed è qui – per usare un lessico *foucaultiano* (che riprendiamo da M. BRIGAGLIA, Foucault*: il potere oltre le regole* cit., p. 273 – che si assiste al passaggio dal potere disciplinare, che ha come finalità primaria quella di addestrare i suoi destinatari, a quello governamentale, il quale si manifesta mediante «''la creazione e/o il mantenimento di condizioni in presenza delle quali certe azioni di una pluralità di individui si assesteranno (…)spontaneamente nel modo valutato come maggiormente ottimale''».

[142] P. FEMIA, *Autonomia e autolegislazione* cit., 100.; ID., *Nomenclatura del contratto* cit., 292, nt. 73, dove –in una prospettiva che distingue tra contratto e contrattazione– un elenco di alcune delle possibili combinazioni di valutazioni giuridiche che potrebbero riguardare tale tipologia di contratti (valido/non dannoso; invalido/non dannoso; valido/dannoso; invalido/dannoso).

[143] A. SCERBO, *Sovranità liquida* cit., 577.



SIMONA SCUDERI

Assegnista di ricerca in Diritto privato – Università degli Studi di Messina

TUTELA DEL RISPARMIATORE E POLIZZE *UNIT LINKED*. LE QUESTIONI ANCORA APERTE DOPO LE DECISIONI DELLA CGE

SOMMARIO: *1. Sul confine tra causa assicurativa e causa finanziaria: il caso delle polizze Unit Linked. – 2. I problemi di tutela del risparmiatore nei contratti collettivi di assicurazione Unit-Linked. – 3. Il consumatore che aderisce ad un contratto di assicurazione collettivo può essere definito "parte contraente"? – 4. Il contenuto degli obblighi di informazione nei contratti Unit – Linked. – 4.1. (Segue). L'importanza del tempo dell'informazione. – 5. La responsabilità dell'intermediario assicurativo in caso di violazione degli obblighi di informazione. – 6. Conclusioni.*

1. – I contratti *Unit-linked* rappresentano una categoria negoziale intorno alla quale sono sorte diverse questioni per il particolare atteggiarsi dell'elemento causale, che presenta elementi di natura assicurativa e allo stesso tempo carattere spiccatamente finanziario [1].

Le *Unit-Linked*, infatti, sono contratti collettivi di assicurazione sulla vita che attuano un investimento finanziario, ragion per cui la prestazione assicurativa diventa strettamente connessa all'andamento delle quote di fondi di investimento. In pratica, l'assicurato effettua il versamento di premi regolari, come per una polizza tradizionale, ma la rendita o controprestazione finale dipende dal valore dei fondi di investimento in cui i suddetti premi sono stati convertiti. Ciò, espone il risparmiatore ai rischi connessi agli investimenti medesimi. Sebbene la *Unit-Linked* abbia uno scopo previdenziale, se al momento del riscatto le quote dei fondi hanno perso parte del loro valore iniziale, l'assicurato potrebbe ottenere una controprestazione di valore negativo con conseguente perdita di una percentuale del capitale investito.

Gli aspetti che caratterizzano le *Unit-linked* hanno sollevato diverse questioni circa la loro riconducibilità nell'alveo dei contratti di assicurazione, poiché, come è stato osservato, si tratta di polizze a capitale variabile e i rischi non sono connessi alla vita dell'assicurato ma all'andamento di strumenti e mercati finanziari.

[1] Sul tema si rinvia, senza pretesa di esaustività, a LUCCHINI GUASTALLA, *La polizza "unit linked" tra causa finanziaria e causa assicurativa*, in *La Nuova Giur. civ. comm*., 2019, I, 983 ss.; CASÀ, *Sulla natura giuridica della c.d. polizza* unit linked, in *Corr. giur.*, 2021, 223 ss.; MARINO, *Il contratto di investimento assicurativo all'intersezione tra ordinamento assicurativo e finanziario*, in *Jus civ.*, 2020, 1595 ss.; LANDINI, *Sulla validità/invalidità delle polizze "linked"*, in *Giur. it.* 2019, 1024 ss.; BERTI DE MARINIS, *La natura delle polizze assicurative a carattere finanziario e la tutela dell'assicurato-investitore*, in *Resp. civ. e prev*., 2018, 1525 ss.; RIVA, *La natura delle polizze vita cd. "linked", tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in *Assicurazioni*, 2020, I/II, 190 ss.; PIRAS, *Le polizze variabili nell'ordinamento italiano*, Milano, 2011; GUADAGNO, *La natura delle polizze unit linked e la disciplina applicabile*, in *La Nuova giur. civ. com*., 2/2011, 155 ss.; CORRIAS, *Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle polizze linked: la riproposizione di un tema*, nota a Trib. Milano, 16.04.2015, in *Banca, borsa, tit. cred*., 2015, II, 457 ss.; ALBANESE, *Le polizze linked tra assicurazione sulla vita e prodotti finanziari*, in *La Nuova giur. civ. com.*, 1/2016, 1572 ss.

ISSN 2421-2563



Tale circostanza incide sull'elemento principale che traccia la linea di confine tra prodotto assicurativo e prodotto d'investimento: la garanzia del capitale investito [2].

La questione sulla natura giuridica delle *Unit-linked* è stata al centro del dibattito e ha sollevato notevoli contrasti nel panorama dottrinale e giurisprudenziale [3] in quanto si è posto il problema di individuare la causa di tali fattispecie negoziali, al fine di delinearne la regolamentazione e di capire se applicare la normativa propria dei contratti assicurativi o considerali negozi di natura finanziaria.

In dottrina si sono formate due correnti di pensiero. Secondo una prima ricostruzione il contratto avrebbe natura esclusivamente assicurativa in quanto realizzerebbe il sinallagma tipico dei negozi assicurativi, ovvero il versamento del premio da parte dell'assicurato in cambio della prestazione dell'assicuratore in caso di decesso o di sinistro dell'assicurato. La componente finanziaria non inciderebbe sulla natura della polizza alla quale resterebbe attribuita la sua funzione assicurativa, considerata la stretta connessione della prestazione assicurativa con il rischio demografico – assunto dall'assicuratore– che funge da elemento sostanziale dei contratti di assicurazione sulla vita [4]. Di conseguenza dovrebbe ritenersi applicabile la normativa contenuta nel codice civile.

Secondo un diverso filone dottrinale, le *Unit-linked* rappresenterebbero un vero e proprio negozio di natura finanziaria e sarebbero, pertanto, riconducibili all'alveo dei contratti di investimento [5], in quanto l'operazione di capitalizzazione dei premi versati dall'assicurato qualificherebbe le polizze quali veri e propri stru-

---

[2] Sulla distinzione tra polizze *linked* e prodotti assicurativi la giurisprudenza si è pronunciata a più riprese, individuando la linea di confine tra prodotti finanziari e prodotti assicurativi nella garanzia dell'integrità del capitale investito. In particolare, è stato evidenziato dalla giurisprudenza di merito che «per aversi una funzione di tutela previdenziale, e, dunque, per potersi qualificare come polizza vita, il contratto deve prevedere quale obiettivo minimo, in caso di decesso, la conservazione integrale del capitale. Per contro, la previsione di un rimborso, in caso di morte, in misura inferiore al capitale versato– con l'alea di non potersi vedere riconosciuto alcun rimborso in caso di default dell'emittente, o un rimborso irrisorio in caso di andamento negativo dei titoli– è incompatibile con lo strumento della assicurazione sulla vita quale forma di assicurazione privata» (Trib. Firenze, n. 852/2020). In dottrina, sul tema, cfr., CAPRIGLIONE, *Le polizze* "Unit linked"*: prodotti assicurativi con finalità di investimento (parere* pro veritate *reso in data 31.3.2014)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 426 ss.; CORRIAS, *Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle polizze* linked*: la riproposizione di un tema*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2015, 458; FRANZONI, *L'assicurazione tra i contratti aleatori*, in *Contr. e impr.,* 2011, 47 ss.; LENER, *L'offerta al pubblico di fondi pensione, polizze assicurative e strumenti finanziari, in prospettiva italiana e comparata*, in *Contr. e impr./Europa*, 2006, 495 ss.; ID., *Il prodotto assicurativo fra prodotto finanziario e prodotto previdenziale*, in *Dir. econ. ass.*, 2005, 1236 ss.; ID, *Il prodotto "assicurativo" fra prodotto "finanziario" e prodotto "previdenziale"*, in *Diritto ed Economia dell'Assicurazione*, 2005, 4, 1233 ss.

[3] Il problema sta nel fatto che fronte dell'obiettivo di investimento perseguito dal contraente, si colloca una prestazione dell'assicuratore non più certa, come nell'assicurazione vita tradizionale, bensì variabile, in quanto il risultato conseguito dall'attività di investimento svolta dall'impresa di assicurazione determina la misura degli impegni dell'impresa stessa. Sul tema, senza pretesa di completezza, cfr. CORRIAS, *La natura delle polizze linked tra previdenza, risparmio e investimento*, in *Assic*., 2016, I, 225; e da ultimo, ID., (nt. 6), 24 ss. e 92 ss.; ID., *I prodotti assicurativo-finanziari: genesi ed evoluzione*, in *Assic*., 2021, 581 ss.; LANDINI, *L'assicurazione sulla vita*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Roppo, V, Mercati Regolati, Milano, Giuffrè, 2014, 589; PIRAS, *Le polizze variabili nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2011; VOLPE PUTZOLU, *Le polizze Unit Linked e Index Linked*, in *Assic*., 2000, I, 233 ss.; ID., *Le polizze linked tra norme comunitarie, Tuf e codice civile*, ivi, 2012, 399 ss.; GIAMPAOLINO, *Le assicurazioni, l'impresa, i contratti*, in *Tratt. Dir. comm*., Sez. III, Vol. 3, Torino, 2013; FARENGA, *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, 6, Torino, Giappichelli, 2019, 83 ss.; v. anche la rassegna *Le linked life policies*, a cura di BET, in *Società,* 2012, 318 ss.

[4] Sostengono la tesi della natura assicurativa delle polizze Unit-linked, G. VOLPE PUTZOLU, *Le polizze Unit e Index Linked*, in *Assicurazioni*, 2000; S. GUADAGNO, *La natura delle polizze unit linked e la disciplina applicabile*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2011, 3, 155 ss.

[5] In tal senso, cfr. A. GAMBINO, *La responsabilità e le azioni privatistiche nella distribuzione dei prodotti finanziari di matrice assicurativa e bancaria*, in *Riv. dir. soc*., 2007, fasc. 2, pt. 1, 2 ss.; SALANITRO, *Prodotti finanziari assicurativi collegati ad obbligazioni Lehman Brothers*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 2009, 491 ss.; ALPA, *I prodotti assicurativi finanziari,* in *Il nuovo codice delle assicurazioni*, a cura di Amorosino-Desiderio, Milano 2206, 77 ss.; GALGANO*, "Il prodotto misto" assicurativo*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 1988, I, 91 ss.



menti finanziari data l'assenza di garanzia di conservazione e restituzione del capitale alla scadenza del contratto. Pertanto, sarebbe fortemente avvertita la necessità di affiancare, alla disciplina di settore, quella scaturente dalle regole del mercato mobiliare ed in particolare dal T.U.F. rivolte alla protezione degli investitori.

Il quadro giurisprudenziale appare ancora più articolato. Infatti la giurisprudenza in un primo momento, accogliendo le sollecitazioni di una parte della dottrina, ha avallato la tesi della natura finanziaria delle *Unit-linked* poiché la previsione di un rimborso inferiore al capitale versato in caso di morte appariva incompatibile con lo scopo previdenziale che persegue il contratto di assicurazione sulla vita [6]. Successivamente, ha elaborato la tesi del contratto misto [7], che tiene in considerazione sia la causa assicurativa che quella finanziaria, anche alla luce dell'evoluzione economica del mercato e delle nuove istanze dei consumatori che hanno condotto all'utilizzo sempre più intenso di prodotti assicurativi più invitanti sul piano della redditività quali sono apparse le polizze *Unit-linked* che prospettano, oltre ai rischi, possibili eventuali rendite superiori al capitale iniziale investito [8].

---

[6] Al riguardo, la Corte di legittimità, nell'ordinanza n. 10333/18, aveva affrontato, seppur in via incidentale, la spinosa questione sulla natura delle polizze *Unit linked*, prodotti assicurativi a elevata componente finanziaria il cui rendimento è collegato all'andamento di sottostanti quali quote di *Oicr* o di fondi interni. Nella fattispecie, i Giudici avevano negato la qualifica di prodotto assicurativo ad una *Unit linked*, attesa l'assenza di garanzia di conservazione e restituzione del capitale alla scadenza del contratto. Nello stesso senso, anche la giurisprudenza di merito rilevava la natura aleatoria ed il rapporto di interdipendenza tra premio e rischio demografico, nonché l'allocazione del rischio esclusivamente in capo all'assicurato e, pertanto, negava la qualifica di prodotto assicurativo delle polizze *Unit linked*. Sul punto, cfr. Corte d'Appello di Milano, 10 dicembre 2018, n. 5608.

[7] Cfr. Cass., sez. III, 5 marzo 2019, n. 6319, nella quale si legge che «nelle polizze *Unit linked*, caratterizzate dalla componente causale mista (finanziaria ed assicurativa sulla vita), anche ove sia prevalente la causa "finanziaria", la parte qualificata come "assicurativa" deve comunque rispondere ai principi dettati dal codice civile, dal codice delle assicurazioni e dalla normativa secondaria ad essi collegata con particolare riferimento alla ricorrenza del "rischio demografico" rispetto al quale il giudice di merito deve valutare l'entità della copertura assicurativa che, avuto riguardo alla natura mista della causa contrattuale, dovrà essere vagliata con specifico riferimento all'ammontare del premio versato dal contraente, all'orizzonte temporale ed alla tipologia dell'investimento». L'ago della bilancia, quindi, è rappresentato dal rischio demografico. Sul punto, è stato osservato in dottrina che al fine di individuare la qualificazione giuridica del contratto, è necessario distinguere le ipotesi ove nel contratto sia previsto che la prestazione possa anche essere inferiore rispetto al premio versato, da quelle in cui sia garantita all'assicurato almeno la somma versata al momento della sottoscrizione. In tal senso, cfr. IRRERA, *L'assicurazione sulla vita*, in *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, in *Trattato di diritto commerciale*, dir. da G. COTTINO, X, Torino, 2001, 254 ss.; CORRIAS, *Le assicurazioni sulla vita*, in *Trattato di Dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, già diretto da L. Mengoni e P. Schlesinger e continuato da V. Roppo e F. Anelli, Milano, 2021, 11 ss.; GUFFANTI, *Le polizze "Unit linked": un contratto a causa mista*, in *Società*, 2019, XII, 1401 ss.; LA FATA, *Causa in concreto delle polizze c.d. linked, rischio demografico «effettivo» e funzione previdenziale dell'assicurazione privata*, in *Giur. comm*., 2021, 592 ss. Tale orientamento ha avuto seguito anche nella giurisprudenza di merito. Sul punto cfr. Trib. Milano, 21 dicembre 2009, in *Foro It.*, 2010, 5, I, 1627; Trib. Parma, 10 agosto 2010, n. 1107, in *Nuova Giur. Comm.*, 2011, 189 con nota di C. PALMETOLA, *Sulla pignorabilità delle polizze index linked*; Trib. Ferrara, 25 giugno 2011, n. 1020, con nota di R. CAVALLI, *Polizze linked: contratti di assicurazione o contratti di investimento*, in *www.dirittobancario.it*; Trib. Gela, 2 marzo 2013, in *Dir. giust.online*, 2013, 29 marzo; Trib. Napoli, 17 aprile 2013, n. 5060, in *Banca Borsa*, 2014, 4, II, 445; Trib. Milano, 16 aprile 2015, n. 30127, in *Banca Borsa*, 2015, 4, II, 449 e segg., con nota di P. CORRIAS, *Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle polizze linked: la riproposizione di un tema*; Trib. Bologna, 6 luglio 2015, n. 2146, in Redazione Giuffrè.

[8] Sulla riconducibilità delle *Unit – Linked* al contratto misto, cfr. in dottrina, Al riguardo, cfr. GALGANO, *"Il prodotto misto" assicurativo finanziario*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988, I, 91 ss.; GAMBINO, *Finalità e tendenze attuali delle assicurazioni sulla vita (Le polizze vita come prodotti finanziari)*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, I, 104 ss.; ID., *La prevenzione nelle assicurazioni sulla vita e nei nuovi prodotti assicurativo-finanziari*, in *Assicurazioni*, 1990, I, 28 ss.; LANDINI, *Sulla validità/invalidità delle polizze "linked"*, in *Giur. it*., 2019, 1020 ss.; MOLINARI, *Il prodotto misto assicurativo-finanziario*, in *Resp. civ. e prev.*, 1992, 297 ss.; CORRIAS, *Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle polizze linked: la riproposizione di un tema,* cit., 458 ss.; MOLINARI, *Il prodotto misto assicurativo-finanziario*, in *Resp. civ. e prev.*, 1992, 297 ss.; CASÀ, *Sulla natura giuridica della c.d. polizza unit linked*, in *Corr. Giur*., 2021, 223 ss. mette in evidenza un orientamento dottrinale secondo il quale «l'idea per cui il rischio demografico – e cioè la relazione di interdipendenza fra la quantificazione dell'indennizzo dovuto dall'assicuratore e la valutazione della durata della vita dell'assicurato – sia presupposto imprescindibile della *life-insurance policy*, rappresenta un mito "da sfatare", sicché, in tale prospettiva, le polizze c.d. variabili (quali le *linked*), sebbene non caratterizzate dal menzionato rischio demografico, sarebbero comunque

ISSN 2421-2563



Sul versante europeo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha assunto una netta posizione a favore della natura assicurativa delle polizze *Unit-Linked*[9] e ha messo in luce come la prevalente componente finanziaria non comprometta la natura assicurativa della causa del contratto, in quanto ad essere determinante nella definizione della qualificazione del contratto di assicurazione è la circostanza che l'assicuratore si impegna, a fronte del versamento di un premio, a procurare all'assicurato, in caso di realizzazione del rischio – nel caso di polizze sulla vita il rischio si identifica con il decesso – o di sopravvivenza al termine del periodo di assicurazione, la prestazione convenuta all'atto della stipula del contratto. Di conseguenza, l'operazione appena descritta risponderebbe perfettamente al sinallagma tipico del contratto di assicurazione, a prescindere dal fattore d'investimento che può determinare o incidere sulla valutazione della convenienza dell'operazione sottesa all'accordo negoziale.

Negli ultimi tempi, nell'ordinamento italiano, si è registrata un'apertura verso il riconoscimento della natura assicurativa dei contratti *Unit-Linked*, sia per la significativa influenza dell'orientamento della giurisprudenza della CGE, sia per la diretta applicabilità del regolamento UE n. 1286/2014 relativo ai documenti contenenti le informazioni chiave per i prodotti d'investimento al dettaglio e assicurativi (c.d. Reg. PRIIP) che riconduce a pieno titolo nella nozione di contratto assicurativo le polizze in questione [10].

Tuttavia, la giurisprudenza di legittimità –sebbene abbia superato il rigore dell'orientamento secondo il quale il contratto di assicurazione per essere tale deve recare la garanzia del capitale versato alla scadenza– non apre *sic et simpliciter* la categoria dei contratti assicurativi alle polizze *Unit-linked*, in quanto data la circostanza che la prestazione dell'assicuratore è influenzata in tutto o in parte dall'andamento del mercato fi-

---

riconducibili nel tipo negoziale assicurativo». Sul punto, si rinvia a VOLPE PUTZOLU, *Le polizze* Unit Linked *e* Index Linked, in *Assicurazioni*, 2000, I, 234-235.

[8] Segnatamente, l'art. 4 del reg. UE n. 1286/2014, relativo ai documenti contenenti le informazioni chiave per i prodotti d'investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati (reg. PRIP), definisce quale "prodotto d'investimento assicurativo: un prodotto assicurativo che presenta una scadenza o un valore di riscatto e in cui tale scadenza o valore di riscatto è esposto in tutto o in parte, in modo diretto o indiretto, alle fluttuazioni del mercato". Per ricostruire un quadro completo sulla disciplina applicabile ai prodotti d'investimento assicurativi con particolare riguardo alle polizze *unit linked*, si rinvia, tra gli altri, a ANTONUCCI, *I contratti di mercato finanziario*, Pacini, 2018.

[9] La CGE con sentenza 31 maggio 2018 resa nella causa C-542/16 (*Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag vs. Dödsboet efter Ingvar Mattsson* e altri), la CGUE aveva già affermato che un contratto di assicurazione sulla vita di capitalizzazione, per rientrare nella nozione di «contratto di assicurazione», di cui all'articolo 2, punto 3, della Direttiva UE 2002/92, deve prevedere il pagamento di un premio da parte dell'assicurato e, in cambio di tale pagamento, la fornitura di una prestazione da parte dell'assicuratore in caso di decesso dell'assicurato o del verificarsi di un altro evento di cui al contratto in discorso. In altri termini, il sinallagma assicurativo consiste esclusivamente nel binomio versamento del premio/prestazione in caso di sinistro, senza che in esso possano né debbano entrare valutazioni circa l'allocazione del rischio finanziario relativo ai fondi (direttamente o indirettamente) sottostanti la polizza. Ma il *leading case* risale alla sentenza della Corte di Giustizia UE del 2012, n. 166/11, nota come "Sentenza Gonzalez Alonso", con la quale la CGE ha affermato la piena natura assicurativa delle polizze Unit Linke, qualificandole quali assicurazioni sulla vita nel senso stretto dei termini. Al riguardo, è stato posto in evidenza come le polizze legate all'andamento di indici finanziari ovvero connesse a fondi di investimento "sono normali in diritto delle assicurazioni". L'orientamento della giurisprudenza europea si poneva in aperto contrasto con le tesi elaborate dalla giurisprudenza di legittimità. Infatti la Corte di Cassazione nel 2018 con sentenza n. 10333 aveva statuito che le polizze senza capitale garantito dovessero essere considerate alla stregua di contratti di investimento, destando preoccupazione nel mercato assicurativo, stante il rilevante apporto che le polizze rientranti in tale categoria (*Unit e Index linked*) conferiscono al fatturato complessivo del settore vita.

[10] Segnatamente, l'art. 4 del reg. UE n. 1286/2014, relativo ai documenti contenenti le informazioni chiave per i prodotti d'investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati (reg. PRIP), definisce quale "prodotto d'investimento assicurativo: un prodotto assicurativo che presenta una scadenza o un valore di riscatto e in cui tale scadenza o valore di riscatto è esposto in tutto o in parte, in modo diretto o indiretto, alle fluttuazioni del mercato". Per ricostruire un quadro completo sulla disciplina applicabile ai prodotti d'investimento assicurativi con particolare riguardo alle polizze *unit linked*, si rinvia, tra gli altri, a Antonucci, *I contratti di mercato finanziario*, Pacini, 2018.



nanziario, il beneficiario potrebbe ricevere un importo notevolmente inferiore rispetto alla somma versata al momento della sottoscrizione o non riceverlo affatto. Ed è proprio l'assenza della garanzia alla restituzione del capitale investito che sembra allontanare le polizze in esame dalla sfera previdenziale, propria dei negozi assicurativi, avvicinando le operazioni ad esse sottese a dei veri e propri investimenti finanziari.

Infatti, com'è stato evidenziato dalla Corte di Cassazione, se la componente vita e di investimento risulta preponderante rispetto a quella demografica-previdenziale tipica delle assicurazioni sulla vita c.d. "tradizionali" di cui all'art. 1882 c.c., si è in presenza di polizze vita a contenuto finanziario in quanto caratterizzate dal rischio finanziario [11].

Il prodotto assicurativo, invece, per essere tale, non può prescindere dalla presenza del rischio demografico. Occorre, cioè, che si realizzi il sinallagma tipico del contratto di assicurazione in forza del quale a fronte del pagamento del premio da parte dell'assicurato corrisponde la fornitura di una prestazione da parte dell'assicuratore il quale si assume il rischio demografico per il caso vita [12].

Appare evidente la difficoltà, nel contesto della giurisprudenza italiana, a superare l'*impasse* con riferimento al rischio demografico che invece, nel panorama normativo europeo, viene ridefinito conformemente al tipo di contratto stipulato e nel caso di prodotti di investimento assicurativo –quali, nella specie, i contratti *Unit-linked* –, si considera influenzato dalle oscillazioni di mercato e posto a carico del sottoscrittore, senza che ciò incida sulla natura del contratto che resta comunque assicurativa.

2. – L'attenzione verso la tutela del risparmiatore nei contratti di assicurazione collettiva *Unit-Linked* è rafforzata da due recenti decisioni della Corte di Giustizia Europea [13] che è intervenuta per risolvere alcune

[11] Sul punto, cfr. Cass. 22.10.2021, n. 29583, ove viene ribadito che il rischio finanziario, proprio delle polizze unit-linked, allontana tali tipi di polizze dai prodotti assicurativi tradizionali: «nelle polizze di tipo classico, l'assicurato mira generalmente a garantire la disponibilità di una somma a familiari ovvero a terzi al momento della propria morte ed il rischio di perdita del capitale è pari a zero, essendo predeterminato l'importo da erogare al contraente o al beneficiario alla scadenza del contratto. Invece, nelle polizze a contenuto finanziario, al posto dell'obbligo restitutorio in capo all'impresa di assicurazione, viene conferito una sorta di mandato di gestione del denaro investito e l'investitore matura il diritto al mero risultato di gestione che quindi varia in base a una serie di fattori: l'andamento del mercato, dei titoli investiti, eccetera. Il riferimento è in particolare alle polizze unit e index linked, il cui rendimento, nel primo caso, è parametrato all'andamento di fondò comuni di investimento e, nel secondo, ad indici di vario tipo, generalmente titoli azionari. L'elemento caratterizzante tale tipologie di polizze è dunque il rischio finanziario, che, nelle così dette linked "pure" grava interamente sull'assicurato, poiché la compagnia non garantisce né la restituzione del capitale, né eventuali rendimenti minimi».

[12] Cfr. Cass., 05.03.2019, n. 6319 nella quale si legge che: «nelle polizze *unit linked*, caratterizzate dalla componente causale mista (finanziaria ed assicurativa sulla vita), anche ove sia prevalente la causa "finanziaria", la parte qualificata come "assicurativa" deve comunque rispondere ai principi dettati dal codice civile, dal codice delle assicurazioni e dalla normativa secondaria ad essi collegata con particolare riferimento alla ricorrenza del "rischio demografico" rispetto al quale il giudice di merito deve valutare l'entità della copertura assicurativa che, avuto riguardo alla natura mista della causa contrattuale, dovrà essere vagliata con specifico riferimento all'ammontare del premio versato dal contraente, all'orizzonte temporale ed alla tipologia dell'investimento. Il giudice di merito dovrà valutare, con adeguata e logica motivazione se, in relazione a tali indici, la misura prevista sia in grado di integrare concretamente il "rischio demografico"». Il rischio demografico, quindi, deve esistere al momento della stipulazione del contratto, a pena di nullità.

In dottrina, sul tema, cfr. FRANZONI, *L'assicurazione tra i contratti aleatori*, in *Contr. e impr.,* 2011, 417 ss.; Corrias, *Alea e corrispettività nel contratto di assicurazione (indivisibilità del premio e sopravvivenza)*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 2015, I, 30 ss. Nello stesso senso, cfr. Cfr. Cass., sez. III, 13 settembre 2019, n. 22981; Cass., sez. III, 5 marzo 2019, n. 6319; Cass., sez. trib., 21 settembre 2021, n. 25475.

[13] Corte di Giustizia UE, 24.02.2022, in cause riunite C-143/20 e C-213/20, in www.curia.europa.eu; Corte di Giustizia UE, 02.02.2023, C-208-21, in www.curia.europa.eu

ISSN 2421-2563



questioni sorte sul piano dell'informazione precontrattuale e della responsabilità dell'intermediario assicurativo, strettamente connesse alla natura "ibrida" e fortemente discussa dei prodotti assicurativi collegati a fondi di investimento.

Appare opportuno ripercorrere brevemente i termini delle vicende controverse.

A seguito dell'adesione ad un contratto collettivo di assicurazione sulla vita *Unit-linked*, stipulato tra un'impresa (intermediaria) e la compagnia assicurativa, alcuni consumatori – che all'atto di adesione si impegnavano a versare regolarmente premi mensili a fronte delle prestazioni assicurative– decidevano di risolvere i rapporti assicurativi, ma ricevevano, inaspettatamente, circa un terzo dei premi versati, al netto delle spese di liquidazione.

Ritenevano, pertanto, di essere stati vittime di pratiche commerciali sleali, poiché al momento dell'adesione non avevano ricevuto esaustive informazioni sulla natura dei fondi di investimento collegati alle polizze *Unit-linked* né sulla circostanza che, in caso di perdita di valore del fondo, non avrebbero recuperato una percentuale consistente delle somme versate alla compagnia [14]; agivano, quindi, in giudizio per la declaratoria di nullità dell'atto di adesione e, eventualmente, anche del contratto di assicurazione, con richiesta di rimborso integrale dei premi versati.

Lo studio sulle *Unit-linked* torna al centro del dibattito per l'incidenza che queste particolari tipologie di polizze assicurative esercitano sul piano dell'informazione precontrattuale e anche per una serie di problemi di natura applicativa connessi alla presenza di elementi di investimento all'interno della prestazione assicurativa.

Sotto questo profilo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue ha offerto un notevole contributo per la ricostruzione del quadro –composito e multiforme– all'interno del quale si inseriscono le *Unit-linked* che, verosimilmente, non possono essere definite alla stregua delle tradizionali assicurazioni sulla vita, considerati gli investimenti realizzati dalla compagnia assicurativa.

3. – In particolare, una questione di centrale rilevanza, è quella relativa alla posizione assunta dai consumatori che aderiscono ad un contratto collettivo [15] *Unit-Linked* stipulato tra l'impresa di assicurazione e l'impresa contraente, dovendosi chiarire se a seguito dell'atto di adesione, possano essere considerati anch'essi

---

[14] Al riguardo occorre precisare che le polizze *linked* sono composte da due tipologie: le polizze *unit linked*, collegate al valore di fondi d'investimento e le polizze *index-linked,* la cui rendita è collegata al valore di indici azionari. Elemento comune di questa variegata tipologia di contratti è che, a fronte dell'obiettivo di investimento perseguito dal contraente, si colloca una prestazione dell'assicuratore non più certa, come nell'assicurazione vita tradizionale, bensì variabile, in quanto il risultato conseguito dall'attività di investimento svolta dall'impresa di assicurazione determina la misura degli impegni dell'impresa stessa. Per un inquadramento generale sul tema, cfr. MIOLA, *Sui rapporti tra assicurazione e mercati finanziari: il caso delle polizze linked*, in *Giurisprudenza Comm.*, fasc.4, 2023, 574 ss.; CORRIAS, già diretto da L. Mengoni, P. Schlsinger e continuato da V. ROPPO e F. Anelli, *Le assicurazioni sulla vita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, *Op. cit.*; A. PANCALLO, *Le polizze linked e le esigenze di tutela degli investitori*, in *Contr. e imp.*, 2019, 753 ss.; PIRAS, *Il ruolo delle polizze unit inked nella previdenza complementare,* in *Responsabilità civile e previdenza,* 2010, fasc. 4, 954; SALANITRO, *Prodotti finanziari assicurativi collegati ad obbligazioni Lehman Brothers*, in *Banca, borsae tit. cred.*, 2009, 491 ss.

[15] L'assicurazione è l'operazione economica che consente, tramite la ripartizione tra una pluralità di soggetti esposti al medesimo rischio, di garantirsi contro le conseguenze patrimonialmente negative di un determinato rischio, trasformandolo da individuale in collettivo. In tal senso si esprime TORRISI, *Le Polizze Unit Linked e il rischio demografico*, in *I contratti*, 2/2020, 195 ss. Per un approfondimento sul tema, v. anche PECCENINI*, L'assicurazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino, 2007, 71 ss.; FANELLI, *Le assicurazioni,* in *Trattato di diritto civile e commerciale,* diretto da Cicu – Messineo, Milano, 1973, 19; DONATI-VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2019, 3.



parti dell'accordo contrattuale e, conseguentemente, destinatari in materia di informazioni previste nell'art. 36, par. 1, della direttiva sule assicurazioni sulla vita, Dir. 2002/83/CE [16].

Tale norma prescrive l'obbligo informativo [17] a favore della parte contraente dell'assicurazione. Se, quindi, ci si attiene rigorosamente alla formulazione letterale della disposizione, gli unici destinatari dell'informazione sarebbero i soli sottoscrittori del contratto e, nel caso di specie, l'impresa contraente, e non anche i consumatori che aderiscono successivamente all'operazione negoziale oggetto della già avvenuta stipulazione [18].

Tuttavia, la rigida applicabilità della disposizione è stata messa in discussione a causa della particolarità del contratto concluso nella fattispecie in esame, che presenta caratteristiche peculiari sia sotto un profilo strutturale che sul piano degli effetti.

I contratti assicurativi in questione, infatti, realizzano forme di distribuzione assicurativa e sono contraddistinti da uno schema flessibile, cioè collettivo e aperto [19]. Sebbene l'accordo sia negoziato da un soggetto che assume il ruolo di parte contraente – e che, peraltro, può anche non essere il portatore dell'interesse assicurato – al contratto possono aderire successivamente altri soggetti che, di conseguenza, diventano beneficiari dell'operazione negoziale ad esso sottesa, quindi "assicurati".

Tale dinamica negoziale incide sull'atteggiarsi degli effetti del contratto di assicurazione, che si spiegano non solo nei confronti dello stipulante ma altresì nei confronti dei consumatori che manifestano la volontà di accettare l'offerta assicurativa attraverso la sottoscrizione dell'adesione.

Chiaramente, la lettura restrittiva dell'art. 36, par.1 della direttiva, osta ad una piena ed effettiva tutela di tali consumatori poiché, considerato che non potrebbero considerarsi "parti contrattuali" ma solo meri affiliati all'atto negoziale stipulato, non beneficerebbero delle informazioni prescritte dalla norma e necessarie al fine di una corretta conoscenza dell'operazione negoziale.

Il rigore della formulazione letterale dell'art. 36, par. 1, della direttiva è stato "smorzato" dalla Corte di Giustizia europea che, in una prospettiva sistematica che valorizza la *ratio legis*, ha evidenziato che "soggetto contraente" è colui che diventa destinatario dell'offerta del rapporto giuridico del contratto di assicurazione [20]. Ne consegue che se il consumatore, con la dichiarazione di adesione, si impegna a versare un premio

---

[16] In particolare la norma. Contenuta nell'art. 36, par. 1, della direttiva 2002/83/CE nel prescrivere l'obbligo di informazione in capo all'intermediario prima della conclusione del contratto con l'assicurato, rinvia all'allegato III, punto A della direttiva che prevede che prima di concludere il contratto debbano essere fornite all'assicurato le informazioni relative all'impresa di assicurazioni, ovvero, la denominazione o ragione sociale, la forma giuridica, il nome dello Stato membro dove è stabilita la sede sociale ed eventualmente l'agenzia o la succursale con la quale sarà concluso il contratto, l'indirizzo della sede sociale ed eventualmente dell'agenzia o della succursale con la quale sarà concluso il contratto.

[17] La CGE individua il soggetto obbligato a fornire le informazioni nell'intermediario assicurativo, superando l'orientamento formatosi sotto il vigore della disciplina precedente alla direttiva 2002/83/ CE che riconosceva quale soggetto gravato dell'obbligo di informativa l'impresa di assicurazione (CGE 19.12.2013, causa C-209/12).

[18] Al riguardo occorre precisare che il contraente dell'assicurazione, sebbene si trovi in una posizione di debolezza contrattuale, non combacia con la figura del consumatore perché può essere sia persona fisica che persona giuridica. L'osservazione viene evidenziata da PERFETTI, *Lo statuto degli obblighi informativi: un altro contributo della Corte UE*, in *La Nuova Giur. civ. comm*., 4/2022, 812. Sul punto, v. PAGLIANTINI, *voce «Contratto (diritto europeo)»*, in *Enc. Del dir*., *I tematici*, I, *Contratto*, Giuffrè, 2021, 130 ss.;

[19] LANDINI, *L'assicurazione sulla vita*, in *Tratt. Contratti Roppo-Benedetti*, V, *Mercati regolati*, Milano, 2014, 591; NAZZARO, *La causa delle polizze* unit *e* index linked, in *Diritto del mercato finanziario e assicurativo*, 2016, 58 ss.

[20] Sul punto, la Corte di Giustizia UE, 24.02.2022, in cause riunite C-143/20 e C-213/20, cit., ha osservato che " In tali circostanze, pertanto, risulta dall'interpretazione sistematica e teleologica dell'articolo 36, paragrafo 1, della direttiva 2002/83 che, ai fini dell'obbligo di informazione precontrattuale da esso previsto, la nozione di «contraente» si riferisce alla persona che è destinataria dell'offerta nel rapporto giuridico caratteristico del contratto di assicurazione e che è, quindi, chiamata a scegliere un prodotto assicurativo e ad assumere i diritti e gli obblighi che ne derivano, cosicché detta nozione comprende anche le persone che, attraverso una loro

ISSN 2421-2563



iniziale e successivamente premi mensili regolari alla compagnia di assicurazione, diventa destinatario degli obblighi che derivano dal contratto e, quindi, necessariamente anche titolare dei diritti che discendono dal medesimo.

L'impresa assicurativa, infatti, all'atto dell'adesione, riscuote i premi e si obbliga a fornire le prestazioni proprie del contratto di assicurazione.

Peraltro, il considerando 52 della direttiva prevede che il consumatore deve disporre delle informazioni necessarie a scegliere il contratto più consono alle sue esigenze e ciò, implica la necessità del coordinamento delle disposizioni affinché l'informazione sulle caratteristiche essenziali dei prodotti che gli vengono proposti sia chiara, completa ed esaustiva.

Alla luce del quadro delineato, la CGE allarga le maglie della nozione di contraente dell'assicurazione [21], poiché se tale definizione fosse riferita alla sola persona che sottoscrive il contratto, le finalità di tutela perseguite dalla direttiva verrebbero indubbiamente meno.

La rilettura della norma secondo l'interpretazione offerta dalla giurisprudenza europea, consente di giungere ad una compiuta definizione di contraente, per tale intendendosi il soggetto che sceglie un prodotto assicurativo e che, quindi, diventa destinatario dell'offerta del rapporto giuridico di assicurazione e assume tutti i diritti e gli obblighi che da esso discendono.

Ne consegue che il soggetto chiamato ad adempiere all'obbligo di informazione di cui all'art. 36, par. 1 della direttiva, debba essere individuato nell'impresa contraente che assume il ruolo di intermediaria.

Data la peculiarità dei contratti collettivi *Unit-linked*, la giurisprudenza della CGE ha evidenziato che, mentre nei contratti assicurativi a schema tradizionale l'obbligo di informazione è posto solo in capo alla compagnia assicurativa quale professionista, nella fattispecie in esame sorgono due rapporti giuridici, il primo tra la compagnia assicurativa e l'impresa contraente e il secondo tra quest'ultima e i potenziali aderenti. Pertanto, il procedimento di adesione è gestito dall'impresa intermediaria e quindi sarà quest'ultima a trasmettere le informazioni ricevute dalla compagnia di assicurazione ai consumatori che aderiscono al rapporto negoziale.

4. – Al centro del quadro normativo e giurisprudenziale delineato, si pone il tema della tutela precontrattuale dei consumatori nei contratti *Unit – Linked* [22].

---

dichiarazione indirizzata a un'impresa contraente dell'assicurazione, hanno aderito a un contratto collettivo di assicurazione e hanno, così, assunto la qualità di assicurato nell'ambito di un siffatto contratto".

[21] Nella decisione della CGE in commento, ai punti 81-82, si legge che "il rapporto assicurativo tra impresa di assicurazione e consumatore assicurato rientra, in quanto tale, nell'ambito della nozione di «contratto d'assicurazione», ai sensi dell'articolo 36, paragrafo 1, della direttiva 2002/83, sicché il consumatore che ne diviene parte aderendo al contratto collettivo *unit-linked* rientra nella nozione di «contraente», ai sensi di tale disposizione. La circostanza che tale consumatore divenga o meno formalmente parte anche del citato contratto collettivo, concluso tra l'impresa di assicurazione e l'impresa contraente dell'assicurazione, è, a tal fine, irrilevante. Di conseguenza, tale consumatore deve, prima della sua adesione al contratto collettivo *unit-linked,* ricevere le informazioni menzionate in detta disposizione, che gli consentano di effettuare una scelta consapevole del prodotto assicurativo più consono alle sue esigenze".

[22] Sul tema, cfr. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2014, 97 ss.; M. CIAN, *L'informazione nella prestazione dei servizi di investimento: gli obblighi degli intermediari*, in E. Gabrielli– R. Lener (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, in P. Rescigno – E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, II ed. Torino, 2011, 213 ss.; SALERNO, *La tutela dell'investitore in prodotti di investimento assicurativo*, in *Dir. e merc. Fin*., 2020, 565 ss.; SANGIOVANNI, *L'informazione precontrattuale degli intermediari assicurativi*, in *Contr. e impr*., 2010, 237 ss.; In tema si vedano: S. SARDELLI, *Art. 21*, in V. Calandra Buonaura (a cura di), *Commentario breve al testo unico della finanza*, Padova,



Alla luce della complessità delle operazioni negoziali oggetto delle polizze assicurative in questione, considerato, altresì, il ricorso all'utilizzo di strumenti finanziari, è sembrato logico domandarsi se non fosse necessario predisporre una tutela specifica e più rigorosa sul piano dell'informazione [23] per i sottoscrittori – o beneficiari – delle *Unit – Linked*, che preveda obblighi più stringenti in capo agli intermediari assicurativi, sia con riguardo all'aspetto contenutistico che in relazione al profilo temporale [24].

I consumatori che aderiscono al contratto assicurativo diventano beneficiari delle prestazioni della compagnia assicurativa a fronte del versamento di premi regolari. A differenza di ciò che accade nei contratti assicurativi che presentano uno schema tradizionale, nel caso delle *Unit-linked*, i diritti degli assicurati sono fortemente condizionati dall'andamento dell'investimento. Il collegamento tra il contratto di assicurazione e il fondo d'investimento qualifica la prestazione del negozio assicurativo come polizza a capitale variabile e, pertanto, i rischi che ne derivano sono connessi alle caratteristiche degli strumenti finanziari che compongono le attività di contropartita del contratto.

In tale assunto si inserisce la questione della portata applicativa dell'art. 36, par. 1 della Direttiva, in quanto la norma prevede che l'informazione ricada solo sulla indicazione della natura degli strumenti finanziari e non anche sull'entità dei rischi connessi all'investimento. Al riguardo, la giurisprudenza europea ha osservato che la limitazione della informazione alla sola indicazione del tipo di strumenti finanziari si pone in aperto contrasto con le istanze di tutela dei consumatori assicurati e che, pertanto, la disposizione contenuta nell'art. 36 par. 1 della Direttiva dovesse essere letta in una prospettiva di ampia contestualizzazione, ovvero in rapporto sia con il caso concreto e, soprattutto, con gli obiettivi perseguiti dal legislatore europeo nella Direttiva [25].

La Corte di Giustizia UE, nell'orbita di una interpretazione sistematica della disposizione, ha "riempito" il contenuto dell'informazione alla luce di un dato fondamentale: l'elemento di investimento è strettamente collegato al prodotto assicurativo che, pertanto sarà percepito dal consumatore come forma d'investimento. Ne consegue che questi, oltre a pagare i premi assicurativi, sopporterà anche i rischi derivanti dall'operazione negoziale. Appare evidente come, in tale contesto, si imponga l'esigenza di una compiuta informazione sugli strumenti finanziari [26] che indubbiamente non può riguardare solo la natura dei medesimi come prescrive l'art. 36 par.1 della direttiva poiché altrimenti si paralizzerebbero le istanze di tutela.

2020, 143 ss.; A. Di Amato, *I servizi e i contratti di investimento*, in S. Amorosino (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, Milano, III ed., 2014, 83 ss.; G. Gobbo, *Art. 21*, in F. Vella (a cura di), *Commentario T.U.F.*, Torino, 2012, 257 ss.; R. Lener, P. Lucantoni, *Art. 21*, in M. Fratini, G. Gasparri (a cura di), *Commentario al Testo Unico della Finanza*, Torino, 2012, 375 ss.

[23] In via preliminare, appare necessario procedere all'individuazione delle norme di riferimento che, nel caso di specie, sono costituite dall'art. 21, D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.) e dall'art. 23, comma 3, del Regolamento congiunto Banca d'Italia-Consob del 29 ottobre 2007. Il primo dei due articoli è collocato, nell'ambito del Titolo dedicato ai "Servizi e attività di investimento", al Capo II, rubricato "Svolgimento dei servizi e delle attività" e delinea i criteri generali a cui devono attenersi gli intermediari nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori.

[24] Sul punto, cfr. Camedda, *La tutela precontrattuale dei sottoscrittori di polizze "linked" stipulate prima delle riforme del tuf*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 2014, 448 ss.; Corrias, *Informativa precontrattuale e trasparenza nei contratti assicurativi tra testo unico finanziario e codice delle assicurazioni*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 266 ss.; M. Cian, *Gli obblighi informativi degli intermediari*, in *Nuove leggi civ.*, 2009, 1197 ss.; F. Savasta, *L'adeguatezza informativa ed operativa a fronte del rifiuto di fornire informazioni*, in questa *Rivista*, 2009, 1009; F. Durante, *Intermediari finanziari e tutela dei risparmiatori*, Milano, 2009,192; U. Caracino, *I servizi di* execution only, in *La nuova disciplina dei mercati, servizi e strumenti finanziari*, a cura di L. Zitiello, Torino, 2007, 212 ss.

[25] Cfr. Corte di Giustizia UE, 24.02.2022, in cause riunite C-143/20 e C-213/20, cit.

[26] Sul punto, sembra opportuno riportare il passo della decisione della Corte di Giustizia UE, 24.02.2022,, in cause riunite C-143/20 e C-213/20, cit.: "In tali circostanze, le caratteristiche degli strumenti finanziari che compongono le attività di contropartita di un contratto unit-linked e, segnatamente, la natura e il rendimento di detti strumenti, nonché i rischi ad essi associati, sono di primaria importanza per la scelta consapevole di un siffatto prodotto assicurativo da parte del consumatore. Ciò è particolarmente vero quan-

ISSN 2421-2563



Nella prospettiva di una compiuta realizzazione della protezione del consumatore, la CGE, ha confutato la rigida impostazione della norma e ha delineato in modo più analitico le informazioni che devono essere comunicate agli assicurati quando ricorre un contratto collegato ad un fondo di investimento, le quali devono riguardare non solo la natura ma anche le caratteristiche degli strumenti finanziari che compongono le attività di contropartita e devono, peraltro, includere una descrizione chiara, precisa e comprensibile della natura economica e giuridica di detti strumenti, indicare i principi generali che regolano il loro rendimento e i rischi strutturali connessi all'investimento che possono incidere sui diritti e sugli obblighi derivanti dal rapporto assicurativo, nonché i rischi correlati alla perdita di valore del fondo di investimento [27]. È agevole rilevare come la Corte costruisca una fitta rete di obblighi specifici a favore dei consumatori, considerato che, alla luce del coordinamento dell'art. 36, par. 1 della Direttiva con il considerando 52 della Direttiva e nell'allegato III, punto A, emerge chiaramente come le indicazioni chiare, specifiche e comprensibili siano oggettivamente necessarie, in un contesto singolare quale quello dei contratti *Unit-linked* per consentire al consumatore di operare scelte consapevoli.

Tuttavia, se da una parte la Corte riconosce e legittima una tutela specifica dei consumatori nei contratti *Unit – Linked*, pone un limite ben preciso segnato proprio dalla "oggettiva necessità dell'informazione", che implica che la stessa non sia esorbitante e neanche eccessivamente dettagliata o tecnica, altrimenti si sconfinerebbe nella disciplina della direttiva 2004/39/CE propria dei mercati e degli strumenti finanziari [28].

Questo passaggio presta il fianco ad alcune criticità. Si osserva infatti che la CGE si premura non solo di specificare le informazioni che devono essere date al consumatore ma anche quelle che devono essere taciute. Appare lecito chiedersi come il principio di "oggettiva necessità" da una parte consenta di ampliare le maglie dell'informazione e, invece, per un altro verso, conduca ad un singolare contenimento delle stesse. Allora, sembrerebbe configurarsi una vera e propria contraddizione in termini considerato, peraltro, che alla luce del principio di trasparenza delle informazioni [29], che riveste un ruolo fondamentale nella tutela dei consumatori, l'osservazione della non necessaria esigenza di informazioni esaustive sulla natura e su tutti i rischi

---

do, come nel caso di specie, tali attività di contropartita sono prodotti derivati o strumenti finanziari strutturati in cui sono incorporati derivati, i quali presentano un grado di rischio di investimento particolarmente elevato. Al fine di preservare l'effetto utile dell'obbligo previsto all'articolo 36, paragrafo 1, della direttiva 2002/83, le informazioni da comunicare al consumatore che intende aderire a un contratto devono comprendere, pertanto, indicazioni sulle caratteristiche di dette attività di contropartita".

[27] Al riguardo, appare utile richiamare la decisione Corte di Giustizia UE, 24.02.2022, nell'ambito della quale la Corte di Giustizia UE riafferma il principio di adeguatezza oggettiva del contenuto dell'informazione al destinatario espresso sia dalla disciplina interpretata, sia da tutti gli obblighi informativi consumeristici: " Tuttavia, da una lettura combinata del considerando 52 e dell'allegato III, punto A, di tale direttiva risulta che dette indicazioni devono essere non solo sufficientemente chiare, precise e comprensibili per consentire al consumatore di effettuare, con cognizione di causa, una scelta consapevole del prodotto assicurativo più consono alle sue esigenze, ma anche oggettivamente necessarie per operare tale scelta, come l'avvocato generale ha, in sostanza, rilevato al paragrafo 96 delle sue conclusioni. Si deve quindi ritenere che rientrino nella nozione di «indicazioni sulla natura delle attività di contropartita», ai sensi dell'allegato III, punto A, a.12, della direttiva citata, solo le indicazioni sulle caratteristiche di tali attività di contropartita che sono essenziali a tal fine. In particolare, come ha osservato l'avvocato generale nei paragrafi 100 e 102 delle sue conclusioni, esse devono includere una descrizione chiara, precisa e comprensibile della loro natura economica e giuridica, nonché dei principi generali che regolano il loro rendimento". Sul punto cfr. in dottrina, ROSSI CARLEO, *Commento al Titolo II, capo I, Disposizioni generali*, sub *art. 5,* in *Codice del Consumo. Commentario*, a cura di Alpa, Rossi Carleo, Esi, 2005, 127; Lo statuto degli obblighi informativi: un altro contributo della Corte UE, cit. 815.

[28] In merito la Corte ha osservato che se si adottasse una diversa soluzione, ciò comporterebbe una estensione arbitraria della disciplina sui servizi di investimento. Sul tema, v. Perfetti, *Lo statuto degli obblighi informativi: un altro contributo della Corte UE*, cit. 813.

[29] ALPA, *La "trasparenza" del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *L'intermediazione mobiliare*, *Studi in memoria di Aldo Maisano*, a cura di Mazzamuto e Terranova, 193, 981 ss.; LANDINI, *Informativa precontrattuale e trasparenza nell'assicurazione vita*, in *Assicurazioni*, 2007, II, 227 ss.



connessi all'investimento, sembrerebbe irrigidire il sistema che, invece, data la delicatezza delle operazioni sottese ai contratti *Unit* che restano assicurazioni sulla vita a capitale variabile, dovrebbe essere permeabile alle esigenze e alle istanze di tutela che si presentano di volta in volta nel singolo caso concreto.

In tal senso, sorge spontaneo domandarsi come si può applicare il principio di trasparenza in un contesto in cui le informazioni sugli strumenti finanziari possono anche essere "non esaustive"?

4.1. – Nella prospettiva di rafforzare il sistema di tutela dei risparmiatori nelle operazioni di assicurazione e di investimento, la giurisprudenza europea ha riservato particolare attenzione al momento in cui al consumatore vengono rese le indicazioni sulle caratteristiche dei prodotti assicurativi e delle operazioni di investimento [30]. Data la peculiarità della fattispecie, non è sufficiente che le informazioni siano richiamate nel contesto dell'atto negoziale né che siano comunicate prima della sottoscrizione della proposta di adesione, ma è necessario garantire un "tempo utile" che vada a scandire la fase precontrattuale, al fine di consentire al consumatore di operare una scelta consapevole tra i diversi prodotti assicurativi disponibili e di optare per quello più consono alle sue esigenze [31].

Tuttavia, si osserva che il principio espresso dal più recente orientamento della CGE, già consolidato nella giurisprudenza europea, non individua l'effettiva collocazione temporale delle informazioni e lascia gli Stati membri liberi di decidere i termini di adempimento dei relativi obblighi da parte dei professionisti e quanto tempo occorra effettivamente al consumatore per valutare con cognizione di causa il merito dell'investimento.

Forse, sotto tale profilo, si poteva valorizzare il rapporto tra consenso e informazione con una serie di previsioni più specifiche in merito alla fase temporale in cui questa deve essere resa. In dottrina, è stato osservato come in questo contesto sia necessario fornire una serie di indicazioni tecniche riguardanti le operazioni d'investimento che consentano al consumatore di valutare la convenienza del negozio assicurativo [32]. Pertanto, in analogia con quanto previsto in tema di contratti di credito ai consumatori, forse, nella prospettiva della realizzazione di un'ampia ed efficace tutela dei contraenti dell'assicurazione, si potrebbe anche qui fare ricorso alla c.d. informazione pubblicitaria, che si colloca in un tempo esterno al contratto, vale a dire ancora prima dell'avvio delle trattative. Si tratta, cioè, di una informazione generale e messa a disposizione del pubblico e non del singolo consumatore, e ciò consentirebbe a chi vuole assicurarsi, di comparare i diversi prodotti assicurativi d'investimento e di scegliere quello più confacente alle proprie esigenze.

---

[30] Il tempo in cui viene fornita l'informazione è essenziale ai fini di una compiuta scelta da parte del cliente che deve essere posto nelle condizioni di assumere una decisione informata in un ragionevole lasso di tempo. Per tale ragione è fondamentale che l'informazione venga fornita non in un momento immediatamente precedente alla stipula del contratto ma in un tempo adeguatamente antecedente. La Corte, nella decisione del 24.02.2022, in cause riunite C-143/20 e C-213/20, fa riferimento ad "un tempo utile". Sul tema, cfr. LUCANTONI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, in E. Gabrielli – R. Lener (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, in P. RESCIGNO, E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2011, 258 ss.; F. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, 2004. CALLIANO, *Informazione e trasparenza nei contratti bancari e finanziari tra diritto dei consumatori e nuovo diritto europeo dei servizi bancari e finanziari*, in *Riv. dir. bancario*, 2014, 1.

[31] Nello stesso senso, cfr. Corte giust. UE, 19.12.2013, causa C-209/12, par. 23; Corte giust. UE, 18.12.2014, causa C-449/13, par. 46; Corte giust. UE, 1.10.2019, causa C-380/19, par. 34; Corte giust. UE, 23.01.2019, causa C-430/17, par. 36; Corte giust. UE, 13.09.2018, cause riunite C-54/17 e C-55/17, par. 46; Corte giust. UE, 7.9.2016, causa C-310/15, par. 40. Sul tema, in dottrina v. HAZAN, *L'assicurazione "responsabile" e la responsabilità dell'assicuratore: quali prospettive dopo IDD?*, in *Danno e resp.*, 2017, 630 ss.; ALPA, *La «trasparenza» del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *L'intermediazione mobiliare, Studi in memoria di Aldo Maisano*, a cura di Mazzamuto e Terranova, 1993, 181.

[32] Così si esprime PERFETTI, *Lo statuto degli obblighi informativi: un altro contributo della Corte UE*, cit. 816.

ISSN 2421-2563



5. – Le questioni più spigolose si pongono sul piano dei rimedi poiché la direttiva 2002/83 non determina quali conseguenze derivino dalla violazione totale o parziale dell'obbligo informativo precontrattuale [33]. Ciò ha causato una serie di problemi, considerato che nel contesto delle vicende controverse oggetto delle decisioni della Corte di Giustizia, i consumatori lamentavano che al momento della cessazione del rapporto assi-

[33] Il tema degli obblighi di informazione e delle conseguenze che seguono la loro violazione riporta alla luce una questione ampiamente dibattuta in dottrina e in giurisprudenza, quella relativa alla distinzione tra regole di validità e regole di comportamento. Sulle ricadute contrattuali derivanti dalla violazione dei doveri di comportamento da parte degli intermediari assicurativi e finanziari si sono formate diverse correnti di pensiero. Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, avallato da una parte della dottrina, gli obblighi informativi dovevano considerarsi alla stregua di norme imperative e, pertanto, la loro inosservanza avrebbe dato luogo alla nullità del contratto. Ne conseguiva, sul piano dei rimedi, la condanna dell'intermediario alla restituzione all'investitore delle somme versate per l'acquisto di prodotti finanziari. Cfr. al riguardo, Trib. Cagliari 2 gennaio 2006, *in Resp. civ. prev.*, 2007, 1418, con nota di LUMINOSO, *Contratti di investimento, mala gestio dell'intermediario e rimedi esperibili dal risparmiatore*; Trib. Firenze 19 aprile 2005, in *Corr. giur*., 2005, p.1273, con nota di DI MAJO, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*; in *Contratti*, 2005, 1010 ss.; LIACE, *La finanza innovativa e la tutela del risparmiatore: il caso 4you,* in *Danno resp.,* 2006, 182 ss.; Trib. Genova 18 aprile 2005, in *Danno resp*., 2005, 604, con nota di ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond &Tango Bond*); RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1999, 24. Un altro filone giurisprudenziale optava per la ricostruzione in termini di responsabilità precontrattuale o contrattuale, individuando, sul piano della tutela, il rimedio del risarcimento del danno a favore dell'investitore che non avesse ricevuto le informazioni nella fase delle trattative o nel contesto della stipulazione del contratto. Sul punto, cfr. Cass. 29 settembre 2005 n. 19024, in *Corr. giur*., 2006, 670, con nota di GENOVESI, *Limiti della «nullità virtuale» e contratti su strumenti finanziari*; PASSARO, *Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2006, I, 897; Roppo, AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno resp., 2006*, 25; SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.,* 2006, I, 1107; POLIANI, *La responsabilità precontrattuale della banca per violazione del dovere di informazione,* in *Contratti,* 2006, 446; FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione* in *Resp. civ. prev.,* 2006, 295; SCALZO, *La responsabilità precontrattuale dell'intermediario per violazione degli obblighi di informazione*, in *Contratti* 2007, 423 ss. Per un'analisi dei singoli orientamenti giurisprudenziali, cfr. FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento e rimedi civilistici*, in *La tutela del consumatore dei servizi finanziari. Applicazioni giurisprudenziali e attuazione delle direttive Mifid*, a cura di Di Nella, Napoli 2007, 137 ss.

In questo contesto, si è posta anche l'ulteriore questione del superamento del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento, alla luce del fatto che l'ultimo periodo del XX sembrava esprimere una perdita di terreno della parte generale del contratto, destinata a cedere il campo alle discipline speciali e di settore, come quella relativa ai contratti dei consumatori – contenuta nel Codice del consumo, D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206– ove le regole di comportamento, nella specie quelle relative agli obblighi informativi, si ergono sempre più frequentemente a regole di validità. Sul tema, si rinvia a C. Scognamiglio, *Regole di validità e regole di comportamento: i principi e i rimedi,* in *Europa e dir. priv.*, 2008, 599 e ss. Il dibattito relativo alla sorte del contratto a seguito della violazione degli obblighi di informazione è stato affrontato dalle Sezioni Unite della Cassazione che nel 2007 – con le pronunce n. 26724 e 26725 – hanno comunque avuto argomenti per riaffermare l'attualità del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento e hanno affermato, altresì, principi di diritto incompatibili con la tesi della nullità del contratto di investimento, suggerendo una soluzione sino ad allora inedita, consistente nel risarcimento del danno per conclusione di un contratto valido ed efficace ma "pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto". In particolare, la Corte a Sezioni Unite ha sostenuto che la violazione degli obblighi che accompagnano la stipula del contratto di intermediazione (quali, per esempio, l'obbligo di consegnare al cliente il documento informativo; il dovere dell'intermediario di acquisire le informazioni necessarie in ordine alla situazione finanziaria del cliente), ove non si traduca addirittura in situazioni tali da determinare l'annullabilità del contratto per vizi del consenso, è «naturalmente destinata a produrre una responsabilità di tipo precontrattuale, da cui ovviamente discende l'obbligo per l'intermediario di risarcire gli eventuali danni». La violazione dei doveri dell'intermediario riguardanti invece la fase successiva alla stipulazione del contratto d'intermediazione (quali il dovere di porre sempre il cliente in condizione di valutare appieno la natura, i rischi e le implicazioni delle singole operazioni d'investimento o di disinvestimento), «può assumere i connotati di un vero e proprio inadempimento (o non esatto adempimento) contrattuale: giacché quei doveri, pur essendo di fonte legale, derivano da norme inderogabili e sono quindi destinati ad integrare a tutti gli effetti il regolamento negoziale vigente tra le parti. Ne consegue che l'eventuale loro violazione, oltre a generare eventuali obblighi risarcitori in forza dei principi generali sull'inadempimento contrattuale, può, ove ricorrano gli estremi di gravità postulati dall'art. 1455 c.c., condurre anche alla risoluzione del contratto d'intermediazione finanziaria in corso». Sul tema, cfr., senza pretesa di completezza: SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, in *Foro it.,* 2008, c. 784; NAPPI, *Le sezioni unite su regole di validità, regole*



curativo, si vedevano restituire dalla compagnia assicurativa somme largamente inferiori rispetto a quanto versato, senza essere stati previamente informati delle caratteristiche precipue degli strumenti finanziari e sui rischi degli investimenti. Chiedevano, per tale ragione, il rimborso dei premi versati e la nullità del contratto di assicurazione.

Anche sotto questo profilo, l'art. 36, par. 1 della direttiva fa da sfondo solo a considerazioni di ordine generale che chiaramente non offrono un adeguato supporto al ruolo rivestito dall'informazione nell'ambito dei contratti *Unit-Linked*, ove anche l'omissione di un dettaglio può influenzare la scelta del consumatore.

Al riguardo, il recente orientamento della Corte di giustizia suggerisce l'accostamento dei rimedi previsti per l'inadempimento degli obblighi contrattuali ai rimedi privatistici disposti in tema di pratiche commerciali sleali [34].

Prendendo le mosse dalla nozione di pratica commerciale sleale [35] che comprende sia le pratiche di natura commerciale sia quelle che hanno un nesso diretto con la promozione, la vendita e la distribuzione di prodotti ai consumatori, le comunicazioni fornite dall'impresa intermediaria rientrerebbero nelle attività che tali imprese svolgono a livello professionale e, quindi, possono essere considerate pratiche commerciali ai sensi della direttiva 2005/59/CE.

In questo contesto, appare evidente come la violazione degli obblighi di informazione configuri una pratica commerciale sleale con conseguente responsabilità in capo all'impresa assicurativa [36], poiché ogni informazione non data rappresenta un'omissione ingannevole se il suo contenuto risulta rilevante e decisivo al fine della decisione commerciale [37].

---

di comportamento e doveri informativi, in *Giust. civ*., 2008, 1175; FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite,* in *Giust. civ*., 2008, 2775; GRECO, *Intermediazione finanziaria: violazione di regole comportamentali e tutela secondo le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev*., 2008, 547; GOBBO, *Le sanzioni applicabili alla violazione delle regole di condotta in tema di investimenti mobiliari: la prima pronuncia nomofilattica su nullità e responsabilità contrattuale*, in *Giur. comm*., 2008, p.344.

[34] Per un quadro generale sul tema delle pratiche commerciali scorrette, cfr.: PAGLIANTINI, *Formalismo informativo e pratiche commerciali sleali:* pas de nullité (et d'annulabilité) sans texte*?*, in *Riv. dir. comm.*, 2009; DE CRISTOFARO, *La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali*, in *La Nuova Giur. civ. comm*., n. 11/2009, 11059 ss.; LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr*., 2009, 73 ss., spec. 96; DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale scorretta*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008; GENOVESE, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 762 ss.; Meli, *Le clausole generali relative alla pubblicità*, in *AIDA*, 2008, 257 ss.; Leone, *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, in *Dir. ind.*, 2008, 255 ss.; BARTOLOMUCCI, *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 267 ss.; BATTELLI, *Nuove norme in materia di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in *Contratti*, 2007, 1113 ss.; BARGELLI, *L'ambito di applicazione della Direttiva 2005/29/CE: la nozione di pratica commerciale*, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. La Direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, Torino, 2007, 75 ss.; GRANELLI, *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della DIRETTIVA 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 776 ss.; VETTORI, *Sub art. 39*, in *Codice del consumo. Commentario a cura di G. Vettori*, Padova, 2007, 414 ss.; ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali,* in E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali, Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007, 3 ss.; SANDULLI, *Sub art. 39, in Codice del consumo*, Napoli, 2005, 288 ss.

[35] Ai sensi dell'art. 20 del Codice del consumo, così come modificato dal D. Lgs. del 2 agosto 2007, n. 146 che ha dato attuazione alla direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, una pratica commerciale è scorretta se "è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori".

[36] In questo senso, Corte di Giustizia UE 02.02.2023, C-208/21

[37] In particolare, la Corte di Giustizia, ha puntualizzato, a rigore dell'importanza di tali informazioni, che se nel contratto di assi-

ISSN 2421-2563



È chiaro che il collegamento alla disciplina prevista in tema di pratiche commerciali scorrette e ai relativi rimedi rafforza la tutela dell'investitore, il quale sarà legittimato, a fronte dell'inadempimento dell'obbligo di informazione da parte del professionista, ad esperire in alternativa ai rimedi contrattuali contemplati dalla normativa del proprio ordinamento nazionale, i rimedi privatistici propri delle pratiche commerciali sleali [38].

Con il richiamo alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette si aggiunge, indubbiamente, un significativo tassello alla disciplina delle polizze *Unit-linked*, in quanto viene man mano a delinearsi il sistema delle tutele in un settore che reclamava previsioni tecniche specifiche sul piano dell'informazione e della protezione del consumatore.

6. – L'indagine sulle polizze assicurative *Unit-Linked* fa emergere un quadro piuttosto complesso e multiforme.

Il problema si è posto principalmente in quanto la controversa natura di tali fattispecie negoziali, caratterizzate da una componente finanziaria che incide sulla causa assicurativa, ha determinato la necessità di rivedere la disciplina che le regola, considerato che sebbene abbiano ad oggetto una polizza assicurativa, non possono essere considerate *sic et simpliciter* alla stregua delle tradizionali assicurazioni. L'investimento che tali polizze realizzano, infatti, reclama una tutela più specifica nei confronti dei consumatori i cui premi saranno investiti in titoli o strumenti finanziari. Centrale, diventa pertanto il contenuto dell'informazione nel contesto dei contratti *Unit-linked* e, com'è stato osservato dalla giurisprudenza europea, non sembra che la direttiva in tema di assicurazione sulla vita contenga delle previsioni specifiche e adeguate al tipo negoziale che si configura nel caso di specie. In realtà, sembra emergere un vero e proprio vuoto normativo in materia. Per tale ragione, le recenti decisioni della Corte di Giustizia UE hanno rivestito un'importanza fondamentale in quanto hanno definito l'ambito di operatività degli obblighi di informazione di cui i consumatori che aderiscono al contratto collettivo di assicurazione devono essere destinatari per il solo fatto che beneficiano delle prestazioni assicurative, a prescindere dalla circostanza che siano sottoscrittori dell'accordo negoziale e quindi "parti contrattuali".

In particolare, sono state delineate in modo dettagliato le informazioni da comunicare ai consumatori, in una prospettiva di trasparenza ed efficacia della tutela, quindi facendo puntuale riferimento alle caratteristiche specifiche degli investimenti e ai relativi rischi.

Peraltro, a rafforzare il sistema dei rimedi è stato l'accostamento, operato dalla Corte di Giustizia UE, del-

---

curazione sono occultate o comunicate in modo oscuro, incomprensibile o ambiguo le informazioni riguardanti gli strumenti finanziari in modo tale da non consentire al consumatore di comprendere e conoscere la natura e i rischi del prodotto assicurativo proposto, si è in presenza di una pratica commerciale sleale ingannevole. Sul punto, cfr. Corte Giust. UE, 24.02.2022, in cause riunite C-143/20 e C-213/20.

[38] Al riguardo si osserva che allorché si configuri una pratica commerciale scorretta, l'ordinamento predispone strumenti di tutela amministrativa (sanzioni AGCM) e rimedi privatistici, ovvero azioni inibitorie collettive e azioni individuali di risarcimento del danno. Peraltro, con il D. lgs. n. 26/2023, entrato in vigore il 2 aprile 2023, che ha dato attuazione alla Direttiva 2019/2161/UE, c.d. Direttiva Omnibus, sono state inserite nuove ipotesi di pratiche commerciali scorrette e sono state, altresì, inasprite notevolmente le sanzioni nei confronti degli operatori. Sul punto, è stato evidenziato che "i dati raccolti dalla Commissione europea nella *Valutazione d'impatto iniziale: responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde*, 2020, che accompagna la proposta di direttiva «*Green claims*», suggeriscono che le pratiche ingannevoli e la mancanza di trasparenza e credibilità dei marchi ambientali si verificano durante la fase di pubblicizzazione, di acquisto o di utilizzo dei prodotti". Sul punto v. PERILLO, *Potenzialità e criticità della proposta di direttiva «Green claims»*, in *Le Nuove leggi civ. comm.*, n. 6/2023, 1603 ss. Cfr. altresì, GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della DIR. 2019/2161/UE,* in *Contratti*, 2021, 493 ss.



le sanzioni previste per le pratiche commerciali scorrette agli strumenti contrattuali privatistici in caso di violazione degli obblighi di informazione da parte degli intermediari assicurativi. E ciò ha avuto indubbiamente un forte impatto sul piano dell'efficacia delle tutele in un ramo del settore assicurativo ove si inserisce il rischio finanziario degli investimenti che caratterizzano le polizze *Unit-linked*.

juscivile, 2024, 2
ISSN 2421-2563

JUS CIVILE



FABRIZIO PONZÙ DONATO

Dottore di ricerca – Università degli Studi di Messina

DANNO DA PRODOTTO DIFETTOSO E DIRITTO ALLA RIPARAZIONE DEL BENE

SOMMARIO: *1. Il prodotto difettoso. – 2. Le tutele. – 3. Tra normativa vigente e diritto contrattuale europeo: questioni risolte e irrisolte. – 4. La Proposta di Direttiva n. 2023/0083 (COD) del 22 marzo 2023. – 5. La riparazione ed il ripristino della conformità del bene alla luce delle novità legislative.*

1. – Il concetto di "prodotto difettoso" e la disciplina della relativa responsabilità [1] sono stati, negli ultimi anni, al centro di un costante dibattito.

Al fine di individuare compiutamente gli elementi fondanti la responsabilità per danno da "prodotto difettoso" non si può prescindere dall'analisi della definizione di difettosità del prodotto [2], attualmente fornita dall'art. 117 del codice del consumo (D.lgs. n. 206 del 2005) che riprende le definizioni fornite dalla normativa europea statuendo come un prodotto sia difettoso quando non offra la sicurezza che ci si possa attendere legittimamente [3].

La scelta di concentrare l'interesse sul concetto di mancanza di sicurezza e di non offrire una nozione normativa più ampia, come ad esempio quella in materia di garanzia per vizi della cosa venduta di cui ai sensi dell'art. 1490 c.c., permette di veicolare l'attenzione dell'interprete sul danno occorso piuttosto che sulla nozione di difetto [4].

Tuttavia il legislatore introduce delle circostanze delle quali bisogna tenere conto ovvero il modo in cui il prodotto viene messo in circolazione, la sua presentazione, le sue caratteristiche palesi, le avvertenze fornite e l'uso al quale il prodotto può essere destinato nonché i comportamenti che, in relazione ad esso, si possono prevedere [5].

---

[1] Tra le opere monografiche di diritto civile italiano sul tema della responsabilità per danno da prodotti difettosi si vedano C. CASTRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, 1970; G. ALPA, P. BESSONE, *La responsabilità del produttore*, Milano, 2, 1987; A. GORASSINI, *Contributo per un sistema della responsabilità del produttore*, Milano, 1990.

[2] Vedasi E. AL MUREDEN, *Il danno da prodotto conforme tra responsabilità per esercizio di attività pericolosa ed armonizzazione del diritto dell'Unione Europea*, in *Corr. giur*, 2020, 5, 688 in cui l'autore riflette sulla necessità di distinguere la nozione di prodotto difettoso da quella di prodotto dannoso, riferendosi nel primo caso ai prodotti difformi rispetto alle caratteristiche delineate dalle normative tecniche standardizzate o, ove queste siano assenti, a quelle definite dallo stato dell'arte. Nella seconda definizione rientrano invece i prodotti dai quali possano scaturire rilevanti danni per coloro che li utilizzano o vengano a contatto con essi.

[3] Il rapporto biunivoco tra la nozione di difetto e la mancanza di sicurezza è stato analizzato da C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, Milano, 2019, 793 ss., in cui l'autore afferma come il difetto non venga preso in considerazione in sé, bensì solo in quanto fonte di mancanza di sicurezza e pertanto "il punto focale della regola di sicurezza non sia esso ma piuttosto quest'ultima".

[4] C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 794.

[5] Il legislatore ha predisposto complessi sistemi di regole tecniche che definiscono dettagliatamente le caratteristiche che determinati prodotti debbono possedere per poter essere considerati sicuri. Si pensi ad esempio alla Direttiva 2001/83/CE in materia di far-



Questa nozione di prodotto difettoso [6] permette di focalizzarsi su una relazione sussistente tra la condotta del danneggiato e quella del produttore tale per cui il secondo può essere ritenuto responsabile del danno solo in quanto il primo possa essere esente da ogni responsabilità per le sue azioni [7].

Alla luce di tale definizione fornita dal codice del consumo si distinguono vizi di fabbricazione che inficiano singoli esemplari di una serie di prodotti, risultanti malfunzionanti rispetto ai prototipi dello stesso tipo, vizi di progettazione che riguardano l'intera serie prodotta, vizi di informazione con riferimento alle istruzioni per l'utilizzo dei prodotti.

Il legislatore in tal senso ha optato per una nozione *relazionale* [8] di difetto, posto che la sicurezza del prodotto non può coincidere con l'assoluta mancanza di pericolo.

Il giudizio di pericolosità dovrebbe invece presupporre il riferimento ad alcune variabili, quali ad esempio la soglia di normale prevedibilità dell'uso non sicuro del prodotto da parte dell'utente o le istruzioni in merito alle modalità di uso dello stesso [9].

In tal modo l'assenza di istruzioni può integrare il mancato rispetto dei parametri di sicurezza e di conseguenza viene esclusa la responsabilità del fabbricante nel caso in cui l'utente abbia fatto un uso del prodotto diverso da quello ragionevolmente prevedibile.

In merito alla nozione di difetto, così intesa sono successivamente sorti dei dubbi interpretativi che hanno portato il 28 settembre 2022 all'emanazione di due Proposte di Direttiva: una inerente i danni legati all'uso dell'intelligenza artificiale [10] e l'altra inerente la materia dei danni da prodotti difettosi [11].

La seconda delle due menzionate proposte di direttiva individua una definizione di prodotto difettoso ai sensi dell'art. 6 che presenta delle peculiarità rispetto a quella fatta propria dal codice del consumo, in quanto prevede che "un prodotto è considerato difettoso quando non offre la sicurezza che il grande pubblico può legittimamente attendersi", ed individua una serie di altre circostanze [12] che devono essere tenute in debita considerazione.

---

maci, al Reg. 2017/745/UE in materia di dispositivi medici, al Reg. 2009/1223/CE in materia di cosmetici, alla Dir. 2014/35/UE per il materiale elettrico, alla Dir. 2007/46/CE per gli autoveicoli ed alla Dir. 2009/48/CE per i giocattoli. Il livello di sicurezza prescritto da tali disposizioni normative costituisce una soglia, al di sotto della quale il prodotto può considerarsi difettoso ma non corrisponde ad un livello di sicurezza assoluto per l'uso del prodotto.

[6] In giurisprudenza la definizione di prodotto difettoso è stata per lo più incentrata sugli oneri probatori, in quanto il principio cardine era quello per cui per riconoscere la difettosità del prodotto non è sufficiente accertare il danno da questo provocato e la sussistenza di un nesso causale tra l'utilizzo del prodotto ed il danno. *Ex multis* Cass. Civ. 29 maggio 2013, n. 13458, in *Corr. giur.*, 2014, 31; Cass. Civ. 13 dicembre 2010, n. 25116, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011,1, 590; Cass. Civ. 15 marzo 2007, n. 6007, in *Resp. Civ. prev.*, 2007, 2, 158.

[7] Vedasi E. Rajneri, *L'ambigua nozione di prodotto difettoso al vaglio della Corte di Cassazione italiana e delle altre corti europee*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 5, 20623 ss. per un'attenta disamina di casistiche giurisprudenziali in merito alla nozione di prodotto difettoso ed ai risvolti pratici per ciò che concerne l'onere probatorio.

[8] Espressione utilizzata da G. Di Rosa, *Sulla difettosità di un prodotto sicuro*, in *Danno resp.*, 2018, 6, 780.

[9] V. *ex multis* in giurisprudenza tra le sentenze più recenti dei giudici di merito in materia di danno da prodotto difettoso e responsabilità Trib. Rimini, 9 aprile 2018, in *Danno resp.*, 2018, 773, con nota di Di Rosa, *Sulla difettosità di un prodotto sicuro*; Trib. Velletri, Sez. II, 13 ottobre 2020; Trib. Firenze, 4 giugno 2015, n. 1961; Trib. Teramo, Sez. I, 8 marzo 2022, n. 231; Trib. Milano, Sez. I, 27 gennaio 2020 n. 723; Trib. Firenze, Sez. IV, 9 luglio 2021; Trib. Mantova, 28 ottobre 2016; Trib. Prato, 28 agosto 2020; Trib. Prato, Sez. I, 16 giugno 2020, n. 244; Trib. La Spezia, 4 gennaio 2019, n. 3; Trib. Torino, Sez. Lav., 20 aprile 2021; Trib. Locri, 8 marzo 2018, n. 320.

[10] V. la Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale (direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale), Bruxelles, 29.09.2022, Com (2022) 496 final.

[11] V. la Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla responsabilità dei prodotti difettosi, Bruxelles, 29.09.2022, Com (2022) 495 final.

[12] V. art. 6 che prevede che si debbano prendere in considerazione: "a) la presentazione del prodotto, comprese le istruzioni per

ISSN 2421-2563



Dalla lettura di questa definizione [13] si evince chiaramente come il parametro di riferimento delle legittime aspettative di sicurezza dei consumatori non sia il singolo individuo, bensì il grande pubblico in sé considerato [14].

Il legislatore europeo prevede la natura oggettiva del giudizio di difettosità, sgombrando il campo da qualsiasi diversa interpretazione, di modo che il giudice possa analizzare le aspettative dell'intera collettività e non quelle del singolo consumatore e possa superare la deriva dell'analisi del "caso per caso" [15].

Ulteriore spunto di riflessione è fornito dal richiamo alla necessità di tenere presenti "gli effetti sul prodotto di altri prodotti che ci si può ragionevolmente attendere siano utilizzati insieme al prodotto" secondo quanto previsto dall'art. 6, par. 7 della prima citata Proposta di direttiva, che supera un altro problema previsto dalla normativa vigente circoscrivendo la produzione di effetti da attenzionare a più prodotti ove siano utilizzabili in sinergia tra loro.

Tale indicazione ha una ricaduta pratica di un certo rilievo, specie per ciò che concerne i prodotti digitali, in quanto in un mondo in cui questi ultimi operano in modo interconnesso tra di loro, sembra difficile che il produttore possa ragionevolmente prefigurarsi tutte le possibili interazioni tra il bene messo in commercio e gli altri prodotti digitali.

In tal senso assume rilevanza anche quanto previsto dalla Direttiva 2019/771 in materia di garanzie nella vendita dei beni di consumo [16] e dalla Direttiva n. 2019/770 sui contenuti digitali [17].

La Direttiva 771, recepita in Italia con il D. Lgs. 170/2021 ha abrogato le precedenti direttive e modificato il contenuto del codice del consumo, facendo menzione anche di difetti sopraggiunti in base alla nuova natura dei beni e circoscrivendo le ipotesi di responsabilità del produttore.

È stata prevista ai sensi dell'art. 10 una responsabilità del venditore nei confronti del consumatore per qualsiasi difetto di conformità sussistente al momento della consegna del bene, manifestatosi entro due anni da tale momento e questa disposizione si applica anche ai beni digitali salve le eccezioni espressamente previste dalla normativa [18].

---

l'uso, l'installazione e la manutenzione; b) l'uso e abuso ragionevolmente prevedibili del prodotto: c) gli effetti sul prodotto dell'eventuale capacità di continuare ad imparare dopo la sua diffusione; d) gli effetti sul prodotto di altri prodotti che ci si può ragionevolmente attendere siano utilizzati insieme al prodotto; e) il momento in cui il prodotto è stato immesso sul mercato o messo in servizio oppure, qualora il fabbricante mantenga il controllo sul prodotto dopo tale momento, il momento in cui il prodotto è uscito dal controllo del fabbricante; f) i requisiti di sicurezza del prodotto, compresi i requisiti di cybersicurezza rilevanti per la sicurezza; g) qualunque intervento di un'autorità di regolamentazione o di un operatore economico di cui all'art. 7 in relazione alla sicurezza del prodotto; h) le specifiche aspettative degli utenti finali cui è destinato il prodotto".

[13] V. sul punto A. CIONI, *Nuovi pregi e vecchi difetti della proposta di direttiva sulla responsabilità da prodotto difettoso, con particolare riferimento all'onere della prova,* in *Resp. civ. prev.*, 2023, 2, 656 ss., in cui si analizza la tematica soffermandosi sulla nozione di prodotto, sulla valutazione dei danni risarcibili e sull'apparato probatorio da utilizzare a supporto, riflettendo sull'inadeguatezza dell'apparato normativo sussistente anche nell'ottica dell'evoluzione del concetto di bene e, conseguentemente, dell'attribuzione di difettosità che può venire a manifestarsi.

[14] Tale definizione rappresenta un netto punto di rottura con quella fornita dalla Direttiva 85/374/CEE del 25 luglio del 1985, poi attuata in Italia con il D.P.R. 224/1988[14] e che rappresentava la pietra miliare in materia di normativa inerente il prodotto difettoso.

La definizione di prodotto difettoso era individuata ai sensi dell'art. 6 della Direttiva e dell'art. 5 del Decreto di attuazione di quest'ultima, che chiarivano ambedue come la difettosità dovesse corrispondere alla mancanza di sicurezza che il consumatore.

[15] V. sul punto il Considerando 22 della Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla responsabilità dei prodotti difettosi, Bruxelles, 29.09.2022, COM (2022) 495 final, in cui si afferma che i giudici nazionali: "dovrebbero poter stabilire che un prodotto è difettoso anche senza accertarne l'effettivo carattere difettoso, se il prodotto appartiene alla stessa serie di produzione di un altro prodotto di cui sia già stato provato il carattere difettoso".

[16] A. BARENGHI, *Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Contr. impr.*, 2020, 2, 806.

[17] V. sulla tematica C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva UE 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, 499 ss.

[18] V. sul punto la Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio presentata il 22.03.2023, n. 2023/0083 che verrà



La direttiva 771 riguarda dunque anche difetti sopraggiunti in un momento successivo rispetto alla consegna del bene e lo fa parametrando le nozioni di difetti ai requisiti sia soggettivi che oggettivi di conformità previsti ai sensi degli artt. 6 e 7.

La direttiva 770 permette invece di distinguere tra beni [19] con contenuti digitali e contenuti digitali veri e propri, in cui la componente digitale è prevalente, decisiva e qualificativa del bene o servizio oggetto del contratto [20].

Il contenuto digitale è stato definito come insieme di dati prodotti e forniti in modo digitale mentre il servizio digitale come attività che consenta di "creare, trasformare, archiviare i dati o accedervi in formato digitale", oppure come servizio che consente la "condivisione di dati in formato digitale caricati o creati dal consumatore o da altri utenti del servizio" ai sensi dell'art. 2, nn. 1 e 2, lett. a), b) della Direttiva n. 770.

La difficoltà interpretativa è dunque in questo caso quella di comprendere quando un bene digitale possa essere riconosciuto come difettoso in presenza di un difetto di conformità.

Il legislatore tuttavia nella direttiva n. 770 si è interessato per lo più del sistema rimediale da attuare in maniera quasi del tutto analoga rispetto a quanto previsto in materia di garanzia per la conformità dei beni di consumo, non spendendosi invece per ciò che concerne la definizione dei possibili difetti che potrebbero riguardare i beni ed i contenuti digitali ed i contratti che li disciplinano.

Si è ritenuto [21] pertanto che il difetto di conformità, in tal caso, dovrebbe riguardare i casi in cui vi sia una difformità rispetto alle prescrizioni del GDPR in materia di protezione dei dati personali [22].

Tali indicazioni assumono estrema rilevanza specie nell'ottica di considerare gli elementi digitali come incorporati nel bene oggetto di un contratto.

In questo caso è stato rilevato [23] che se l'elemento digitale è in grado di raccogliere dati personali e consentirne il successivo trattamento da parte di un titolare o di un soggetto responsabile, vi è la necessità di applicare al contratto la disciplina di protezione dei dati sia per ciò che concerne l'aspetto del consenso sia per quanto riguarda gli aspetti legati alla fornitura di beni conformi a tutti i dispositivi di protezione previsti dal GDPR.

2. – Altra importante esigenza era quella di prevedere un sistema di tutele tale da poter garantire le esigenze di consumatori, specie in caso di utilizzo di prodotti difettosi.

La necessità di tutelare il consumatore in generale nell'ambito del rapporto di vendita è culminata con

---

meglio analizzata *infra* e che prevede ai sensi dell'art. 1 al secondo paragrafo "La presente direttiva si applica alla riparazione dei beni acquistati dai consumatori in caso di difetto del bene che si manifesta al di fuori della responsabilità del venditore ai sensi dell'art. 10 della direttiva (UE) 2019/771".

[19] V. il Considerando 14 della Direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019, in cui si afferma che "il termine beni dovrebbe essere inteso come comprensivo dei beni con elementi digitali e si riferisce pertanto a qualsiasi contenuto o servizio digitale incorporato o interconnesso con tali beni, in modo che la mancanza di detto contenuto digitale o servizio digitale impedirebbe lo svolgimento delle funzionalità di tali beni".

[20] V. sulla tematica C. CAMARDI, *op. cit.*, 499 ss.

[21] C. CAMARDI, *op. cit.*, 507.

[22] V. sul punto il Considerando n. 48 della Direttiva UE 2019/770 in cui si afferma che in relazione alle circostanze del caso è possibile ritenere che un difetto di conformità rispetto ai principi fondamentali del GDPR, quali sanciti dai requisiti di minimizzazione dei dati, protezione dei dati fin dalla progettazione e protezione dei dati per impostazione predefinita, costituisca un difetto di conformità ai fini della Direttiva. Ciò si verificherebbe per lo più nei casi in cui l'operatore economico abbia assunti impegni mediante delle clausole contrattuali e da ciò deriverebbe l'insorgenza di un requisito soggettivo di conformità.

[23] C. CAMARDI, *op. cit.*, 513.

ISSN 2421-2563



l'adozione della Direttiva 99/44/CE, recepita nell'ordinamento italiano mediante il D. Lgs. n. 24 del 2 febbraio 2002 [24], che sembrerebbe aver dato buoni risultati per ciò che concerne la protezione del consumatore [25], avendo rappresentato un importante volano per la creazione di un diritto comunitario uniforme [26].

Il legislatore europeo con l'adozione della Direttiva del 1999, ha deciso di concentrare la sua attenzione sulla responsabilità del venditore di beni di consumo con riferimento ai prodotti difettosi nell'ipotesi di non conformità al contratto dei beni acquistati dai consumatori, introducendo una vera e propria gerarchia di rimedi che potesse soddisfare al meglio le esigenze di tutela dei consumatori europei.

La Direttiva ha introdotto una garanzia legale di "conformità del bene al contratto" di durata biennale, che permette di avere un trattamento uniforme per tutte le anomalie materiali della cosa, vizi, mancanza di qualità essenziali o promesse, unitamente ad un insieme di misure di tutela e rimedi articolato, ma al tempo stesso omogeneo [27].

Emergeva la settorialità di tale disciplina poiché era stata introdotta solo per alcuni tipi di vendita ed esclusivamente per le parti contrattuali che potevano essere qualificate come "consumatore" o "professionista", il che ha comportato difficoltà nel pieno recepimento del contenuto anche per ciò che concerne gli effetti [28].

Un altro elemento rilevante che si evinceva dal testo della Direttiva con riferimento alle ipotesi di difettosità del prodotto era rappresentato dalla nozione di conformità intesa quale sintesi delle qualità del bene, come descritte dal venditore, richieste dal compratore e vantate dal produttore nella presentazione del prodotto [29].

Un prodotto per essere conforme doveva possedere tutte le caratteristiche contenute nel regolamento contrattuale ed in sua mancanza il legislatore ha previsto una serie di circostanze per le quali il bene si presentava conforme al contenuto del contratto [30].

---

[24] Tale Direttiva si era prefissata lo scopo di armonizzare il diritto degli Stati dell'Unione Europea, occupandosi di "taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo" e di incrementare le relazioni transfrontaliere facendo in modo che i consumatori potessero essere sicuri che il livello di protezione del loro paese si potesse applicare anche per gli acquisti realizzati oltre frontiera.

[25] G. CAPILLI, *La vendita di beni di consumo. Garanzia e rimedi*, in *I contratti del consumatore*, a cura di G. ALPA, Milano, 2014, 1066 ss.

[26] *Ex multis* si può far riferimento all'adozione del libro verde sulla revisione dell'*acquis* relativo ai consumatori del 2007, alla Proposta di Direttiva sui diritti dei consumatori dell'8 ottobre 2008, al Libro Verde sul diritto dei consumatori del 2017, al *Feasibility Study* (ultima versione del 19 agosto 2011), alla Risoluzione del Parlamento Europeo sulla Proposta di Direttiva sui diritti del consumatore del 23 giugno 2011, alla Comunicazione della Commissione dell'11 ottobre 2011 su un diritto comune europeo della vendita per facilitare le transazioni transfrontaliere nel mercato unico, alla Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alla risoluzione della controversia online dei consumatori del 29 novembre 201, alla Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, recante modifica del regolamento (CE) n. 2006/2004 e della Direttiva 2009/22/CE del 29 novembre 2011 e al Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori, alla Direttiva 2009/22/CE, alla Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori ed alla Direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori).

[27] A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 44/99/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, in *Contr. impr Eur.,* 2001, 107 ss.

[28] V. autorevolmente sul punto G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di E. GABRIELLI e E. MINERVINI, Milano, 2005, 973 ss. in cui l'autore si sofferma sulle difficoltà emerse in sede di recepimento della Direttiva comunitaria che ha determinato sollecitazioni tali da richiedere la necessità di apportare modifiche come rilevato nel libro verde del 2007 in materia di revisione dell'*acquis* dei consumatori.

[29] G. CAPILLI, *op. cit.*, 1073.

[30] In merito alla nozione di conformità al contratto ed alle presunzioni si rimanda a P.M. VECCHI, *Art. 1519 – ter*, in *Commentario*, a cura di L. GAROFALO, V. MANNINO, E. MOSCATI, P.M. VECCHI, Padova, 2009, 132 ss.



Le presunzioni previste dal legislatore europeo comportavano delle valutazioni in merito all'uso normale, all'uso particolare, alla conformità alla descrizione effettuata dal venditore, alla qualità del bene corrispondente al campione o al modello presentato, alle qualità e prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo che il consumatore poteva ragionevolmente aspettarsi tenuto conto della natura di quest'ultimo ed eventualmente delle dichiarazioni pubbliche in merito alle caratteristiche specifiche del bene rese al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante in particolare nella pubblicità e sull'etichettatura [31].

La nozione di conformità assumeva rilevanza in relazione alla sua centralità per quanto riguarda il sistema rimediale nell'ambito della disciplina sulla vendita dei beni di consumo.

Il sistema di rimedi predisposto dalla Direttiva n. 44 del 1999 diverge da quello originariamente previsto dalla Direttiva n. 374/1985, attuata in Italia con il D.P.R 224/1988, che era stato altresì incentrato sul ripristino della conformità, come sottolineato da parte della dottrina [32] che aveva messo in risalto la novità per l'ordinamento giuridico italiano.

I rimedi introdotti con la Direttiva del 1999 sono manutentivi con riguardo alla specifica fattispecie in esame del contratto e mediante l'entrata in vigore di quest'ultima si è superata la *vexata quaestio* relativa all'ammissibilità nel nostro ordinamento di un'azione di esatto adempimento che sino a quel momento non era stata ancora introdotta.

La normativa comunitaria e quella italiana di recepimento hanno creato un sistema articolato di mezzi di reazione al difetto di conformità, in rapporto gerarchico tra loro in cui il diritto al ripristino della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione diventa prioritario rispetto alla tutela caducatoria o modificativa del rapporto con risoluzione del contratto o riduzione del prezzo [33].

Questo sistema rimediale non era però da intendersi in via esclusiva, poiché ben poteva il consumatore scegliere tra l'applicazione delle norme previste dalla Direttiva e dalle norme di recepimento e la possibilità di agire secondo le disposizioni di cui agli artt. 2043 ss. cod. civ. ed in specie agli artt. 2049 – 2051 cod. civ. e art. 185 cod. pen.

Il D.P.R. 224/1988 di attuazione della Direttiva non ha modificato il testo di quest'ultima, richiamando la possibilità di ricorrere alle "altre leggi", senza specificarne il contenuto nel dettaglio.

La Direttiva n. 44/1999 ai sensi dell'art. 3 ha invece previsto un sistema rimediale basato sulla sussistenza di mezzi di reazione al difetto di conformità scandito dalla duplicità dei fini (attuazione, ovvero rimozione/modifica del risultato traslativo) e dalla molteplicità delle tecniche a ciò deputate (riparazione o sostituzione da un lato, risoluzione o riduzione del prezzo, dall'altro) [34].

La novità per il sistema normativo italiano era dunque rappresentata dalla esplicita previsione dei rimedi della riparazione e della sostituzione del prodotto difettoso, ossia rimedi manutentivi del contratto il cui riconoscimento mirava ad assicurare al compratore la correzione o sostituzione della prestazione per renderla conforme a quella programmata con il contratto [35].

Il sistema di tutele avverso la difettosità del prodotto è stato poi trasposto negli artt. 130 e seguenti del

---

[31] G. Capilli, *op. cit.*, 1093.

[32] C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di F. Vassalli, Viii, Torino, 1993, 1008 ed in senso contrario vedasi M. Giorgianni, *L'inadempimento, Corso di diritto civile*, Milano, 1974, 53.

[33] G. Amadio, *Difetto di conformità e tutele sinallagamatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 901 ss.

[34] A. Luminoso, *La vendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2014, 582 ss.

[35] V. autorevolmente A. Di Majo, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo,* Milano, 2022, 2 ss.

ISSN 2421-2563



codice del consumo a loro volta modificati dalla Direttiva n. 2019/770 sui contenuti digitali [36] attuata con il D.lgs. 173/2021 e dalla Direttiva 2019/771 in materia di garanzie nella vendita dei beni di consumo [37] attuata dal D.lgs. 170/2021, mantenendo il duplice sistema rimediale prima citato [38].

La normativa in materia di consumo si discosta dalla disciplina della vendita internazionale, togliendo in capo al consumatore la possibilità di scegliere il sistema più conveniente a discapito di un sistema gerarchico nel quale la necessità di ripristino della conformità del bene assume il ruolo di tecnica rimediale primaria [39].

Il sistema di graduazione gerarchica dei rimedi [40] è rigido, inderogabile in pregiudizio del venditore, il quale non può vedere mutato l'ordine di esercizio dei rimedi per iniziativa unilaterale del compratore.

I rimedi della riparazione e della sostituzione hanno permesso, secondo parte della dottrina [41], di costruire un sistema di tutele nel quale la conformità del bene venduto rappresenta la prestazione dovuta dall'alienante a titolo di obbligazione primaria che nasce dal contratto.

Va tuttavia rilevato che, sebbene il legislatore abbia prestato particolare attenzione verso i rimedi utilizzabili per far fronte alle ipotesi di difettosità dei prodotti, ha lasciato ampio spazio all'interprete per dare una più precisa definizione rispetto a quella fornita dall'art. 117 cod. cons. attualmente vigente, laddove siano state indicate delle circostanze utili per una esatta determinazione del contenuto da adattare al caso concreto.

3. – L'evoluzione delle disposizioni normative in materia di difetti del prodotto e della conseguente responsabilità ha tenuto conto del mutamento delle esigenze del tessuto sociale in relazione ai tempi di attuazione.

Tale fervore normativo è dovuto anche alla continua progettazione per ciò che concerne le norme in materia di diritto contrattuale europeo, che hanno inevitabilmente condizionato il dibattito in materia di responsabilità da prodotto difettoso.

Bisogna pertanto fare menzione del *DFCR* predisposto dallo *Study Group on a European Civil Code* e dal *Research Group on EC Private Law*, che è stato oggetto di notevoli critiche in letteratura per la sua difficoltosa applicazione da un punto di vista pratico [42].

---

[36] V. sulla tematica C. CAMARDI, *op. cit.*, 499 ss.

[37] A. BARENGHI, *Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Contr. impr.*, 2020, 2, 806.

[38] Per un'analisi critica R. BIN, *Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria*, in *Impr. Europa*, 2000, 406 ss.; G. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, 187 ss.

[39] V. autorevolmente A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, 583, in cui l'autore sottolinea il *favor* del legislatore europeo per la tecnica di ripristino della conformità del bene in quanto sistema più conveniente che lascia aperta la strada verso la tutela di tipo caducatorio del rapporto solo nel caso in cui il ripristino risulti impossibile o sproporzionato, oppure venga attuato senza l'osservanza di congrui termini o con notevoli inconvenienti per il compratore.

[40] Per un'attenta analisi del profilo di responsabilità si rimanda a Cass. Civ., Sez. III, 14 giugno 2005, n. 12750, in *Foro it.*, 2006, 1, 2435 e in *Danno e resp.*, 2006, 259, con nota di A. L. BITETTO, in cui si viene a configurare una responsabilità oggettiva dell'importatore del prodotto difettoso, che miri a salvaguardare i consumatori dagli effetti dei vizi inerenti a prodotti lavorati immessi in circolazione da operatori economici professionali, anche a prescindere dalla configurabilità di elementi di colpevolezza, e tra le tante altre pronunce giurisprudenziali sul tema vedasi anche Cass. Civ., Sez. II, 30 agosto 1991, n. 9277, in *Corr. giur.*, 1991, 120; Cass. Civ., Sez. III, 15 marzo 2007, n. 6007, in *Danno resp.*, 2007, 7, 809 ss.; Cass. Civ., Sez. III, 8 ottobre 2007, n. 20985, in *Resp. Civ.*, 2007, 12, 1014 ss. con nota di A. TUOZZO.

[41] Si rimanda a G. AMADIO, *op. cit.,* 905 ss.; A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2012, 20 ss., in cui gli autori riflettono circa il rapporto tra la conformità del bene oggetto del rapporto contrattuale ed i rimedi teorizzati dal legislatore di derivazione europea nell'ottica di individuare un sistema di rimedi riconducibile ad una tutela satisfattoria.



All'interno del *DFCR* la vendita è disciplinata nel Libro IV ed è basata sui *Principles of European Law of Sales* pubblicati nel 2008 ed a loro volta ispirati alla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili ed alla Direttiva sulle garanzie nella vendita di beni di consumo [43].

Nel 2010 la Commissione che si occupava dei lavori ha poi nominato un gruppo di esperti per elaborare un testo di diritto opzionale per l'Europa avente ad oggetto la compravendita e denominato *Feasibility Study*, la cui ultima versione risale al 19 agosto 2011.

Il *Feasibility Study* disciplinava esclusivamente i contratti di compravendita di beni mobili prevedendo un insieme di regole in materia di obblighi di informazione precontrattuale, comportamento secondo buona fede e recesso dalle trattative, diritto di recesso, vizi del consenso e disciplina delle clausole abusive [44].

Tuttavia il dibattito in merito al testo del *Feasibility Study* non si è protratto eccessivamente poiché il 10 ottobre 2011 è stata pubblicata la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo ed al Comitato delle Regioni per la predisposizione di un Regolamento, cui era collegata la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ad un diritto comune europeo della vendita COM (2011) 635 definitivo 2011/0284.

La Commissione aveva pertanto deciso di agire sul contratto della vendita e a tal fine la Proposta per un diritto comune europeo della vendita prevedeva un insieme di norme uniformi di diritto contrattuale che disciplinavano l'intero ciclo di vita del contratto [45].

In generale l'evoluzione normativa ha permesso di risolvere talune problematiche evidenziatesi nel tempo, tra cui quella degli obblighi e dei conseguenti costi della sostituzione o della riparazione del bene, quando si tratti di beni che richiedono una particolare installazione o configurazione, che in origine non erano oggetto di analitica trattazione [46].

Tanti altri sono stati invece i problemi irrisolti, che hanno rappresentato linfa per l'adeguamento dell'apparato normativo vigente.

Si pensi alla tematica della durata della garanzia sul bene riparato o sostituito, problema per il quale erano state proposte delle soluzioni in dottrina [47], sottolineando che da ciascuna sostituzione dovesse decorrere una nuova garanzia, mentre in caso di riparazione quest'ultima dovesse iniziare a decorrere nuovamente solo per i difetti inerenti la riparazione.

O ancora altri temi irrisolti sono rappresentati dalla necessità di stabilire luogo e tempo della riparazione o

---

[42] V. per qualche commento W. DORALT, *Diritto europeo dei contratti: rischi e opportunità del regime opzionale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 6, 1205, S. GRUNDMANN, *The structure of the DCFR – Which Approach for Today's Contract Law?*, in ERCL, 2008, 225 ss., G. ALPA, G. CONTE, *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, in *Riv. dir. civ*, 2008, 141 ss.

[43] G. CAPILLI, *op. cit.*, 1125.

[44] Per alcuni commenti sul tema si rimanda a N. DONADIO, *Diritto contrattuale comunitario e optional instrument: una valutazione preventiva*, in *Contr. impr. Eur.*, 2011, 649 ss.; F.P. PATTI, *Le clausole abusive e l'optional instrument nel percorso dell'armonizzazione in Europa*, in *Contr. impr. Eur.*, 2011, 662 ss.; F. ROCCO, *L'istituzione di uno strumento opzionale di diritto contrattuale europeo*, in *Contr. impr. Eur.*, 2011, 798 ss.

[45] La finalità e l'oggetto di questa Proposta di regolamento venivano indicate nell'art. 1 in cui si prevedeva che il *corpus* uniforme di norme di diritto dei contratti potesse essere usato nelle transazioni transfrontaliere per la vendita di beni e la fornitura di contenuto digitale e la prestazione di servizi connessi, ove le parti del contratto lo avessero convenuto, nell'ottica di una riduzione di costi superflui e per ciò che concerne i contratti tra professionisti e consumatore per rafforzare la fiducia e stimolare ad acquistare.

[46] Si pensi ad esempio al testo della Direttiva 99/44/CE che ai sensi dell'art. 3 comma 4, al netto delle successive modifiche, prescrive che qualora la riparazione richiede la sostituzione del bene installato in modo conforme alla natura ed allo scopo dello stesso prima che si manifesti il difetto di conformità, vi è l'obbligo di riparare o sostituire il bene rimanendo a carico dell'obbligato anche la rimozione del bene non conforme e l'installazione del bene sostitutivo o riparato.

[47] R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali. Il regime delle garanzie nelle vendute al consumo*, Napoli, 2007, 302 ss.

ISSN 2421-2563



della sostituzione, nonché quelli relativi ai notevoli inconvenienti derivanti dall'applicazione di tali rimedi.

Tra le varie proposte aventi come scopo quello di modificare l'apparato normativo in materia di responsabilità per danni da prodotto difettoso, merita un cenno anche la già menzionata Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla responsabilità da prodotti difettosi redatta a Bruxelles, del 28.09.2022 COM 2022, 495 [48].

Tale Proposta trova fondamento nell'art. 114 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea che prevede l'adozione di misure atte a garantire l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno e nella volontà di risolvere quelle incapacità della normativa vigente in materia che era stata adottata ormai quarant'anni fa e di adattarsi alle nuove forme di produzione e distribuzione dei beni, nonché per provare a governare in maniera adeguata i danni cagionati da prodotti [49].

Il primo profilo analizzato in chiave critica era quello della concezione e definizione di prodotto difettoso [50].

La scelta del legislatore di voler concentrare l'interesse sulla mancanza di sicurezza e di non offrire una nozione normativa come quella individuata dall'art. 1490 c.c. in materia di vizio, comporta la necessità di concentrarsi sulla figura del danno occorso [51], con la conseguenza che il concetto di difetto "entra in corto circuito col danno, risultando la non sicurezza qualificazione del prodotto desunta a posteriori dal danno verificato" [52].

Un prodotto si qualifica difettoso quando risulta insicuro ma al contempo appare insicuro nel caso in cui sia irragionevolmente dannoso ed è dannoso quando sussiste un nesso causale tra utilizzo del prodotto e danno [53].

Le problematiche interpretative menzionate permettono di comprendere perché le disposizioni normative in materia di responsabilità per prodotto difettoso siano costantemente in aggiornamento.

In generale sembrerebbe che l'urgenza degli interventi legislativi proposti recentemente dall'Unione Europea, ad esempio nell'ambito del pacchetto di misure presentato dalla Commissione Europea l'11 aprile 2018 dal titolo *New Deal for Consumer*, sia stata dettata dalla precarietà dello stato di salute del diritto dei consumi [54].

L'inadeguatezza dell'impianto normativo europeo, nonostante la rigidità di alcune delle previsioni, deriva dall'analisi dei risultati promossi dalla Commissione UE che ne rivela un'inefficacia determinata da mancanza di consapevolezza e da una sfiducia dei consumatori per l'insufficienza dei mezzi di ricorso a cui appellarsi in presenza di danni patiti [55].

---

[48] Sul punto e per un'analisi del contenuto del testo normativo si rimanda *infra* al par. 1.

[49] V. sul punto A. CIONI, *op. cit.*, 656, in cui si analizza la tematica soffermandosi sulla nozione di prodotto, sulla valutazione dei danni risarcibili e sull'apparato probatorio da utilizzare a supporto, riflettendo sull'inadeguatezza dell'apparato normativo sussistente anche nell'ottica dell'evoluzione del concetto di bene e, conseguentemente, dell'attribuzione di difettosità che può venire a manifestarsi.

[50] Per un'attenta analisi dei profili critici in riferimento alla concezione di prodotto difettoso si rimanda a C. PISU, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, in *Contr. impr.*, 2008, 617 ss. e E. AL MUREDEN, *Danno da cellulare e doveri di informazione tra precauzione e autoresponsabilità*, in *Corr. giur.*, 2020, 365 ss.

[51] A. FUSARO, *Responsabilità del produttore: la difficile prova del difetto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 896 ss.

[52] Espressione usata in C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 793, in cui l'autore riflette in merito a come l'interferenza logica che si viene a creare per il rapporto tra mancata sicurezza e prodotto difettoso comporti problemi interpretativi di non poco conto soprattutto per quanto riguarda i prodotti inevitabilmente insicuri ma non per questo necessariamente difettosi.

[53] A. CIONI, *op. cit.*, 659.

[54] V. Commissione Europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale Europeo. Un "New Deal" per i consumatori*, 11 aprile 2018, testo disponibile sul sito https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0183&from=EN.

[55] V. E. CAPOBIANCO, *The New Deal for Consumers*, in *Jus Civile*, 2023, 3, 651 ss., in cui l'autore riflette circa la necessità di un



Queste esigenze di modifica dell'impianto normativo europeo sono state bilanciate dalla sempre crescente necessità di sostenere gli obiettivi del *Green Deal europeo* [56] nell'ottica di diminuire l'impatto ambientale della consumazione.

A tal fine la Commissione europea ha presentato, in data 22 marzo 2023, la Proposta di Direttiva n. 2023/0083 (COD) [57] recante norme comuni che promuovono la riparazione dei beni e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e le direttive (UE) 2019/771 e (UE) 2020/1828, con cui ha rilevato che lo scarto prematuro di prodotti che potrebbero essere riparati genera ogni anno milioni di tonnellate di rifiuti e contribuisce significativamente all'emissione di gas a effetto serra.

I concetti di tutela dell'ambiente e quelli di durabilità e sostenibilità rappresentano i futuri capi saldi anche in materia di responsabilità da prodotto difettoso, quali criteri da enfatizzare nel momento in cui il consumatore è chiamato a scegliere tra riparazione e sostituzione del bene difettoso acquistato [58].

4. – In data 22 marzo 2023, come già accennato, la Commissione europea ha presentato la Proposta n. 2023/0083 (COD) per l'adozione di una Direttiva contenente norme comuni che promuovono la riparazione dei beni.

Tale testo è volto a prevedere una normativa idonea ad attribuire ai consumatori dell'Unione europea un nuovo diritto alla riparazione dei beni, sia nel caso in cui la riparazione venga richiesta nell'ambito della garanzia che al di fuori della stessa [59].

L'obiettivo della Proposta di Direttiva, che al momento in cui si scrive è alla fase della prima lettura del Consiglio dell'Unione Europea [60], è quello di conseguire un consumo sostenibile, raggiungendo gli obiettivi del *Green Deal europeo*, diminuendo l'impatto ambientale della consumazione [61].

---

difficoltoso bilanciamento tra effettività dei rimedi a tutela dei consumatori e corretto funzionamento del mercato, riconoscendo come le proposte delle istituzioni europee si siano mosse su due fronti: uno volto ad ampliare la tutela giurisdizionale e l'altro volto a rafforzare gli obblighi di informazione del mercato, operando quindi in materia di contrattazione e degli effetti derivanti.

[56] Il *Green Deal Europeo* ruota attorno al principio di sviluppo sostenibile, in merito al quale si segnalano le attente riflessioni di A. CILENTO, *New Deal per i consumatori: risultati all'altezza delle ambizioni?*, in *Contr. Impr.*, 2019, 1195 ss.; D. IMBRUGLIA, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, in *Pers. e mercato*, 2021, 3, 496 ss.; F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in *Diritto e ambiente*, a cura di G. ROSSI, Torino, 2021, 181 ss.; F. BERTELLI, *I green claims tra diritti del consumatore e tutela della* concorrenza, in *Contr. Impr.*, 2021, 1, 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.*, 2020, 2, 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. L'obiettivo della nozione di sviluppo sostenibile è quello di integrare le esigenze dello sviluppo con quelle di tutela dell'ambiente e per ciò che concerne il rapporto tra professionista e consumatore l'obiettivo è di arginare il fenomeno del *greenwashing* ovvero una tecnica di comunicazione o di marketing perseguita da aziende, istituzioni ed enti che propongono come ecosostenibili le proprie attività, esaltando gli effetti positivi di alcune iniziative ed al contempo cercando di occultare l'impatto ambientale negativo di altre o dell'impresa nel suo complesso.

[57] Per il testo integrale della Proposta di Direttiva consultare: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:52023PC0155.

[58] V. sul punto A. PLAIA, *La garanzia convenzionale nella vendita al consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 10155 ss.; A. QUARTA, *Per una teoria dei rimedi nel consumo etico. La non conformità sociale dei beni tra vendita e produzione*, in *Contr. impr.*, 2021, 523 ss. in cui si segnala come la durabilità debba essere intesa quale requisito oggettivo di conformità cosicché il venditore sia obbligato a fornire al consumatore un bene che possegga la durabilità normale in un bene del medesimo tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi.

[59] Per un primo commento alla Proposta di Direttiva vedasi *La Commissione presenta una proposta legislativa per attribuire ai consumatori un nuovo diritto alla riparazione: gli aspetti salienti e le sinergie con altre proposte*, in *Osservatorio europeo*, a cura di A. PALUMBO, *Contr.*, 2023, 3, 343 ss.

ISSN 2421-2563



Tale finalità deve essere perseguita anche mediante la previsione di ipotesi di riparazione dei beni acquistati dai consumatori nel caso in cui il difetto si verifichi o manifesti al di fuori della responsabilità del venditore ai sensi dell'art. 10 della direttiva UE 2019/771, così come previsto dall'art. 1 par. 2.

L'art. 5 della Proposta introduce l'obbligo per i produttori di riparare i difetti al di fuori della responsabilità del venditore su richiesta del consumatore ed a fronte del pagamento di un prezzo o in forma gratuita.

In particolare la disposizione limita l'obbligo di riparazione ai beni per i quali e nella misura in cui sono stabilite specifiche di riparabilità negli atti giuridici dell'Unione elencati nell'allegato II della Direttiva, di modo che tali specifiche garantiscano che i prodotti cui tali fattispecie fanno riferimento siano tecnicamente riparabili.

L'obbligo di riparazione ricorre nelle ipotesi di specifiche di riparabilità e la norma riconosce anche la possibilità che sia dovuto il pagamento di un prezzo da parte del consumatore [62].

L'unica possibilità di esenzione dall'obbligo di riparazione in capo al produttore è rappresentata dal caso in cui la riparazione sia impossibile, come ad esempio ove i beni siano danneggiati al punto che questa non sia tecnicamente realizzabile.

La portata dell'obbligo di riparazione coincide dunque con i requisiti di riparabilità indicati nell'allegato II ma ben potrebbe darsi che, al netto del continuo modificarsi dell'assetto di interessi e della realtà in cui viviamo, si vengano ad introdurre nuovi beni per i quali sussisterebbe un obbligo di riparazione nonostante questi non rientrino nelle specifiche di riparabilità di cui all'allegato prima citato.

Appare dunque necessario un costante monitoraggio che possa permettere di modificare l'allegato inerente i requisiti di riparabilità di modo che questo possa essere costantemente aggiornato adattandosi alle continue esigenze mutevoli, specie per ciò che concerne il rapporto tra consumatori e professionisti [63].

Il comma 2 dell'art. 5 specifica invece quali obblighi debbano essere adempiuti da produttori stabiliti al di fuori dell'Unione ed in tali casi l'obbligo di riparazione incombe sul rappresentante autorizzato del produttore che si trova nell'Unione.

Nell'eventualità in cui il produttore non abbia un rappresentante autorizzato nell'Unione, l'obbligo di riparazione deve essere assolto dall'importatore o dal distributore di beni.

Tale disposizione garantisce la certezza del diritto per i produttori di paesi terzi, specificando le modalità per rispettare l'obbligo di riparazione e cristallizza anche in maniera chiara il diritto per i consumatori, indi-

---

[60] Per visionare il testo completo della Proposta di Direttiva e monitorare l'iter di approvazione della stessa si rimanda a https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:52023PC0155.

[61] V. anche tra gli altri tesi normativi di riferimento per la tematica in esame la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo, al Comitato delle regioni dal titolo *Un nuovo piano di azione per l'economia circolare*, COM (2020), 98 final del 11 marzo 2020; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al consiglio dal titolo *Nuova agenda dei consumatori*, COM (2020) 696 final del 13 novembre 2020.

[62] Appare utile sul punto una lettura approfondita del Considerando 12 della Proposta di Direttiva, rinvenibile su https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:cdbeaa83-c94e-11ed-a05c-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF, in cui si dice che poiché l'obbligo di riparazione imposto ai produttori della presente Direttiva riguarda difetti che non sono dovuti alla non conformità dei beni ad un contratto di vendita, i produttori possono effettuare la riparazione dietro pagamento di un prezzo da parte del consumatore, a fronte di un altro tipo di controprestazione o a titolo gratuito. L'imposizione di un prezzo dovrebbe incoraggiare i produttori a sviluppare modelli di business sostenibili, comprendenti la fornitura di servizi di riparazione. Il prezzo e le condizioni dovrebbero essere concordati in un contratto tra il consumatore ed il produttore, e il consumatore dovrebbe rimanere libero di decidere se il prezzo e le condizioni siano accettabili.

[63] In tal senso assume estrema rilevanza quanto previsto dall'art. 5, paragrafo 4 della Proposta di Direttiva, in cui si conferisce alla Commissione il potere di adottare atti delegati per modificare l'allegato II, ad esempio introducendo nuovi gruppi di prodotti quando vengono adottate nuove specifiche di riparabilità negli atti giuridici dell'Unione. Il conferimento di tale potere alla Commissione dovrebbe garantire che tutte le future specifiche di riparabilità pertinenti possano essere integrate nell'allegato II.



viduando a quali operatori economici si possono rivolgere nell'Unione per ciò che concerne l'obbligo di riparazione dei produttori di paesi terzi.

Un'altra norma di importanza centrale della Proposta di Direttiva è certamente l'art. 4 che analizza il modulo europeo di informazioni sulla riparazione.

Ai sensi di tale disposizione, il modulo illustrato nell'allegato 2 della Proposta di Direttiva deve essere fornito, su richiesta, dal riparatore al consumatore prima che quest'ultimo sia vincolato da un contratto per la fornitura di servizi di riparazione.

Occorre allora verificare a quale vincolo si faccia riferimento al fine di sapere se l'obbligo informativo vada assolto prima della stipula del contratto o prima della sua esecuzione.

L'indagine si rivela necessaria in presenza del riferimento legislativo che riguarda solo una delle due parti del contratto ed una ben determinata fattispecie contrattuale in cui rileva non solo il contenuto ma anche la produzione di effetti dello stesso.

Ed ancora ai sensi del paragrafo 5 dell'art. 4 il legislatore prevede che il riparatore non possa modificare le condizioni di riparazione previste nel modulo durante i primi 30 giorni dal momento in cui il modulo è stato fornito e che se, in questo arco temporale, viene concluso un contratto per la fornitura di servizi di riparazione, le condizioni di riparazione specificate nel modulo europeo di informazioni sulla riparazione formano parte integrante del contratto.

Ci si troverebbe dunque in presenza di una fattispecie a formazione progressiva in cui il contratto, il modulo di riparazione e il concreto espletamento delle attività di fornitura di riparazione di beni e servizi, rilevano nell'ambito del rapporto tra consumatore e professionista ai fini della riparazione.

Il modulo consentirebbe ai consumatori di valutare e confrontare facilmente i servizi di riparazione previsti nell'allegato e così di essere liberi di decidere se volerne usufruire, ad esempio per avere una visione complessiva delle condizioni fondamentali del servizio di riparazione o per confrontare diversi servizi di riparazione.

Per ciò che concerne il contenuto, il modulo deve indicare una serie di informazioni chiave sul servizio, tra cui le informazioni sul riparatore, una descrizione completa del bene, dei difetti riscontrati e della riparazione richiesta, il prezzo da corrispondere ed il tempo stimato per il completamento della riparazione.

L'importanza di questo modulo europeo di informazioni sulla riparazione risiede anche nel fatto che, nel caso in cui sia stato fornito correttamente al consumatore, si riterrebbero adempiuti gli obblighi informativi previsti da alcune normative dell'Unione ed in particolare dalla Direttiva 2011/83/UE [64], dalla Direttiva 2006/123/CE [65] e dalla Direttiva 2000/31/CE [66].

Un altro elemento rilevante della Proposta di Direttiva riguarda la piattaforma online per la riparazione menzionata dall'art. 7 che obbliga gli Stati membri a garantire la presenza, per il loro territorio, di almeno una piattaforma online che permetta ai consumatori di ricercare i riparatori e conseguentemente di ritrovarli più facilmente.

Tale disposizione ha l'obiettivo di facilitare la comparazione tra differenti servizi di riparazione per i con-

[64] Direttiva 201183/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica della Direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della Direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la Direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la Direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, GUUE, L 304 del 22 novembre 2011.

[65] Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi del mercato interno, GUUE L 376 del 27 dicembre 2006.

[66] Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.

ISSN 2421-2563



sumatori, facilitando lo sviluppo di un mercato orientato in tal senso [67].

L'art. 7 elenca una serie di requisiti a cui devono essere conformi le piattaforme nazionali e tra questi vi devono essere funzioni di ricerca che permettano di filtrare i risultati in base al bene ed alle caratteristiche dei servizi di riparazione, con il fine ultimo di promuovere il consumo sostenibile.

Questo obiettivo deve essere raggiunto anche nell'ottica di un principio di responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde [68], che introduce innovazioni nella normativa europea vigente volte a fare in modo che i consumatori vengano informati in maniera maggiormente adeguata sull'impatto ambientale dei propri acquisti.

L'introduzione del diritto alla riparazione, così come previsto dalla Proposta di Direttiva 2023/0083 (COD), permette una tutela più ampia per i consumatori poiché questi possono esercitare un diritto generalizzato alla riparazione anche una volta che siano scaduti i termini per la garanzia legale, semplificando anche l'adempimento degli obblighi informativi mediante il modulo europeo di informazioni sulla riparazione.

Assume rilevanza infine anche la disposizione conclusiva della Proposta di Direttiva, ovvero l'art. 10, poiché statuisce l'imperatività delle norme prevedendo che qualsiasi accordo contrattuale che, a danno del consumatore, escluda l'applicazione delle disposizioni nazionali che recepiscono la Direttiva, o vi deroghi o ne modifichi gli effetti, non vincola il consumatore a condizione che non sia diversamente disposto dalla Direttiva stessa.

Si persegue dunque l'obiettivo di tutelare la posizione del consumatore ed evitare che questi possa subire dei danni anche nell'ambito del procedimento di riparazione, riconoscendo addirittura come nessuna disposizione contrattuale possa escludere l'applicazione delle norme previste dalla Proposta di Direttiva in danno del consumatore.

5. – Il diritto alla riparazione previsto dalla Proposta di Direttiva prima analizzata comporta delle importanti novità rispetto al sistema rimediale previsto a tutela del consumatore, dagli artt.130 e ss. cod. cons.

I rimedi predisposti nell'ambito della disciplina sulla vendita dei beni del consumo sono infatti incentrati sul ripristino della conformità, che si realizza mediante riparazione o sostituzione del bene, divenendo questi sistemi prioritari rispetto alle tutele di tipo caducatorio o modificativo del rapporto mediante risoluzione del contratto o riduzione del prezzo [69].

Tuttavia, sebbene il rimedio di riparazione sia stato previsto espressamente ai sensi dell'art. 130 cod. cons. al secondo comma, il legislatore si è preoccupato maggiormente di richiamare la necessità di ripristino del bene allo *status* di conformità anziché disciplinare espressamente le modalità della riparazione.

Il rimedio previsto dall'art. 130 cod. cons. [70] è alternativo rispetto a quello della sostituzione ed è basato

---

[67] V. il Considerando 21 della Proposta di Direttiva, rinvenibile su https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:cdbeaa83-c94e-11ed-a05c-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF, in cui si evidenzia come la piattaforma possa essere già esistente o gestita da privati purché rispetti le condizioni previste dalla Direttiva e dovrebbe includere strumenti comparativi indipendenti e di facile utilizzo che possano aiutare il consumatore a valutare e confrontare le caratteristiche dei diversi fornitori di servizi di riparazione, incentivandolo così a scegliere la riparazione anziché l'acquisto di nuovi beni .

[68] V. sul tema la proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica le Direttive 2005/29/CE e la Direttiva 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 marzo 2022.

[69] V. G. CAPILLI, *op. cit.*, 1095, in cui si riflette su come i rimedi della risoluzione o della riduzione del prezzo siano esperibili solo nel caso in cui i rimedi della riparazione e della sostituzione siano impossibili o sproporzionati, oppure non possano essere attuati entro un termine congruo o con notevoli inconvenienti.

[70] V. in un'ottica critica la differenza rispetto al rimedio previsto dall'art. 1453 c.c. che prevede la risolubilità del contratto per



sul presupposto oggettivo della non conformità e soggetto ai termini di prescrizione e decadenza di cui all'art. 131 cod. cons.

La scelta in merito al rimedio da utilizzare è rimessa dunque alla volontà del consumatore.

L'esigenza di prevedere espressamente tali modalità e di disciplinare il rimedio della riparazione riconoscendolo come un vero e proprio diritto è stata avvertita maggiormente nel corso del tempo per far fronte alle esigenze di consumo sostenibile [71].

Tra le peculiarità del sistema rimediale previste dal codice del consumo vi è quella che prevede che la sostituzione o riparazione del bene possano essere esperiti solo nei confronti del venditore diretto, essendo esclusa la possibilità di estendere la legittimazione passiva al produttore del bene di consumo.

La Proposta di Direttiva 2023/0083 (COD) presentata dalla Commissione europea in data 22 marzo 2023 all'art. 5 prevede invece al comma 2 la possibilità, nel caso in cui il produttore sia stabilito al di fuori dell'Unione, che all'obbligo di riparazione adempia il suo mandatario nell'Unione e qualora il produttore non abbia un mandatario, l'importatore del bene sarebbe chiamato ad adempiere a tale obbligo.

Emerge dunque la volontà del legislatore europeo di estendere la platea dei soggetti legittimati passivamente nell'obbligo di riparazione, nell'ottica di una tutela sempre più ampia del diritto del consumatore che trarrebbe giovamento essendo facilitato nel raggiungimento del suo obiettivo in un'ottica rimediale.

Un altro elemento desunto dalla normativa del codice del consumo è quello della gratuità prevista per i rimedi della riparazione e della sostituzione dei beni, per cui tutte le spese necessarie per renderli conformi al contratto devono essere sostenute dal venditore.

Sul tema è intervenuta anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia [72] che ha precisato che il consumatore ha il diritto di esigere dal venditore la riparazione del bene o la sua sostituzione, in entrambi i casi senza spese, a meno che la sua richiesta non sia impossibile da soddisfare o sproporzionata.

La gratuità del ripristino della conformità del bene è volta a tutelare il consumatore dal rischio di oneri finanziari che potrebbero dissuaderlo dal far valere i propri diritti.

Nella proposta di Direttiva invece il legislatore europeo prevede, ai sensi dell'art. 5, che il diritto di riparazione del bene possa essere ottemperato gratuitamente o dietro il pagamento di un corrispettivo in denaro o di una controprestazione di altro tipo.

Tale previsione della possibilità di pagamento per la riparazione effettuata è stata giustificata dal fatto che quest'obbligo riguarda difetti non dovuti alla non conformità dei beni a un contratto di vendita [73].

In quest'ottica si prevede anche che il prezzo debba essere eventualmente inserito in un contratto la cui presenza unita alla pressione concorrenziale esercitata da altri operatori dovrebbe incoraggiare i produttori che hanno l'obbligo di riparazione a mantenere dei prezzi accettabili per i consumatori.

Nell'ottica dell'analisi del rimedio della riparazione è importante anche fare menzione della conformità del bene.

---

inadempimento dell'altra parte che comporta l'insorgere in capo alle parti dell'obbligo di restituzione e di rimborso delle prestazioni già eseguite ovvero l'estinzione delle obbligazioni non ancora adempiute.

[71] Sul punto si rimanda *infra* al par. 4.

[72] Sulla gratuità dei rimedi v. l'interpretazione della Corte di Giustizia nella sentenza del 16 giugno 2011, caso Weber C– 65/09 e C– 87/09, in cui è stato rilevato che, dal tenore letterale dell'art. 3 della direttiva in materia e dei lavori preparatori di quest'ultima, emerge la volontà del legislatore comunitario di fare del requisito della gratuità del ripristino della conformità del bene da parte del venditore un elemento essenziale della tutela garantita al consumatore.

[73] V. il Considerando 12 della proposta di Direttiva, rinvenibile su https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:cdbeaa83-c94e-11ed-a05c-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF, in cui si si prevede anche che il prezzo e le condizioni per la riparazione dovrebbero essere concordati in un contratto tra il consumatore ed il produttore ed il consumatore dovrebbe rimanere libero di decidere se il prezzo o le condizioni siano accettabili.

ISSN 2421-2563



La nozione di conformità nell'ambito della Proposta di Direttiva emerge nell'art. 12, in cui si prevede una modifica dell'articolo 13, paragrafo 2, della direttiva (UE) 2019/771 [74], a cui è aggiunta la seguente frase: "In deroga alla prima frase del presente paragrafo, se i costi di sostituzione sono pari o superiori ai costi di riparazione, il venditore ripara il bene al fine di ripristinare la conformità".

La necessità di ripristinare la conformità del bene su cui era basato l'impianto della normativa vigente in materia di riparazione nell'ambito del codice del consumo e della normativa europea, compare dunque nella Proposta di Direttiva del marzo 2023 solo per far fronte ad un caso specifico.

Tale evenienza è prevista nell'ipotesi in cui i costi di sostituzione siano pari o superiori ai costi di riparazione.

La scelta del legislatore europeo potrebbe essere letta in un'ottica di tutela della sostenibilità dell'ambiente poiché se si valuta che i costi di sostituzione sono pari o superiori a quelli di riparazione, quest'ultima dovrebbe essere effettuata mediante ripristino del bene allo *status* di conformità [75].

Rispetto all'impianto normativo della Direttiva del 2019 [76], nella Proposta di Direttiva del marzo 2023 non vi è più la possibilità di scelta in capo al consumatore in quanto il legislatore mediante un meccanismo presuntivo e nell'ottica di una volontà di tutela del consumatore, prevede il rimedio della riparazione e le modalità con cui eseguirla, seppur in modo generico, ovvero mediante il ripristino del bene a conformità [77].

Ed invero questa necessità di modifica dell'impianto previsto originariamente dalla Direttiva del 2019 sorgeva in quanto l'obiettivo di utilizzare come unica anomalia del bene il difetto di conformità non era stato pienamente raggiunto [78].

---

[74] V. A. PLAIA, *op. cit.*, 523 ss., in cui l'autore sottolinea come la Direttiva 2019/771/UE in tema di conformità del prodotto, incentiva il consumo sostenibile e l'economia circolare laddove nei Considerando n. 32 e 48, rimanda ai concetti di durabilità e sostenibilità che dovrebbero divenire criteri da enfatizzare nel momento in cui il consumatore deve scegliere tra riparazione o sostituzione del bene difettoso acquistato. La durabilità è presentata quale requisito oggettivo di conformità, di modo che il venditore è obbligato a fornire al consumatore un bene che possegga la durabilità normale in un bene del medesimo tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi. Alla luce di ciò il *right to repair* non può che essere letto come rimedio che invoglia al riutilizzo e quindi alla gestione accorta delle risorse.

[75] Tale scelta del legislatore differisce rispetto al contenuto della Direttiva (UE) 2019/771 che all'art. 13, paragrafo 2 consultabile in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0771e e che prevede che ai fini del ripristino della conformità del bene, il consumatore possa scegliere tra riparazione e sostituzione, purché il rimedio prescelto non sia impossibile o, rispetto al rimedio alternativo, non imponga al venditore costi sproporzionati, tenuto conto di tutte le circostanze.

[76] V. A. BARENGHI, *Osservazioni sulla nuova disciplina nella vendita di beni di consumo,* in *Contr. Impr.*, 2020, 806 ss. in cui si riflette su come non possa non censurarsi il fatto che il consumatore resti comunque libero di scegliere tra riparazione e sostituzione senza che sia prevista una preferenza per la prima soluzione e, ciò, nonostante il fatto che questa sia espressamente qualificata come *a inherently sustainable remedy* (un rimedio intrinsecamente sostenibile). V. anche autorevolmente sul tema S. PAGLIANTINI, *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771,* in *Giur. It.*, 2020, 217 ss. in cui l'autore sottolinea come il bene debba possedere le caratteristiche e le qualità che il consumatore si può legittimamente attendere, anche in termini di durabilità.

[77] Per un'attenta riflessione in merito alla nozione di conformità utilizzata nell'ambito della Direttiva 2019/771 v. G. BASGNOSI, *Il vizio di armonizzazione dei c.d. obblighi di protezione della Dir. 2019/770/UE*, in *Giur. It.*, 2023, 10, 2236 ss. in cui si afferma che nei casi in cui l'operatore economico violi le disposizioni del GDPR durante l'esecuzione del contratto di fornitura di contenuti e/o servizi digitali, il consumatore possa esperire uno dei rimedi previsti dall'art. 14 della Dir. 2019/770/UE, vale a dire per un verso il ripristino della conformità del contenuto o servizio digitale e per altro verso, la riduzione adeguata del prezzo ovvero, nei casi in cui il vizio sia talmente grave da non ammettere il ripristino, la risoluzione del contratto.

[78] Sul punto si rimanda a O. CAGNASSO, *Risoluzione del contratto ed "azione di adempimento" quali strumenti di tutela del consumatore o dell'impresa?*, in *Cont. Impr. Eur.*, 2001, 32 ss.; B. AGOSTINIS, Artt. 1490 – 1499. *La garanzia per i vizi della cosa venduta. Le obbligazioni del compratore*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato e già diretto da P. SCHLESINGER, continuato da F. DONATO BUSNELLI, Milano, 2012, 40 ss.; G. CAPILLI, *L'attuazione della diretttiva 1999/44/CE: il modello francese e spagnolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 147 ss.



L'obiettivo di far riferimento solo al difetto di conformità non è stato raggiunto neanche a seguito delle modifiche apportate al provvedimento, in quanto permanevano dubbi in merito alla figura dell'*aliud pro alio* [79] da considerarsi distinta dalla nozione di non conformità.

È stato inoltre evidenziato [80] come il concetto di difformità, introdotto a seguito del recepimento della Direttiva del 2019 rappresentava una sintesi di tutte le anomalie conosciute nel nostro ordinamento e gli indici di conformità già menzionati dall'art. 129 cod. cons. risultavano simili ai criteri distintivi utilizzati dal legislatore nel codice civile e dalla giurisprudenza.

In ogni caso emerge come, dopo aver raffrontato i due impianti normativi, la riparazione corrisponda ad un obbligo di *facere* avente per oggetto la messa in opera di tutte le modifiche necessarie e sufficienti a rendere il bene conforme al contratto, secondo quanto previsto dall'art. 130 cod. cons., e nella misura in cui sono previste specifiche di riparabilità negli atti giuridici dell'Unione elencati nell'allegato II della Proposta di Direttiva 2023/0083 (COD) presentata dalla Commissione europea in data 22 marzo 2023.

Sebbene dunque emerga la volontà di individuare la riparazione come rimedio fruibile dal consumatore per tutelare nel migliore dei modi i suoi interessi in caso di difettosità del prodotto, non può negarsi come i due impianti normativi posseggano dei tratti distinti tra loro.

Pare senz'altro da rilevare che nella realtà mutevole in cui viviamo, non si può più pensare di utilizzare il rimedio della riparazione collegandolo ad una nozione standard di conformità; alla luce del proliferarsi di nuove figure di beni che impongono una visione maggiormente incentrata sulle qualità dei prodotti, occorre tenere in debita considerazione le differenze sussistenti tra gli stessi ed adottare soluzioni più elastiche.

La standardizzazione della nozione di conformità stride dunque con la realtà complessa in cui viviamo ed impone delle riflessioni in merito ai rimedi predisposti per far fronte alla difettosità dei prodotti.

Con la Proposta di Direttiva 2023/0083 (COD) si viene dunque a creare un sistema secondo cui, in presenza di un danno del bene, occorre valutare la presenza del difetto di conformità.

Nel caso in cui si venga a manifestare tale difetto bisogna valutare se la sostituzione abbia un costo inferiore rispetto alla riparazione ed in tal caso il consumatore ben potrebbe optare per la prima, mentre se i costi della sostituzione e della riparazione sono uguali, il consumatore deve optare per la riparazione gratuita.

Nell'eventualità in cui, invece, non si manifesta il difetto di conformità, si opererà sempre il rimedio della riparazione in forma gratuita o su accordo previsto in una clausola del contratto, dietro corrispettivo.

Il rimedio della riparazione non sembra quindi più correlato alla sussistenza della difettosità del bene, la quale a sua volta va distinta dalla non conformità del bene.

L'apparato rimediale, per ciò che concerne la riparazione, sembra collegato invece alla persistenza del danno occorso in capo al bene *sic et simpliciter* con la conseguenza che ben potrebbe, in futuro, essere più frequente il ricorso a tale rimedio anche nell'ottica della tutela della sostenibilità dell'ambiente.

---

[79] La figura dell'*aliud pro alio* non ha una definizione in un preciso riferimento normativo e pertanto ci si può riferire a quanto statuito in giurisprudenza secondo cui sussiste quando la cosa consegnata sia diversa nella sua identità fisica rispetto a quella contemplata nel contratto. *Ex multis* si rimanda a Cass. Civ., 28 gennaio 1972 n. 228, in *Giur. It.*, 1972,1, 1312; Cass. Civ., 28 aprile 1971 n. 1257, in *Foro it.*,1971, 1915 ss.

[80] B. AGOSTINIS, *op. cit.*, 43.

ISSN 2421-2563

JUS CIVILE



MICHELE SPINOZZI

Avvocato

LA PREDEDUZIONE NEL COMPLESSO SISTEMA DELLE FONTI CIVILISTICHE E NEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA: ASPETTI CRITICI E PROBLEMATICHE (RI)EMERGENTI

SOMMARIO: *1. Alle origini di una dicotomia: crediti professionali e prededuzione nel primigenio assetto della legge fallimentare. – 2. Le modifiche legislative in materia concorsuale e il nesso funzionale delineato dal riformato art. 111 l. fall.: dalla deflagrazione prededuttiva all'arresto delle Sezioni Unite. – 3. L'attuale disciplina dei crediti professionali in prededuzione, tra vecchie certezze e nuove incertezze normative.*

1. – Per intraprendere un'analisi dell'attuale disciplina della prededucibilità dei crediti professionali dettata dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14) occorre inevitabilmente ripercorrere in via preliminare l'evoluzione delle previgenti fonti normative e delle conseguenti elaborazioni giurisprudenziali.

Le attuali disposizioni, infatti, costituiscono la rappresentazione plastica dello sforzo compiuto dal legislatore della riforma di superare le varie criticità emerse nell'applicazione della normativa *ante novellam*, assumendo come imperativo categorico la necessità di contenimento dei costi delle procedure. Esigenza che, come si vedrà, non appare del tutto felicemente coniugata con i principi che dovrebbero regolare il soddisfacimento concorsuale, anche con riferimento all'art. 3 Cost., sicché in relazione a talune disposizioni potrebbero sorgere finanche dubbi di illegittimità costituzionale.

L'originaria formulazione dell'art. 111, comma 1 l. f. del 1942, nel delineare l'ordine di distribuzione delle somme, non menzionava la prededuzione, né tantomeno la locuzione «crediti prededucibili», verosimilmente sulla scorta di un'applicazione rigorosa del principio della *par condicio creditorum*, secondo il quale non vi erano margini in ambito fallimentare per alcuna soddisfazione degli interessi dei creditori al di fuori del ristretto ambito concorsuale.

In altri termini, il legislatore dell'epoca si era limitato a disciplinare senza troppe perifrasi il mero profilo effettuale della prededuzione, prevedendo che taluni debiti contratti dalla curatela per l'amministrazione del fallimento o per la continuazione dell'esercizio dell'impresa (al pari delle spese anticipate) dovessero essere soddisfatti *ex lege* con prevalenza assoluta rispetto ad altri o, per meglio dire, «dedotti» dalla massa delle poste concorsuali (tanto di natura privilegiata quanto chirografaria) con conseguente liquidazione anticipata e integrale in caso di sufficiente capienza dell'attivo fallimentare [1].

[1] Sul tema si v., per tutti, G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, 387 ss.; G. BOZZA SCHIAVON, *L'accertamento*



Il tutto senza introdurre alcuna ulteriore specificazione di sorta ad eccezione di quella, contenuta nel successivo comma 2 del citato art. 111 l. fall., secondo cui i «prelevamenti» necessari per il soddisfacimento delle citate poste creditorie in questione dovevano essere determinati «con decreto dal giudice delegato».

La telegrafica formulazione del dato testuale, pur delineando l'essenza processuale (e non sostanziale) del beneficio, lasciava irrisolte svariate problematiche, generando in tal guisa incertezze interpretative di non poco rilievo [2].

Al netto della evidente disomogeneità delle citate ragioni di preferenza dei crediti in questione e della impropria assimilazione operata dal legislatore tra le «spese» della procedura, i «debiti» contratti per l'amministrazione del fallimento e quelli per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, appariva palese la volontà di restringere l'ambito applicativo della prededuzione [3] alle sole poste cronologicamente successive all'apertura della procedura fallimentare.

In altri termini, l'apertura del fallimento rappresentava il necessario e fisiologico antecedente logico e cronologico ai fini del trattamento preferenziale dei suddetti crediti [4].

La preconcetta preclusione ad includere tra i costi prededucibili quelli sorti prima della dichiarazione di fallimento, a prescindere dalla natura e dalla causa del credito, aveva prodotto conflittualità interpretative soprattutto nell'ambito della procedura di amministrazione controllata, con la conseguente diffusione del principio della consecuzione delle procedure concorsuali, apparso immediatamente poco compatibile con l'assetto dell'art. 111 l. fall. all'epoca vigente e, più in generale, con la tradizionale impostazione volta a confinare la prededuzione nella dinamica strettamente connessa a una procedura liquidatoria [5].

A partire dagli anni novanta del secolo scorso la problematica aveva riguardato anche il concordato preventivo, originariamente considerato inidoneo a generare prededuzioni [6].

La tendenziale ritrosia a riconoscere la prededucibilità dei crediti, anche professionali, maturati in una procedura concordataria risoltasi con il fallimento dell'imprenditore era stata poi di fatto definitivamente su-

---

dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione, Milano, 1992, 465 ss.; E. MARINUCCI, *I crediti prededucibili nel fallimen*to, Padova, 1998, 8 per una puntuale e articolata ricostruzione del fenomeno in ottica storica si v. M. FABIANI, *La prededuzione nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Diritto della crisi*, 27 aprile 2023, 2 ss.

[2] Ci si riferisce, a titolo esemplificativo e non certo esaustivo, alla possibilità di includere o meno detti crediti nei piani di riparto, ovvero alla possibilità di distinguere i debiti della massa dalle spese della procedura, non necessariamente contratte dall'amministrazione fallimentare.

[3] Si v. in proposito G. ALESSI, *Debiti di massa nelle procedure concorsuali*, Milano, 1987.

[4] Più di una perplessità ha destato l'impostazione dell'art. 111 l. fall. all'epoca vigente. Autorevole dottrina non ha mancato di evidenziare, infatti, il ruolo e la natura della prededuzione, intesa quale elemento portante delle vicende di impresa, attribuendo alla stessa una collocazione del tutto fisiologica nel contesto fallimentare; si v. in proposito R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, 1658 ss.; G.C. RIVOLTA, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969, specie 156 ss., 422 ss.

[5] A. BONSIGNORI, *Processi concorsuali minori*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1997, 409; T. MOLLURA, *L'amministrazione controllata delle società*, Milano, 1989, 54.; V. SICURACUSA, *La prededucibilità nel successivo fallimento dei crediti sorti in amministrazione controllata e concordato preventivo*, in *Giust. civ,* 1984, II, 153 e ss.; V. GIORGI, *Consecuzione di procedure concorsuali e prededucibilità dei crediti*, Milano, Giuffrè, 1996; nell'ampio panorama giurisprudenziale si segnala, tra le altre, Cass., S.U., 14 ottobre 1977 n. 4370.

[6] Cfr., *ex multis*, Cass., 26 giugno 1992, n. 8013, in *Fall*., 1992, 1027; Cass., 27 ottobre 1995, n. 6852; Cass., 14 giugno 1997, n. 6352 in *Giust. civ. Mass*., 1997, 1187; Cass., 9 settembre 2002, n. 13056, in *Fall*., 2003, 1145 ss.; in dottrina si v., per tutti, G. OPPO, *Mandato irrevocabile e vincoli di gestione nell'amministrazione controllata*, in *Riv. dir. civ*., 1961, I, 25 e ss. *Contra* G. LO CASCIO, *Sulla prededucibili di crediti nel fallimento*, in *Giur. comm*., 1975, I, 347 ss.; in senso conforme si v. F. D'ALESSANDRO, *Procedure concorsuali consecutive e prededuzione*, in *Giust. civ*., 1992, II, 149; M. SANDULLI, *La tutela dei crediti di massa nelle procedure concorsuali minori*, in *Dir. fall*., 1990, I, 440.

Tra le prime pronunce in senso contrario rispetto all'orientamento all'epoca prevalente si v. Cass., 5 agosto 1996, n. 7140, in *Fall*., 1997, 269; Cass., 12 marzo 1999, n. 2192, in *Fall*., 2000, 370.

ISSN 2421-2563



perata con l'abbandono della vocazione prettamente liquidatoria del concordato preventivo, muovendo dalla consapevolezza che l'interesse del ceto creditorio poteva essere certamente meglio tutelato e perseguito nell'ambito di un processo di riorganizzazione e continuazione dell'impresa, nonché da una fase di rinnovamento e rigenerazione sociale, piuttosto che per il tramite di un cieco automatismo liquidatorio, spesso fallimentare in ogni senso [7].

Tendenza che, peraltro, aveva trovato inequivocabili, per quanto indirette conferme anche nel processo di «disintermediazione giudiziaria» che il nostro sistema concorsuale aveva progressivamente conosciuto con la stagione delle riforme fallimentari del 2005 – 2006 e, con l'introduzione di istituti volti all'individuazione di una soluzione negoziale della crisi d'impresa, nel segno di una maggiore valorizzazione dell'autonomia privata e nell'ottica di un superamento dell'obsoleto e anacronistico binomio «crisi – liquidazione aziendale» nel concordato preventivo, con inevitabile disgregazione del complesso produttivo [8].

Si tratta di un articolato percorso, non delineabile certamente in questa sede, che muoveva da una rinnovata premessa di carattere metodologico e sistematico, cioè a dire la propensione a favorire quanto più possibile il superamento della crisi di impresa al di fuori di una procedura fallimentare, al fine di garantire generalmente un soddisfacimento maggiore dei creditori concorsuali e preservare l'attività imprenditoriale [9].

In questo contesto si era affermato in via giurisprudenziale un antesignano principio volto a distinguere le spese utili «all'imprenditore» da quelle utili «alla massa» contratte nel corso di una procedura di concordato preventivo, ammettendo in relazione a queste ultime la possibilità di riconoscere il beneficio della prededuzione nel successivo fallimento già prima della riforma dell'art. 111 l. fall. [10]

Come si vedrà, detto scenario ha subito profonde mutazioni a partire dall'anno 2006 con la riscrittura dell'art. 111 l. fall. e la conseguente introduzione di modifiche che hanno profondamente rivisitato il sistema previgente in materia, con l'abbandono della contrapposizione manichea tra crediti sorti prima e dopo l'apertura della procedura con la creazione di un'unica categoria – per quanto ancora più disomogenea rispetto al passato – di crediti in prededuzione; vocabolo che, per la prima volta, trova accoglienza nel lessico legislativo [11].

Il novellato art. 111 l. fall. ha previsto, infatti, la prededucibilità di tutti i crediti «così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui

---

[7] In tal senso G. CIERVO, *Prededucibilità dei crediti sorti «in funzione» della procedura concorsuale*, in *Giur. comm*., 5, 2013, 773 ss., nota a Cass., 8 febbraio 2013, n. 8533

[8] Sul punto cfr. V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di «salvataggio» (o di ristrutturazione dei debiti di impresa)*, in *Dir. Fall*., 2008, 3-4, 369. Nei medesimi termini L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, Milano, 2007, 452; G. MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi di impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Fall*., 2008, 9, 1052 ss.; sulla filosofia sottesa alla nuova concezione del concordato preventivo e, segnatamente, sulle possibili prospettive di risanamento dell'impresa concesse dal legislatore rispetto alla normativa *ante novellam* si v., ampiamente e per tutti, G. VILLANACCI (a cura di), *Il Concordato preventivo*, Padova, 2010, cit., nonché E. FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2005, 4 ss.

[9] L'elaborazione dottrinaria sul tema dei rapporti fra strumenti negoziali e crisi di impresa è decisamente vasta; si vedano, *ex multis*, G. VILLANACCI (a cura di), *Il Concordato preventivo*, cit., 322; E. CAPOBIANCO, *Profili funzionali e strutturali dell'inadempimento del debitore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 3, 295 ss.; V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di «salvataggio» (o di ristrutturazione dei debiti di impresa)*, cit., 369; E. GABRIELLI, *Autonomia privata ed accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. es. forzata*, 2006, 3, 433 ss.; L. ABETE, *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Fall*., 2007, 6, 617 ss.

[10] In questi termini, per tutti, Cass., 25 luglio 2007, n. 16426 in *Giust. civ. Mass*. 2007, 7-8; conf. Cass., 11 novembre 2003, n. 16915, in *Dir. part. soc*., 2004, 11, 89 ss.; Cass. 2 agosto 2002, n. 11580, in *Fall.*, 2003, 603 ss.; in dottrina, per un inquadramento: A. CAVALAGLIO, *I crediti prededucibili nelle procedure concorsuali*, in *Dir. fall*., 2010, I, 449.

[11] Cfr. sul punto M. FABIANI, *La prededuzione nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 7 ss.



alla presente legge», tra i quali oltre alle poste creditorie specificatamente indicate come tali da una disposizione di legge, anche quelle generate successivamente all'instaurazione di una procedura concorsuale, nonché i crediti relativi a un periodo anteriore, purché connessi alla medesima procedura in quanto utili, *rectius* «funzionali» alla stessa; così superando definitivamente la ferrea suddivisione tra poste creditorie su base temporale che aveva contraddistinto la pregressa disciplina.

2. – La riscrittura dell'art. 111 l. fall. ad opera del d. lgs. 5/2006 ha completamente ritracciato il perimetro della categoria dei crediti in prededuzione, realizzando una piccola rivoluzione copernicana.

Le autonome e distinte tipologie di prededucibilità individuabili a seguito della citata modifica legislativa sono così divenute tre: una «legale», una «occasionale» e una «funzionale».

Nel mentre l'applicazione del criterio distintivo di carattere legale non ha mai suscitato particolari perplessità sotto il profilo interpretativo, trattandosi di poste creditorie espressamente qualificate come tali dal legislatore, è risultata ben più articolata e complessa la questione relativa alla prededucibilità dei crediti sorti «in occasione» o «in funzione» di una procedura concorsuale.

Il requisito della c.d. «occasionalità» è stato tradizionalmente valorizzato in chiave cronologica, considerando l'anteriorità dell'apertura della procedura concorsuale rispetto al momento dell'insorgenza del credito [12]. Ecco quindi che è stata ritenuta pacifica la natura prededucibile delle spese e dei debiti sorti nell'ambito dell'amministrazione del fallimento [13] (anche perché, in difetto, la procedura fallimentare non avrebbe avuto possibilità di concreto sviluppo), oltre che di tutti i costi occasionati dal fallimento [14].

Tra questi quelli connessi alla prosecuzione dei procedimenti giudiziari eventualmente pendenti in cui era parte l'imprenditore fallito, analogamente ai crediti riconducibili a obbligazioni sorte a seguito della continuazione di un rapporto contrattuale da parte del curatore, oltre alle spese di giustizia per le azioni avviate dall'amministrazione fallimentare (ovvero nei confronti di questa) nel corso della procedura, per il rendiconto e il riparto, per la pubblicità delle vendite dei beni e per l'eventuale omologazione del concordato fallimentare. Sono stati inoltre ricompresi tra i crediti prededucibili anche i compensi del curatore e degli ausiliari incaricati nelle more della procedura dello svolgimento di attività professionale nell'interesse della massa dei creditori, oltre ai debiti derivanti da attività colposa o dolosa del curatore, ovvero per il risarcimento da inadempimento nei rapporti negoziali ove il curatore era subentrato al fallito [15], oltre che le somme che il fal-

[12] Sul punto sia consentito il richiamo a M. SPINOZZI, *La disciplina della prededuzione dei crediti*, in G. VILLANACCI (a cura di), *I crediti nel fallimento*, Cedam, 2015, 173 ss.; si v. inoltre A. COSENTINO, *I crediti prededucibili nel concordato preventivo*, in Dir. fall., 2014, I, 848; A. RUGGIERO, sub *art. 111 bis*, in A. JORIO, M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, 1842; P. VELLA, *Le nuove prededuzioni nel concordato con riserva e in continuità. I crediti dei professionisti*, in *Fall*., 2013, 1145.

[13] Per tutti si v. diffusamente, M. BOCCHIOLA, A. PALUCHOWSKI (a cura di), *Codice del fallimento*, VII ed., Milano, 2013, 1390. Puntuale, in tal senso, appare il riferimento alla natura prededucibile dei «debiti della massa, contratti cioè per le spese e dunque a causa dello svolgimento e della gestione della procedura, nell'interesse dei creditori» in Cass., 25 luglio 2007 n. 16426, cit., ove, peraltro, i giudici di legittimità riconoscono *ex professo* l'ammissibilità della prededuzione anche nel concordato preventivo già sotto la vigenza della normativa previgente.

[14] In sintesi, rifuggendo da semplificazioni eccessive, appare lecito affermare che detti crediti ricevevano una maggiore tutela rispetto agli altri crediti d'impresa per il fatto stesso che, in difetto, la medesima procedura fallimentare non avrebbe possibilità di concreto sviluppo. Anche il codice del commercio del 1882 prevedeva già l'esclusione dalla falcidia fallimentare di tutte quelle poste creditorie riconducibili a «spese di giustizia e di amministrazione», al fine di consentire la gestione della procedura; cfr. in proposito G. CIERVO, *Prededucibilità dei crediti sorti «in funzione» della procedura concorsuale*, cit., 773 ss.

[15] Sono state ritenute prededucibili anche le somme dovute per condotte *latu sensu* illecite, dal curatore «poste in essere e resesi necessarie da particolari esigenze della procedura, ad esempio nell'ipotesi di ritardato rilascio di un bene immobile per im-

ISSN 2421-2563



limento soccombente era condannato a pagare, a titolo di spese legali, al creditore vittorioso nel giudizio di opposizione allo stato passivo *ex* art. 98 l. fall., ovvero le spese sostenute dall'amministrazione fallimentare nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, derivando da un'attività compiuta con le autorizzazioni degli organi abilitanti e diretta alla conservazione della procedura, nell'interesse di tutti i creditori.

Analoghe considerazioni sono valse anche per le spese di giustizia sostenute dal creditore nel giudizio *ex* art. 18 l. fall., al netto delle varie oscillazioni giurisprudenziali sul punto [16].

Perplessità similari ha suscitato anche il problema, per certi versi di analogo tenore, della prededucibilità delle spese sostenute dal creditore istante per la dichiarazione di fallimento, *vexata quaestio* che ha registrato la più ampia gamma di soluzioni possibili prospettate in via interpretativa [17].

---

possibilità di rimuovere i beni ivi contenuti del fallimento»: così M. BOCCHIOLA, A. PALUCHOWSKI (a cura di), *Codice del fallimento*, cit., 1391.

[16] Un primo orientamento, valorizzando il dato sostanziale della divergenza tra l'interesse del creditore e quello della massa dei creditori di cui l'amministrazione del fallimento era portatrice, nonché quello formale della mancanza di una specifica autorizzazione da parte degli organi del fallimento, ha negato la natura prededucibile di detti costi, ritenuti assimilabili alle spese di giustizia per atti espropriativi, con il conseguente riconoscimento del privilegio ai sensi degli artt. 2755 e 2770 c.c.; cfr. sul punto Cass., 22 aprile 1959 n. 1201; Cass., 23 ottobre 1959 n. 3040; in sede di merito, Trib. Arezzo, 11 marzo 1999. In senso parzialmente difforme Cass., 20 gennaio 2006, n. 1186, in *Giust. civ. mass*., 2006, secondo cui tali spese risultavano inopponibili alla massa dei creditori. Per contro, secondo un diverso orientamento, dal riconoscimento della qualità di litisconsorte necessario nel giudizio di opposizione alla declaratoria di fallimento in capo al creditore che ha formulato istanza *ex* art. 15 l. fall. discendeva la qualificazione delle spese dallo stesso sostenute per l'attività di resistenza in giudizio come «indispensabili» per il fallimento e, in quanto tali, prededucibili, specie in caso di contumacia del curatore. In giurisprudenza si v.: Cass., 22 dicembre 1972, n. 3569; Cass., 13 luglio 1968 n. 2502; Cass., 23 febbraio 1966 n. 567. Appariva in ogni caso fuori di dubbio che nel giudizio di opposizione «l'attività del creditore istante non è più diretta a conseguire il risultato di aprire la esecuzione e sottrarre i beni alla disponibilità del debitore, nell'interesse di tutti i creditori, ma di resistere alla contestazione del debitore avverso una decisione a lui sfavorevole, proposta da un lato nei confronti dell'organo attivo della procedura, che intende rimuovere, e dall'altro nei riguardi del soggetto che l'ha determinata o contribuito a determinarla e che, per il fatto di essere stato il suo contraddittore nella fase prefallimentare, è dalla legge (l. fall., art. 18) considerato litisconsorte necessario di quella successiva e derivata»; così Cass., 20 gennaio 2006, n. 1186, cit.; nei medesimi termini, App. Bologna, 7 febbraio 2003. La necessaria presenza nel giudizio di opposizione del creditore resistente era quindi un effetto diretto dell'attività precedentemente svolta nella fase prefallimentare, giustificata dall'esigenza che lo stesso aveva di sostenere la sua pregressa posizione processuale a seguito delle contestazioni mosse dal fallito in sede di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, pronunciata su sua iniziativa. Avendo quindi la posizione del curatore e quella del creditore istante titolo e funzioni diverse nell'ambito del procedimento di cui all'art. 18 l. fall., sembravano difettare i presupposti per ritenere omogenee le relative spese di giustizia e, quindi, assimilarle automaticamente sotto il profilo del riconoscimento della prededuzione.

[17] La giurisprudenza è passata da una posizione contraria addirittura all'opponibilità delle spese alla massa dei creditori, sul presupposto che il patrocinio legale per la presentazione dell'istanza di fallimento non sarebbe stato strettamente necessario (cfr., Trib. Padova, 5 luglio 2005 in *Fall*., 2006, 28), a una posizione favorevole all'ammissibilità al passivo fallimentare tanto in via chirografaria (cfr. Trib. Modena 3 marzo 1980 in *Giur. Comm*. 1981, II, 340) e in via privilegiata. Tesi quest'ultima prevalente secondo la giurisprudenza di legittimità: Cass. 24 maggio 2000 n. 6787, in *Fall*. 2001, 615. In senso conforme, Cass., 31 gennaio 2014, n. 2112, in *Giust. civ. mass*., 2000, 1099; in *Foro it*., 2000, I, c. 3170; in *Fall*., 2001, 615; in *Dir. fall*. 2001, II, 112; in sede di merito, si v. Trib. Sulmona, 19 novembre 2007; Trib. Fermo, 15 gennaio 2010, in *Dir. e lav. Marche*, 2010, 1-2, 118. In dottrina, si v. G. TUCCI, *I privilegi*, in *Tratt. dir. priv*. diretto da P. Rescigno, Torino, 1997, 542; C.M. PRATIS, *Dei privilegi*, in *Comm. cod. civ.*, VI, Torino, 1976, 219 ss. *Contra* Trib. Modena, 3 marzo 1980, cit.; Trib. Roma, 4 dicembre 2003, in *Dir. e prat. soc*., 2004, 14/15, 92; Trib. Padova, 5 luglio 2005. Nondimeno, di ammissione al passivo fallimentare in prededuzione si parla in Trib. Terni, 22 marzo 2012. Nei medesimi termini, in dottrina, si v. M. BOCCHIOLA, A. PALUCHOWSKI (a cura di), *Codice del fallimento*, cit., 1392. Tesi che appariva decisamente la più persuasiva, dato che la riforma dell'art. 111 l. fall., nel subordinare il riconoscimento della prededucibilità di una posta attiva (chiaramente al di fuori dell'ipotesi in cui sussista un'espressa qualificazione legislativa in tal senso) a un nesso di tipo occasionale o funzionale alle procedure concorsuali, ha inteso valorizzare tanto il legame temporale, quanto strumentale tra il credito e il procedimento o, più correttamente, gli scopi e le finalità dello stesso Se da un lato non v'era dubbio, quindi, che nel caso di specie l'apertura della fase concorsuale discenda non dalla presentazione del ricorso per dichiarazione di fallimento ma dal successivo accertamento, da parte del tribunale, delle condizioni soggettive e oggettive richieste dalla legge per la declaratoria fallimentare. Per



Decisamente più complessa e controversa è risultata, per contro, la perimetrazione dell'ambito applicativo del nesso di funzionalità o, per meglio dire, della criptica locuzione «in funzione» di cui al riformato art. 111 l. fall.

Dato il tenore letterale della citata norma, è parso sin dal principio evidente che il legislatore, nel qualificare prededucibili i crediti «sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge», avesse inteso riferirsi non soltanto al caso dei crediti sorti in occasione o in funzione della procedura fallimentare, ma anche all'ipotesi delle poste riconducibili, tanto in via occasionale che funzionale, a una procedura concorsuale minore (su tutte, il concordato preventivo) conclusa con esito negativo, cui sia ovviamente seguito il fallimento dell'impresa in crisi [18].

Il riferimento – assai significativo, nella sua pur apparente genericità – alla locuzione «procedure concorsuali di cui alla presente legge», anziché alla sola procedura fallimentare, è parso *ab origine* dirimente in tal senso. Alla luce del nuovo dato testuale dell'art. 111 l. fall. sono stati quindi considerati prededucibili anche i crediti per spese e debiti contratti per la gestione e l'amministrazione di una precedente procedura in consecuzione poiché detta norma ha rappresentato la puntuale trasposizione legislativa del principio di continuità delle procedure concorsuali che si era affermato in giurisprudenza già sotto la vigenza della normativa *ante novellam*, in relazione alla «consecuzione» tra la sola procedura di amministrazione controllata e la procedura fallimentare [19].

Di qui il logico corollario che, essendo medesimo il «fine» dei due procedimenti avvicendatisi nell'ambito di un'unica crisi imprenditoriale, non poteva che esservi un unico trattamento in ambito fallimentare sia delle poste creditorie sorte in ambito fallimentare, quanto dei crediti connessi occasionalmente o funzionalmente alla prima procedura concorsuale aperta.

È così risultata chiara, per quanto non esplicitata, la *ratio* del riconoscimento di tale deroga al principio della *par condicio creditorum* per i crediti sorti in funzione di precedenti procedure concorsuali, vale a dire la volontà di favorire quanto più possibile il ricorso a soluzioni della crisi d'impresa diverse dalla liquidazione fallimentare, in quanto il modello concettuale di riferimento in materia era costruito in termini marcatamente binari, come necessaria e rigida alternanza tra una soluzione concordata (giudiziale o stragiudiziale) della crisi imprenditoriale e la procedura di fallimento, da considerarsi vera e propria *extrema ratio* secondo il paradigma normativo di riferimento dell'epoca. La finalità di garantire tendenzialmente un soddisfacimento maggiore dei creditori concorsuali e preservare l'attività imprenditoriale ha tuttavia prodotto una ciclopica dilatazione della prededuzione, che in molti casi si è tradotta in una pervasiva minaccia delle legittime aspettative dei creditori concorsuali privilegiati e chirografari.

Contesto che ha generato una deflagrazione del contenzioso fallimentare in materia, soprattutto con rife-

---

un'attenta e puntuale ricostruzione delle problematiche si v. per tutti, E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2012, 445 ss.

[18] Si tratta di una delle questioni che, come si vedrà, ha maggiormente evidenziato la difficoltà della giurisprudenza a confrontarsi sui profili della "nuova" prededuzione delineati dal riformato art. 111 l. fall.

[19] Si v. Cass., 6 agosto 2010 n. 18437, in *Giur. comm.*, 2011, II, 873 ss., nonché in *Giust. civ.*, 2010, 11, 2457 ss. con nota di A. DIDONE, *Note minime sulla consecuzione delle procedure concorsuali*; in senso conforme Cass., 14 ottobre 1977, n. 4370; Cass., 3 luglio 1980, n. 4217; Cass., 4 giugno 1980, n. 3636; Cass., 17 giugno 1995, n. 6852. E questo perché tanto le procedure concorsuali minori, quanto le fallimentari susseguenti, risultavano finalizzate ad affrontare le medesime crisi d'impresa, ritenute in un primo momento suscettibili di regolazione attraverso un accordo con i creditori e successivamente risultate tali da condurre alla liquidazione fallimentare. A nulla rilevava, del resto, il differente presupposto oggettivo del concordato preventivo (lo stato di crisi) rispetto al fallimento (lo stato di insolvenza), stante l'acclarato rapporto di continenza del primo rispetto al secondo; in tal senso, si v., per tutti, E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., 32 ss.

ISSN 2421-2563



rimento ai crediti professionali sorti nell'ambito di una procedura concordataria seguita dal fallimento dell'imprenditore. In ragione della caleidoscopica normativa prevista dal legislatore in materia di prededuzione, nonché della portata fortemente innovativa del riformato art. 111, comma 2 l. fall. rispetto al pregresso assetto dei crediti prededucibili, sul tema della qualificazione nel successivo fallimento del credito del professionista sorto in funzione di una procedura minore, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato soluzioni alquanto discordanti [20].

Per quanto sin dal principio apparisse chiara la scelta operata dal legislatore di riconoscere la natura prededucibile anche ai crediti «sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge» e, quindi, sotto il profilo strettamente temporale, maturati anche prima dell'apertura di una procedura concorsuale alternativa seguita dal fallimento, a condizione che fossero contratti nell'interesse di tutti i creditori, taluni interpreti hanno proposto una lettura sostanzialmente abrogante della norma, al dichiarato fine di contrastare un abuso dello strumento concorsuale [21].

L'orientamento prevalente, senz'altro più convincente, evidenziando la portata innovativa della disposizione, ravvisava in tali casi la sussistenza di un nesso teleologico [22], fornendo così una chiave di lettura più aderente al dato letterale e sistematico, in un contesto legislativo che, peraltro, appariva sempre più incline a favorire il mantenimento in vita di imprese piuttosto che la liquidazione fallimentare. Tesi che aveva trovato particolare risalto in diverse pronunce di merito che, valorizzando i distinti concetti di «funzionalità» e di «occasionalità» senza operare alcuna distinzione tra procedure concorsuali, ovvero tra singole fasi interne delle procedure, erano giunte a considerare prededucibili nel successivo fallimento tutti quei crediti sorti in occasione e in funzione di un concordato preventivo dichiarato aperto, a prescindere dall'eventuale voto favorevole espresso dai creditori, ovvero dall'emissione del decreto di omologazione *ex* art. 180 l. fall. [23]

Il conflitto giurisprudenziale si è acuito con la successiva promulgazione dell'art. 182 *quater*, comma 4 l. fall., introdotto dal d.l. n. 48 del 31 maggio 2010, convertito dalla legge n. 122 del 30 luglio 2010. Detta disposizione (tra l'altro successivamente abrogata con L. 7 agosto 2012 n. 134, che ha convertito, con modificazioni, il D.L. 22 giugno 2012 n. 83) disponeva che «sono altresì prededucibili i compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione di cui agli articoli 161, terzo comma, 182 bis, primo comma, purché ciò sia espressamente disposto nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammis-

---

[20] Per un'efficace sintesi del vivace contrasto giurisprudenziale in questione si v. V. SALVATO, *Prededucibilità del credito del professionista per l'assistenza nella fase di ammissione al concordato preventivo*, nota a Cass., 8 febbraio 2013, n. 8533, in *Fall*., 2014, 1, 80 ss.; F. PANI, *Il credito prededucibile del professionista tra novità normative e giurisprudenziali*, in *ristrutturazioniaziendali.it*, 15 novembre 2021. In dottrina si segnalano inoltre i contributi forniti da L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2017, 258; S. BONFATTI, P.F. CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, Padova, 2013, 183; V. SALLORENZO, *I crediti prededucibili nell'ambito delle procedure concorsuali: in particolare la sorte del credito professionale sorto in «occasione» o in «funzione» del concordato preventivo*, in *Dir. fall*., 2016, 436; G. VERNA, *Sulla prededuzione ‹‹in funzione›› nel concordato preventivo*, in *Dir. fall*., 2015, I, 93. Sul punto sia consentito infine il richiamo M. SPINOZZI, I *profili della prededuzione alla luce del riformato art. 111 l. fall.*, *Il diritto degli affari.it*, 2014, n. 58

[21] In tal senso, Trib. Firenze, 26 marzo 2008. Pressoché nei medesimi termini, Trib. Pordenone, 8 ottobre 2009.

[22] Cfr. A. PATTI, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182-quater l. fall*., in *Fall*., 11, 2011, 1340, in nota a Trib. Milano, 26 maggio 2011, che la locuzione «in funzione» presuppone una correlazione del credito con procedura tanto di tipo strumentale, quanto teleologica.

[23] Sul punto, Trib. Milano 20 agosto 2009, in *Fall*., 2009, 12, 1413, con nota di L. BOGGIO, *Crediti sorti in funzione del concordato preventivo: prededuzione ... ma non troppo*. In senso conforme, Trib. Prato, 24 giugno 2011; Trib. Milano, 26 giugno 2009, in *Riv. dott. comm*., 2010, 190; Trib. Roma, 10 febbraio 2010; Trib. Udine, 6 dicembre 2009; Trib. Udine, 15 ottobre 2008, in *Fall*., 12, 1414. Analogamente a favore del riconoscimento della prededuzione anche Trib. Treviso, 16 giugno 2008, che però sembrava negare una rilevanza determinante all'emissione del decreto di apertura della procedura concordato preventivo ai fini del riconoscimento nel successivo fallimento della natura prededucibile del credito professionista che aveva predisposto il piano concordatario.



sione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato». Taluni interpreti, utilizzando impropriamente la norma *de qua* in chiave interpretativa, hanno limitato l'ambito applicativo dell'art. 111, comma 2 l. fall. e sono giunti ad escludere la natura prededucibile di tutti i crediti professionali sorti in funzione di un concordato preventivo diversi da quello del professionista asseveratore [24]. Con la conseguenza che, in tale prospettiva, sarebbe stato irrilevante qualsiasi accertamento ulteriore in relazione alla sussistenza di un nesso di funzionalità, perché l'unica posta attiva relativa alla fase concordataria, prededucibile nel successivo fallimento, sarebbe stata quella del professionista attestatore [25].

Altri tribunali, sulla scorta di analoghe argomentazioni, muovendo dal presupposto che l'abrogata previsione legislativa di cui all'art. 182 *quater*, comma 4 l. fall. fosse netta nel prevedere la prededucibilità del credito del professionista attestatore «purché ciò sia espressamente disposto nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato», sono giunti addirittura a negare la natura prededucibile nel successivo fallimento di tutti i crediti professionali sorti in funzione di un concordato preventivo successivamente non omologato [26]; considerando detta norma alla stregua di una disposizione dalla portata non già innovativa bensì interpretativa.

Scenario implicante una sostanziale abrogazione dell'art. 111, comma 2 l. fall. o, quantomeno, una tacita confutazione del riconoscimento della «funzionalità» quale titolo autonomo e distinto di prededuzione, subordinando l'esistenza di tale nesso a una condizione ulteriore, mai menzionata dal legislatore, cioè a dire la preventiva omologazione del concordato preventivo poi sfociato nel fallimento [27].

In altri termini, l'art. 182 *quater* l. fall., lungi dal chiarire e dall'esplicitare il testo della previsione *ex* art. 111 l. fall., ovvero dal vincolare un determinato significato ascrivibile alla stessa, nel corso della sua breve vigenza aveva semplicemente previsto un'ipotesi di prededucibilità «legale», risultando il contenuto precettivo della stessa disposizione evidentemente innovativo e, comunque, del tutto estraneo alla formulazione della norma *ex* art. 111, comma 2 l. fall. [28]

---

[24] In questa direzione Trib. Milano, 26 maggio 2011, in *Giur. comm*., 2013, 1, II, 81, con nota di G. CIERVO, *Crediti sorti «in funzione» della procedura concorsuale: solo quelli dell'attestatore sono prededucibili*; analogamente Trib. Terni, 26 aprile 2012; Trib. Fermo, 8 settembre 2011; Trib. Terni, 13 giugno 2011, in *Fall*., 2011, 1339 ss.; Trib. Pistoia, 24 ottobre 2011.

[25] Centrale, in questa prospettiva, la ritenuta particolare considerazione dell'opera prestata da quest'ultimo, considerata dal legislatore l'unica necessaria per l'apertura del concordato, stante l'obbligatorietà dell'allegazione della relazione attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo alla domanda di ammissione; in tal senso, Trib. Milano, 26 maggio 2011, cit.

[26] In tal senso, si v. Trib. Ascoli, 5 novembre 2010, in *Giur. merito*, 4, 2012, 891 ss., con nota critica di L. D'ORAZIO, *Il vaglio giurisdizionale in sede di ammissione al passivo e la verifica* ex *post della prededuzione del compenso del professionista non attestatore in sede di ammissione al passivo*: «Appare infatti evidente la scelta di campo operata dal legislatore nel senso di considerare prededucibili quei crediti maturati dal professionista per necessarie attività prodromiche all'apertura della procedura concorsuale minore purché idonee a superare quella soglia minima (l'omologazione del concordato) che le possa far considerare utili nell'interesse della massa dei creditori»; nei medesimi termini, da ultimo, Trib. Roma, 2 aprile 2013 in *Fall*., 2014, 1, 70 ss. con nota critica di G.B. NARDECCHIA, *I crediti sorti in funzione o in occasione del concordato preventivo*.

[27] In tal senso S. AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, in *Fall*., 2001, 641 ss.; L. D'ORAZIO, *Il vaglio giurisdizionale in sede di ammissione al passivo e la verifica* ex *post della prededuzione del compenso del professionista non attestatore in sede di ammissione al passivo*, cit.; A. DIDONE, *La prededuzione dei crediti tra nuovo art. 111 e nuovo art. 182-quater l. fall. prima e dopo la L. n. 134 del 2012* in *Giust. civ*., 1, 2013, 63 ss.; M. FABIANI, *Prededuzione «speciale» ex art. 182-quater l. fall. e regime di impugnazione*, nota a Trib. Firenze, 4 luglio 2011, in *Foro it*., 2011, I, c. 2529; G.B. NARDECCHIA, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, Milano, 2011, 269; A. PATTI, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182-quater l. fall*., cit., 1345; si v. inoltre A. BASSI, *La illusione della prededuzione*, in *Giur. comm*., 2011, 3, 342 ss.

[28] In tal senso, *ex multis*, Cass., 8 febbraio 2013, n. 8533, in *Fall*., 2014, 1, 69, con nota di G.B. NARDECCHIA, *La prededuzione del credito del professionista*, cit., e di V. SALVATO, *Prededucibilità del credito del professionista per l'assistenza nella fase di ammissione al concordato preventivo,* cit.; il contrasto giurisprudenziale è stato in ogni caso risolto, di fatto, dal legislatore con l'abrogazione dell'art. 182 *quater*, comma 4 l. fall.

ISSN 2421-2563



Tesi recepita dal prevalente orientamento giurisprudenziale delineatosi anche in sede di legittimità [29], oltre che dalla prevalente dottrina [30].

La questione della prededucibilità del credito professionale maturato in funzione di una procedura concorsuale minore si è riproposta in termini ulteriormente conflittuali soprattutto a seguito della modifica dell'art. 161, comma 7, con l'introduzione del concordato c.d. «in bianco» o «con riserva».

Procedura che prendeva avvio con una domanda «incompleta», sia del piano che della proposta, la cui proposizione poteva però ovviamente generare costi professionali da considerare prededucibili sulla base di scelte discrezionali o difensive (finanche meramente dilatorie) del debitore, senza alcun controllo giudiziale.

Nodo interpretativo per la cui soluzione è stato profuso dal legislatore uno sforzo scarsamente funzionale allo scopo, oltre che alquanto impacciato, con l'introduzione di una modifica dell'art. 111 l. fall. ad opera del d.l. 23 dicembre 2013 n. 145, convertito con modificazioni in L. 21/2/2014, successivamente abrogata a distanza di pochi mesi dall'art. 22, comma 7, D.L. 24 giugno 2014 n. 91, convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014, n. 116 [31].

Pur non potendo dar luogo ad una completa disamina delle elaborazioni giurisprudenziali nel frattempo delineatasi [32], va detto che sulla sussistenza dei parametri dell'utilità e della funzionalità della prestazione professionale da cui deriva il credito che aspira ad essere qualificato come prededucibile si sono registrate innumerevoli pronunce della Suprema Corte sino a quando, in ragione di un rilevante contrasto interpretativo in seno alla Prima Sezione [33], le questioni non sono state sottoposte al vaglio delle Sezioni Unite [34], che, oltre a fornire una compiuta ricostruzione dell'istituto in chiave storica e sistematica, hanno fissato alcuni paradigmi del tutti allineati al «nuovo» assetto normativo del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Ri-

---

[29] In questo senso è la pacifica giurisprudenza della Corte di Cassazione: oltre a Cass., 8 febbraio 2013, n. 8533, cit., si v. Cass., 8 aprile 2013, n. 8354 e, in senso analogo, Cass., 17 aprile 2014, n. 8958 nonché, da ultimo, Cass., 10 settembre 2014 n. 19013; cfr. inoltre, in sede di merito, Trib. Parma, 31 dicembre 2013.

[30] Per tutti, S. AMBROSINI, *Appunti flash sull'art. 182-quater della legge fallimentare*, in *www.ilcaso.it*, 2010; S. BONFATTI, *I concordati preventivi di risanamento*, in A. Caiafa (a cura di), *Le procedure concorsuali*, II, Padova, 2011, 1379 ss.; D'ORAZIO, *Il vaglio giurisdizionale in sede di ammissione al passivo e la verifica* ex *post della prededuzione del compenso del professionista non attestatore in sede di ammissione al passivo*, cit.; M. FABIANI, *Prededuzione «speciale» ex art. 182-quater l. fall. e regime di impugnazione*, cit.; G.B. NARDECCHIA, sub *art. 182-quater l. fall.*, in G. LOCASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2012; A. PATTI, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182-quater l. fall.*, cit., 1345.

[31] Si v., per tutti, E. FRASCAROLI SANTI, *Consecuzione di procedure e qul pasticciaccio legislativo sull'inquadramento dei crediti prededucibili*, in G. VILLANACCI (a cura di), *I crediti nel fallimento*, Cedam, 2015, 191 ss.; si segnalano inoltre sul punto i contributi forniti da S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, IV, Torino, 2014, 4 ss.; A. DIDONE, *Prededuzione dei crediti ex art. 111 l.f.: norme interpretative e "aberratio ictus"*, in *www.ilfallimentarista.it*, 5 maggio 2014; P. VELLA, *L'interpretazione autentica dell'art. 111, 2° co., l.f. e i nuovi orizzonti della prededuzione pre-concordataria*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 18 marzo 2014; In senso critico si è espresso anche:.

[32] Per un'efficace ricostruzione del vivace dibattito giurisprudenziale si v., per tutti, F. PANI, *La prededuzione prima e dopo il codice della crisi*, in *ristrutturazionianziendali.it*., 19 agosto 2022, 11 ss.

[33] Secondo un primo indirizzo (Cass., 15 gennaio 2021, n. 639, in *Foro it*., 2021, I, 871), il credito del professionista poteva essere considerato prededucibile nel successivo fallimento solo nel caso di ammissione dell'imprenditore alla procedura di concordato preventivo, mentre secondo un altro (Cass., 28 gennaio 2021, n. 1961, sempre in *Foro it*., 2021, I, 871) non poteva ritenersi sufficiente, a tal fine, il mero dato dell'ammissione al concordato. Per una puntuale ricostruzione del contrasto, anche in una prospettiva funzionale e sistematica, si v. da F. DI MARZIO, *Credito professionale e prededuzione*, in *giustiziacivile.com*, aprile 2021; cfr. inoltre A. CARRATTA, *Sui limiti della prededucibilità dei crediti professionali, in attesa dell'intervento delle Sezioni Unite,* in *Dir. Fall*., 2021, I, 763.

[34] Cass., Sez. Un., 31 dicembre 2021, n, 42093, in *Fall*., 2022, 356, con nota di G.B. NARDECCHIA, *La prededuzione secondo le Sezioni Unite*; in *Giust. Civ.* Mass. 2022; in *Banca borsa tit. cred*., 2023, 3, II, 368. In senso critico si v. M. GREGGIO, *La prededuzione dei compensi dei professionisti secondo le Sezioni Unite: per la certezza si rischia l'ingiustizia?*, in *dirittodellacrisi.it*, gennaio 2022.



leva infatti la Suprema Corte che il nesso di funzionalità di cui all'art. 111 l. fall. «esprime un'attitudine di vantaggio per il ceto creditorio, compendiato nella stessa procedura concorsuale in cui esso è organizzato, così attenendo a crediti maturati in capo a terzi, per prestazioni svolte anche prima dell'inizio della procedura (quesito vii) e perciò al di fuori di un diretto controllo dei relativi organi ma comunque in una relazione di inerenza necessaria allo scopo dell'iniziativa, più che al risultato; essa appare più appropriata ad ospitare la fattispecie di causa (quesito ii), poiché l'atto originante il credito risulta essere stato espletato proprio in vista del concordato o del suo successo». In questa prospettiva «l'apertura del concordato o l'omologazione degli accordi assumono così, al contempo, il significato di una conferma di adeguatezza delle prestazioni ingaggiate dal debitore rispetto alla specifica procedura concorsuale cui siano state dirette e di stabilizzazione degli stessi effetti concorsuali, solo iniziati con la domanda»; con la conseguenza che «il credito del professionista incaricato dal debitore di ausilio tecnico per l'accesso al concordato preventivo o il perfezionamento dei relativi atti è considerato prededucibile, anche nel successivo e consecutivo fallimento, se la relativa prestazione, anteriore o posteriore alla domanda di cui all'art. 161 l. fall., sia stata funzionale, ai sensi dell'art. 111, comma 2, l. fall., alle finalità della prima procedura, contribuendo con inerenza necessaria, secondo un giudizio ex ante rimesso all'apprezzamento del giudice del merito, alla conservazione o all'incremento dei valori aziendali dell'impresa, sempre che il debitore venga ammesso alla procedura ai sensi dell'art. 163 l. fall., ciò permettendo istituzionalmente ai creditori, cui la proposta è rivolta, di potersi esprimere sulla stessa; restano impregiudicate, da un lato, la possibile ammissione al passivo, con l'eventuale causa di prelazione e, per l'altro, la non ammissione, totale o parziale, del singolo credito ove si accerti l'inadempimento della obbligazione assunta o la partecipazione del professionista ad attività fraudatoria».

3. – La soluzione cui sono pervenuti i giudici di legittimità si pone in un certo qual modo in una prospettiva di continuità con il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d'ora in avanti, semplicemente in acronimo «CCII»), ove i crediti prededucibili trovano una sostanziale collocazione nel contesto destinato ai riparti, in linea con quanto era previsto nell'ambito della previgente disciplina, oltre che nell'art. 6 CCII, eloquentemente rubricato "*prededucibilità dei crediti*".

Questa disposizione (come sostituita dall'art. 3, comma 3, D.Lgs. 17 giugno 2022, n. 83, a decorrere dal 15 luglio 2022, ai sensi di quanto disposto dall'art. 51, comma 1, del medesimo D.Lgs. n. 83/2022) rappresenta senza dubbio la principale novità in materia, trattandosi del primo o, per meglio dire, del più compiuto tentativo di inquadramento sistematico dell'istituto da parte del legislatore (anche e soprattutto per ciò che concerne la definizione del travagliato rapporto tra prededuzione e crediti professionali).

In linea generale desta più di una perplessità la collocazione della norma nell'ambito dei «principi generali», dato che la disciplina in questione non è certamente la rappresentazione plastica di un principio generale [35].

[35] La collocazione della norma non appare convincente secondo G. FAUCEGLIA, *Atti di impresa e prededuzione nel codice della crisi e dell'insolvenza: novità e tradizione tra illusione e realismo*, in *Giur. Comm.*, 2, 4/2023, 208 ss., che con puntuale rigore metodologico evidenzia la scarsa coerenza dell'ubicazione sotto il profilo sistematico. Secondo l'A., infatti, «in sostanza, pare che nell'art. 6 difetti, in parte, quel criterio di norma generale che ne consenta la qualificazione tra i "Principi generali", ovvero come norma "guida" idonea a disciplinare i crediti prededucibili, ed il loro presupposto». *Contra* M. FABIANI, *La prededuzione nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 16. Osserva comunque G. D'ATTORRE, *La formulazione legislativa dei principi generali nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 4, 461che l'enunciazione di principi generali rappresenta una novità assoluta nel campo del diritto concorsuale «dove non vi è tradizione di un'enunciazione espressa dei principi generali e dove la loro

ISSN 2421-2563



Analoghe considerazioni valgono anche in relazione al concetto di «economicità delle procedure», contenuto nella rubrica della relativa sezione di riferimento («Pubblicazione delle informazioni ed economicità delle procedure»), in quanto anche in questo caso si tratta, più che di un principio generale, di una delle finalità che il legislatore ha inteso perseguire [36].

Venendo alla disciplina, il primo comma dell'art. 6 dispone che, «oltre ai crediti così espressamente qualificati dalla legge», devono essere considerati producibili: «a) i crediti relativi a spese e compensi per le prestazioni rese dall'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento; b) i crediti professionali sorti in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti o del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione e per la richiesta delle misure protettive, nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione che gli accordi o il piano siano omologati; c) i crediti professionali sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correda, nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione che la procedura sia aperta ai sensi dell'articolo 47; d) i crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore e la continuazione dell'esercizio dell'impresa, il compenso degli organi preposti e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi».

Già da una prima lettura dell'ampia e disomogea elencazione [37] – che deve ritenersi evidentemente tassativa o, quantomeno, aspira ad esserlo – appare chiara la volontà legislativa di cristallizzare definitivamente i mobili confini della prededuzione di cui al previgente art. 111 l. fall.

Obiettivo palese, per quanto inespresso, che appare in un certo senso anche ben focalizzato, al netto di esclusioni che risultano non del tutto comprensibili. È il caso, ad esempio, del credito del professionista che assiste il debitore ai fini della predisposizione della domanda di liquidazione giudiziale in proprio. Estromissione che appare più il frutto di un'amnesia legislativa che di una scelta consapevole, anche alla luce dell'evidente *favor* normativo per una tempestiva rilevazione della crisi d'impresa. Tendenza emersa in sede giurisprudenziale anche sotto la vigenza della legge fallimentare con riferimento alla omologa istanza ex art. 15 l. fall., qualificata alla stregua di atto di necessario impulso processuale specie a seguito dell'abrogazione del potere officioso del tribunale fallimentare di cui al previgente art. 6 l. fall. [38].

Per altri versi, non è del tutto chiara neppure la portata del secondo comma dell'art. 6 CCII; detta disposizione, nel prevedere che "*la prededucibilità permane anche nell'ambito delle successive procedure esecutive o concorsuali*", certifica evidentemente una nuova (o rinnovata) natura sostanziale della prededuzione, che

---

enucleazione è stata, finora, lasciata all'opera degli interpreti». Più in generale, per una ricostruzione dei principi generali in una prospettiva funzionale e sistematica si v., per tutti, G. ALPA, *I principi generali*, Milano, 1993; ID., *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, in *Giust. civ*. 4, 2014., 957 ss.; G. PERLINGIERI, *Il diritto civile tra principi e regole*, Napoli, 2022; F. RICCOBONO, *Linee per una riflessione sui principi di diritto*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011.

[36] In senso analogo F. PANI, *La prededuzione prima e dopo il codice della crisi*, in *wwww.ristrutturazioniaziendali.it*, 19 agosto 2022, 2 che, pur ritenendo non convincente l'inserimento dell'articolo 6 tra i principi generali, considera comunque «sicuramente è apprezzabile la scelta di anteporre la nozione di prededuzione all'intero assetto disciplinare della liquidazione giudiziale e degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Ciò in quanto la prededuzione rappresenta un fenomeno trasversale a tutte le procedure concorsuali, lungi dal trovare spazio operativo soltanto nella procedura di liquidazione giudiziale».

[37] Condivisibili perplessità sul fatto che la prededuzione nelle procedure concorsuali possa rappresentare una categoria unitaria sono espresse da A. BASSI, *Premesse per uno studio della prededuzione nel codice della crisi e della insolvenza*, in *Giur. comm.*, 5, 723.

[38] Il ricorso della domanda «in proprio» di fallimento rappresentava chiaramente, in tale ottica, un'attività in rapporto di adeguatezza funzionale con la procedura fallimentare, nonché con esigenze di tutela dell'interesse creditorio. Si v., per tutti, Cass., 20 settembre 2021, n. 25313; in senso analogo Cass. S.U., 31 dicembre 2021, n. 42093, cit.; nei medesimi termini, in dottrina, si v. M. BOCCHIOLA, A. PALUCHOWSKI (a cura di), *Codice del fallimento*, cit., 1392.



cessa di spiegare i propri effetti nell'ambito di una procedura concorsuale, ma li estende e proietta addirittura su eventuali successivi procedimenti esecutivi di natura individuale, che per loro stessa conformazione prescindono da ogni e qualsivoglia situazione di crisi o di insolvenza del debitore e nei quali l'istituto della prededuzione non trova cittadinanza [39].

Sullo sfondo della «nuova» prededuzione aleggia in ogni caso una tangibile diffidenza del legislatore nei confronti dei crediti professionali, tanto che una delle principali (dichiarate) finalità della disciplina, come si desume anche dalla lettura della relazione illustrativa e prima ancora dalla legge delega [40], è proprio quella di contenere i costi delle procedure e delle ipotesi di prededuzione, specie dei professionisti.

Anteponendo il perseguimento di questa finalità (impropriamente assurta al rango di un principio generale) a ragioni di coerenza e al rispetto di principi che hanno pacifica cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico, il legislatore è giunto addirittura a configurare una aprioristica e meccanica limitazione del (solo) credito professionale da considerare prededucibile nella misura del 75% del valore della complessiva posta creditoria accertata, di cui alle lett. b) e c) dell'art. 6, comma 1 CCII.

Al netto delle imperscrutabili logiche sottese alla individuazione della citata misura percentuale del credito da considerare prededucibile e della sorte della residua porzione del 25% del credito professionale non ammesso in prededuzione, ciò che desta un certo disorientamento è l'immotivato deteriore trattamento riservato ai (soli, ripetesi) citati crediti professionali rispetto ad altre poste in produzione, ovvero alle ipotesi di cui alla lett. d) dell'art. 6, comma 1 CCII, esenti da ogni defalcazione [41].

Impostazione che appare in contrasto finanche con i principi di ragionevolezza e non discriminazione, non risultando sussistenti ragioni di interesse costituzionale che giustifichino le diversità di trattamento dei creditori in questione e apprezzabili motivi che consentano di sacrificare le sole pretese creditorie professionali rispetto ad altre, in violazione dell'art. 3 Cost.

Perplessità differenti, ma non meno evidenti, si pongono anche sotto il profilo semantico e lessicale. Secondo il dettato legislativo, infatti, la misura del 75% del credito professionale prededucibile dovrebbe essere computata su un non meglio qualificato "credito accertato", per quanto non sia prevista alcuna fase di "accertamento" dei crediti nelle procedure indicate all'art. 6, comma 1, lett. b), né tantomeno nell'ambito concordatario richiamato all'art. 6, comma 1, lett. c) [42].

Anche l'individuazione di una soglia «minima» per il riconoscimento della prededuzione, cioè a dire l'omologazione del piano o degli accordi *ex* art. 6, comma 1, lett. b) o l'apertura della procedura di concorda-

---

[39] V. ZANICHELLI, *Prededuzione dei crediti tra interpretazioni attuali (incerte) e possibili soluzioni future*, in *Fall*., 2020, n. 4, 553 ss.; rileva A. NAPOLITANO, *La prededuzione per funzionalità del credito del professionista*, in *Dirittodellacrisi.it*, aprile 2021, che «il processo di espropriazione non conosce la categoria dei crediti prededucibili "tanto è vero che perfino il creditore procedente non gode della prededuzione, ma di un privilegio sostanziale (artt. 2755 e 2770 c.c.) che lo rende poziore rispetto ad ogni altro creditore intervenuto anche pignoratizio o ipotecario (art. 2777 c.c.)»; nel panorama giurisprudenziale si segnala Cass., 11 giugno 2019 n. 15724. In senso difforme M. FABIANI, *L'emancipazione della prededuzione dalle categorie processuali e i riflessi sui concordati di liquidazione*, in *Riv. dir. comm*., 2020, 443; ID., *La prededuzione nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 10 ss., secondo il quale è da intendersi superata la dualità tra prededuzione e privilegi, non essendo persuasiva la tesi della riconducibilità della fattispecie prededuttiva solo in ambito concorsuale, non trattandosi di un fenomeno rilevante solo ai fini procedurali.

[40] Art. 2, comma 1, lett. l) della Legge 19 ottobre 2017, n. 155.

[41] Di diverso avviso M. FABIANI, *La prededuzione nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 16, spec. nota 82, secondo cui «È abbastanza singolare che i più si siano concentrati, lamentandosene, sul fatto che sia stata fissata nella misura del 75% del compenso la quota di credito prededucibile del professionista, non accorgendosi che altri crediti funzionali prededucibili non esistono più".

[42] Così G. FAUCEGLIA, *Atti di impresa e prededuzione nel codice della crisi e dell'insolvenza: novità e tradizione tra illusione e realismo*, in *Giur. Comm.*, 2, 4/2023, 208 ss.

ISSN 2421-2563



to preventivo ai sensi dell'art. 47 CCII appare fortemente e immotivamente penalizzante per il professionista, dato che il raggiungimento dell'agognato risultato per il riconoscimento della prededuzione non può essere certamente garantito da quest'ultimo. Per altri versi, è di tutta evidenza che ogni eventuale giudizio prognostico sull'esito dell'assumenda iniziativa da parte del professionista è di fatto subordinato all'accettazione dell'incarico e allo svolgimento di una (quantomeno preliminare) attività di studio che rischia di non essere remunerata.

Impostazione che ripropone uno dei paradossi generatosi sotto la previgenza dell'art. 111 l. fall., rinnovandone l'abbrivio.

Da un lato, infatti, il legislatore tende dichiaratamente a favorire quanto più possibile una soluzione tempestiva della crisi d'impresa e alternativa rispetto alla liquidazione fallimentare (ora giudiziale), ma dall'altro scoraggia il professionista dall'assumere un incarico con la minaccia di un successivo declassamento del proprio credito in ipotesi di mancato raggiungimento di una soglia di utilità "minima" per la massa.

Pur volendo prescindere dalle implicazioni e dalle aporie generate da questo sorta di silenzioso processo di alterazione dell'obbligazione del professionista, che è (e rimane) pur sempre una obbligazione di mezzi e non di risultato, ciò che alimenta le maggiori perplessità è proprio la dichiarata volontà legislativa di subordinare il riconoscimento della prededuzione del credito professionale a postume valutazioni di «utilità» per la massa dei creditori, sintetizzabili nel raggiungimento di un prerequisito ritenuto «minimo» [43].

Con la conseguenza che in difetto dello stesso, che rappresenta non uno scenario non certo imprevedibile ma una circostanza del tutto fisiologica nell'ambito delle procedure concorsuali menzionate nell'ambito dell'art. 6 CCII (si pensi, ad esempio, alla mancata omologazione degli accordi di ristrutturazione) scaturiscono, con un cieco automatismo, esiti sfavorevoli per il solo professionista, il cui credito è degradato dal rango prededucibile senza necessità di alcuna concreta verifica da parte dell'interprete sulle cause dell'esito procedimentale negativo, prescindendo da qualunque verifica sulla effettiva prevedibilità dello stesso al momento dell'assunzione dell'incarico e, soprattutto, dal benché minimo accertamento sull'inerenza e sulla corretta esecuzione della prestazione professionale.

In definitiva, se la riforma aspirava a fornire un contributo dirimente, soprattutto in termini di chiarezza e logicità, nella risoluzione delle tante problematiche emerse negli anni in sede interpretativa nell'ambito del conflittuale rapporto tra prededuzione e crediti professionali, lo scopo può ritenersi solo in parte raggiunto. Per altri versi, se la precipua finalità legislativa era quella di ridurre i costi delle procedure concorsuali lievitati sotto la vigenza del previgente art. 111 l. fall. mediante un drastico e non sempre razionale contenimento delle ipotesi di prededuzione dei crediti professionali, l'obiettivo appare decisamente più centrato.

---

[43] In senso contrario F. PANI, *La prededuzione prima e dopo il Codice della crisi*, cit. 27, secondo il quale, dubitando del fatto che l'obbligazione del professionista possa perdere i suoi connotati tipici, si confonderebbero piani tra di loro distinti, «vale a dire quello del corretto adempimento della prestazione (che refluisce sul diritto al pagamento o, quantomeno, sul quantum debeatur) e quello dell'attribuzione di una preferenza processuale nella fase di soddisfacimento del credito in sede concorsuale». L'ammissione, in tale ottica, non sarebbe il risultato minimo preteso dal professionista perché la sua prestazione possa considerarsi diligente ai sensi dell'art. 1176 del codice civile. Il rilievo, a sommesso parere di chi scrive non appare convincente, in quanto il mancato riconoscimento della prededuzione, pur non incidendo direttamente sul profilo dell'adempimento dell'obbligazione del professionista, ne condiziona di fatto il (concreto) soddisfacimento del correlato interesse creditorio. In questa prospettiva, non appare agevole sostenere che il mancato raggiungimento del necessario risultato «minimo» non assuma, nei confronti del professionista, un'ingiustificata valenza aprioristicamente penalizzante.



CARMELO GIUSEPPE ANTILLO

Dottorando – Università degli Studi di Messina

UTILITÀ FONDIARIA NELLA SERVITÙ DI PARCHEGGIO E TIPICITÀ DEI DIRITTI REALI

SOMMARIO: *1. Una recente pronuncia delle Sezioni Unite sulla c.d. servitù di parcheggio: il contrasto giurisprudenziale. – 2. Autonomia privata e servitù volontarie. – 3. Numero chiuso e tipicità dei diritti reali. – 4. Regole di struttura e regole di esercizio nel diritto di servitù. – 5. La regola di specialità e il contenuto della servitù. – 6. La "localizzazione" e l'incidenza di una regola di esercizio sul contenuto della servitù di parcheggio. – 7. Segue: precisazioni sulla nozione di "localizzazione". – 8. Considerazioni conclusive.*

1. – Con la sentenza n. 3925 del 13 febbraio 2024 la Corte di Cassazione si è pronunciata a Sezioni Unite in tema di tipicità dei diritti reali e costituzione negoziale della servitù di parcheggio [1].

Secondo la Suprema Corte «lo schema previsto dall'art. 1027 c.c. non preclude la costituzione, mediante convenzione, di servitù avente ad oggetto il parcheggio di un veicolo sul fondo altrui». Ma ciò solo a condizione che, «in base all'esame del titolo e ad una verifica in concreto della situazione di fatto, tale facoltà risulti essere stata attribuita come vantaggio in favore di altro fondo per la sua migliore utilizzazione e sempre che sussistano i requisiti del diritto reale e in particolare la localizzazione».

Le Sezioni Unite sono state investite della questione al fine di risolvere il contrasto giurisprudenziale in materia [2]. Com'è noto, nel repertorio della Suprema Corte sul tema è possibile rintracciare due diversi orientamenti.

L'indirizzo più risalente nega la configurabilità di servitù aventi ad oggetto il diritto di parcheggiare autovetture su un fondo altrui. Si ritiene che tali convenzioni siano carenti del requisito necessario della predialità, in virtù del quale la servitù non può mai risolversi in una maggiore *commoditas* del godimento personale del proprietario, ma deve consistere nel riferimento diretto dell'*utilitas* al fondo dominante. Secondo tale opinione, benché il diritto di parcheggio costituisca un peso posto a carico del fondo servente, esso non può mai essere inteso come un vantaggio per il fondo dominante, in quanto l'utilità è necessariamente riferita alla persona del beneficiario e/o di altri soggetti specifici.

Da questa impostazione discende l'impossibilità di qualificare il diritto di parcheggio in termini di servitù, ma si ritiene che la connotazione personalistica della situazione giuridica costituita possa consentirne la sus-

[1] La sentenza, già massimata in Banca dati *DeJure*, può essere consultata su *www.cortedicassazione.it*.

[2] Il Primo Presidente della Cassazione ha rimesso la questione alle Sezioni Unite su istanza di parte con decreto n. 26011 del 30 marzo 2023, che può essere consultato su www.cortedicassazione.it; in commento a tale provvedimento v. M. CIRLA, *La servitù può avere ad oggetto il diritto di parcheggio? Riflessioni in attesa delle Sezioni Unite*, in *Immobili & proprietà*, 2023, 12, 683; P. BASSO, *La servitù di parcheggio è configurabile? La parola alle Sezioni Unite*, in *Persona & Danno*, 30 maggio 2023.

ISSN 2421-2563



sunzione, a seconda delle circostanze, nel diritto reale d'uso o in un diritto personale di godimento [3].

L'orientamento più recente, in maggiore sintonia con le indicazioni della dottrina, tende, invece, ad ammettere, sia pure a determinate condizioni, la costituzione per contratto di servitù di parcheggio [4].

Il nuovo indirizzo, ora definitivamente consolidato dalle Sezioni Unite, si basa su una diversa e meno rigida interpretazione del concetto di utilità fondiaria, in forza della quale non può escludersi, di per sé, che il diritto di parcheggio assuma la veste giuridica della servitù, quando tale facoltà sia concepita dai contraenti come vantaggio a favore del fondo dominante, in funzione di una sua migliore utilizzazione.

A sostegno di tale dilatazione della nozione di utilità fondiaria le Sezioni Unite adducono vari argomenti.

In primo luogo, la Cassazione evidenzia l'«indubbia affinità tra il transitare o il parcheggiare un'autovettura all'interno di un fondo di proprietà altrui», in considerazione del fatto che «in entrambi i casi i proprietari di fondi confinanti, in base al principio dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 cc, possono dar luogo sia ad un rapporto di natura reale (attraverso l'imposizione di un peso sul fondo servente per l'utilità del fondo dominante e quindi in una relazione di asservimento del primo al secondo, che si configura come *qualitas fundi*), sia alla pattuizione di un obbligo e di un corrispettivo diritto previsto a vantaggio e per la comodità della persona o delle persone specificamente indicate nell'atto costitutivo, senza alcuna funzione di utilità fondiaria» [5].

Il secondo argomento utilizzato dalle Sezioni Unite è di ordine sistematico, e consiste nell'introduzione, ad opera dell'art. 18 della l. n. 765 del 1967 (c.d. legge "ponte"), dell'art. 41-sexies della legge urbanistica (l. n. 1150 del 1942), a norma del quale «nelle nuove costruzioni ed anche nelle aree di pertinenza delle costruzioni stesse, debbono essere riservati appositi spazi per parcheggi in misura non inferiore ad un metro quadrato per ogni 10 metri cubi di costruzione». Dalla disposizione appena richiamata la Corte ricava l'utilità fondiaria del parcheggio, in quanto esso costituisce una condizione di edificabilità [6].

---

[3] In questi termini Cass. 11 gennaio 1999, n. 190; Cass. 28 aprile 2004, n. 8137; Cass. 22 settembre 2009, n. 20409, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 3, 279, con nota di F. Esposito, *Considerazioni sull'ammissibilità della servitù di parcheggio*; Cass. 21 gennaio 2009, n. 1551; Cass. 13 settembre 2012, n. 15334, in *Riv. not.*, 2012, 5, 1134, con nota di G. Musolino, *Il parcheggio fra servitù prediale, servitù irregolare e servitù personale (diritto di uso)*; Cass. 7 marzo 2013, n. 5769; Cass. 6 novembre 2014, n. 23708, in *Riv. not.*, 2014, 1202, con nota di G. Musolino, *La (impossibilità di costituire una) servitù prediale di parcheggio*, *ivi*, 2017, 2, 334; in *Giur. it.*, 2015, 5, 1088, con nota di C. Sgobbo, *La servitù di parcheggio: questione ancora aperta?*; in *Corr. giur.*, 2015, 11, 1363, con nota di M. Piazza, *Costituzione e/o riconoscimento di una servitù di parcheggio: una decisione discutibile della Cassazione*; in *Foro it.*, 2014, I, 3416, con nota di C. Bona, *Per la servitù di parcheggio*, *ivi*, 2015, I, 499, e di F. Mezzanotte, *Sull'impossibilità della servitù di parcheggio (e sui limiti dell'autonomia privata nel diritto dei beni)*, *ivi*, 2015, I, 1298, in cui la Suprema Corte giunge ad affermare che la mancanza della *realitas* comporta la nullità del titolo costitutivo della servitù per impossibilità dell'oggetto; in commento a quest'ultima sentenza v. anche A. Testa, *La nullità degli atti costitutivi di servitù di parcheggio*, in *Immobili & proprietà*, 2015, 4, 229.

[4] Così Cass. 6 luglio 2017, n. 16698; Cass. 18 marzo 2019, n. 7561, in *Riv. not.*, 2019, 3, 548, con nota di N. A. Toscano, *La servitù di parcheggio esiste: una nuova conferma della Corte di Cassazione, in attesa del probabile intervento delle Sezioni Unite*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 5, 945, con nota di R. Casini, *Sulla configurabilità della servitù di parcheggio*; Cass. 14 maggio 2019, n. 12798; Cass. 9 gennaio 2020, n. 193; Cass. 30 ottobre 2020, n. 24121; Cass. 18 gennaio 2023, n. 1486; Cass. 16 marzo 2023, n. 7620.

[5] Cass. sez. un., 13 febbraio 2024, n. 3925, § 4.1.

[6] Desta qualche perplessità, tuttavia, il riferimento fatto dalla Cassazione alla propria giurisprudenza in tema di costituzione del diritto reale di uso sui parcheggi alienati separatamente dalle relative unità abitative, poiché attualmente il secondo comma della medesima disposizione (introdotto dall'art. 12 della l. n. 246 del 2005) stabilisce che «gli spazi per parcheggi realizzati in forza del primo comma non sono gravati da vincoli pertinenziali di sorta né da diritti d'uso a favore dei proprietari di altre unità immobiliari e sono trasferibili autonomamente da esse». Per un riepilogo della questione alla luce dell'evoluzione normativa v. M. Ruotolo – A. Ruotolo, *Il regime di circolazione dei parcheggi "ponte" dopo la legge di semplificazione del 2005 (L'art. 12, comma 9 della legge 28 novembre 2005, n. 246)*, Studio n. 19-2006/C del CNN, in *Studi e materiali*, 2006, 2, 1243.



In ultimo, la Corte invoca a favore della propria ricostruzione la sentenza n. 167 del 1999 della Corte costituzionale, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 1052, comma 2, c.c., «nella parte in cui non prevede che il passaggio coattivo di cui al primo comma possa essere concesso dall'autorità giudiziaria quando questa riconosca che la domanda risponde alle esigenze di accessibilità – di cui alla legislazione relativa ai portatori di *handicap* – degli edifici destinati ad uso abitativo»[7]. Invero, tale pronuncia ha ampliato notevolmente il significato del concetto di utilità fondiaria in funzione della tutela dei diritti fondamentali dei portatori di *handicap*, nella misura in cui si è affermato che il requisito della predialità non è «certo incompatibile con una nozione di *utilitas* che abbia riguardo – specie per gli edifici di civile abitazione – alle condizioni di vita dell'uomo in un determinato contesto storico e sociale, purché detta *utilitas* sia inerente al bene così da potersi trasmettere ad ogni successivo proprietario del fondo dominante».

Sulla base di tali argomenti la Cassazione statuisce che il diritto di parcheggiare sul fondo altrui può essere legittimamente configurato sia come diritto personale di godimento che come diritto reale di servitù, con tutte le differenze che ne derivano in ordine alla disciplina applicabile. Ne consegue che il concreto inquadramento della situazione giuridica nello schema della servitù prediale dipende dall'interpretazione del titolo costitutivo, da effettuarsi secondo le regole sull'interpretazione del contratto (artt. 1362 ss. c.c.) e volta a verificare se le parti abbiano inteso imporre un peso sul fondo servente per una maggiore utilità del fondo dominante ovvero abbiano voluto attribuire un vantaggio a persone specifiche[8].

2. – La decisione della Suprema Corte vuole sicuramente valorizzazione il principio di autonomia negoziale, che, come è noto, anche ai sensi dell'art. 1322 c.c. conferisce ai privati ampia libertà in ordine agli strumenti giuridici mediante i quali programmare la realizzazione dei propri interessi[9].

Ciononostante, secondo le Sezioni Unite la costituzione della servitù di parcheggio non dipende esclusivamente dall'intenzione delle parti, ma è subordinata, in ogni caso, alla sussistenza di tutti i requisiti caratterizzanti lo schema tipico del diritto di servitù.

Sulla scia del proprio costante orientamento la Cassazione afferma che l'autonomia privata incontra un significativo limite nel principio del numero chiuso dei diritti reali, che preclude la creazione di fonte negoziale di diritti reali atipici ed impone il rispetto degli elementi strutturali di ciascuna figura legalmente prevista[10].

---

[7] La sentenza è stata pubblicata in *Rass. dir. civ.*, 1999, 3, 687, con nota di P. PERLINGIERI, *Principio personalista, funzione sociale della proprietà e servitù coattiva di passaggio*; in *Riv. not.*, 1999, 4, 973, con nota di F. GAZZONI, *Disabili e tutela reale*; in *Giur. cost.*, 1999, 3, 1622, con nota di P. VITUCCI, *Il passaggio coattivo e le persone handicappate*; in *Corriere giur.*, 2000, 2, 177, con nota di A. PALMIERI, *Accesso all'abitazione e tutela dei disabili: nuovi orizzonti per l'art. 1052 c.c.*; in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, 1/2, 150, con nota di M. ROBERTI, *La servitù coattiva per fondo non intercluso: nuove prospettive degli interessi generali*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, 1, 822, con nota di B. CAVALLO, *Servitù coattiva di passaggio a favore di un fondo non intercluso ed esigenze dei portatori di handicap*.

[8] In tema di interpretazione del contratto risultano ancora di grande attualità le indicazioni di A. FALZEA, *Comportamento*, in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II. *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 706 ss., circa la necessità, prescritta dalla legge di valutare il "comportamento complessivo" anche posteriore alla conclusione del contratto.

[9] La letteratura in tema di autonomia contrattuale è sterminata: v., *ex plurimis*, U. BRECCIA, *Art. 1322 – Autonomia contrattuale*, in E. NAVARRETTA, A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, vol. I: Artt. 1321-1349 c.c., in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, 59 ss.

[10] La vigenza del principio del *numerus clausus* dei diritti reali è stata riaffermata, da ultimo, da Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, in *Giur. it.*, 2021, 3, 549, con nota di R. CALVO, *Comunione e uso esclusivo tra autonomia e tipicità*; tra i numerosi commenti alla sentenza v. G. PETRELLI, *Condominio negli edifici, "usi esclusivi" e "usi individuali"*, in *Riv. Not.*, 2021, 2, 215; F.

ISSN 2421-2563



La Corte precisa, tuttavia, che nell'ambito delle servitù volontarie tale principio è da intendersi in senso strutturale, e non contenutistico, in quanto i privati possono determinare liberamente il contenuto del diritto purché ne rispettino la struttura tipica. In particolare, con riferimento al caso di specie «l'autonomia contrattuale è libera di prevedere una *utilitas* – destinata a vantaggio non già di una o più persone, ma di un fondo – che si traduca nel diritto di parcheggio di autovetture secondo lo schema appunto della servitù prediale e quindi nell'osservanza di tutti i requisiti del *ius in re aliena*, quali l'altruità della cosa, l'assolutezza, l'immediatezza (non necessità dell'altrui collaborazione, ai sensi dell'art. 1064 cod. civ.), l'inerenza al fondo servente (diritto opponibile a tutti coloro che vantino diritti sul fondo servente potenzialmente in conflitto con la servitù), l'inerenza al fondo dominante (l'utilizzo del parcheggio deve essere, nel contempo, godimento della proprietà del fondo dominante, secondo la sua destinazione), la specificità dell'utilità riservata, la localizzazione intesa quale individuazione del luogo di esercizio della servitù affinché non si incorra nella indeterminatezza dell'oggetto e nello svuotamento di fatto del diritto di proprietà» [11]. Proprio quest'ultimo elemento garantirebbe il rispetto del principio in base al quale il diritto di servitù (*id est* il peso in cui si sostanzia il rapporto di asservimento di un fondo all'altro) non può comportare il totale esaurimento delle utilità connesse al fondo servente [12].

3. – Dalla lettura della sentenza si evince chiaramente che il tema delle condizioni di ammissibilità della servitù di parcheggio involge il rapporto intercorrente tra il principio di autonomia contrattuale e quello di numero chiuso e tipicità dei diritti reali, che costituisce un argomento ricorrente nelle recenti decisioni della Cassazione ed importa un limite non indifferente per l'autonomia privata, poiché introduce il divieto assoluto di conformazione convenzionale del diritto di proprietà [13].

MEZZANOTTE, *L'"uso esclusivo" e il "*numerus clausus *dei diritti reali" secondo le sezioni unite*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 2, 547; A. CIATTI CÀIMI, *Il diritto di uso esclusivo nel condominio (dopo la decisione delle Sezioni unite della Cassazione)*, Studio n. 30-2021/C del CNN, in *Studi e materiali*, 2021, 1, 57; E. CATERINI, *Uso esclusivo, tipicità dei diritti reali e autonomia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 2, 515; E. DEL PRATO, *Uso esclusivo permanente in favore di un condomino e tipicità dei diritti reali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 2, 427; G. LIBERATI BUCCIANTI, *Sull'invalidità della clausola costitutiva di un diritto reale atipico*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 4, 781; D.M. LOCATELLO, *La controversa natura del diritto di uso esclusivo di parti condominiali: problemi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 4, 1249.

Tra le pronunce più recenti v. Cass. 14 gennaio 2022, n. 1140; Cass. 17 settembre 2021, n. 25195, entrambe in *Riv. not.*, 2023, 1, 115, con nota di G. MUSOLINO, *Le servitù irregolari e i rapporti obbligatori atipici*; Cass. sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080, in *Riv. not.*, 2021, 6, 1113, con nota di M. RINALDO, *Gli strumenti di micropianificazione urbanistica negoziale e la loro natura. Il* genus *eterogeneo dei diritti edificatori e la* species *primigenia della cessione di cubatura*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 6, 1312, con nota di A. L. COGGI, *La discussa qualificazione giuridica del contratto di cessione di cubatura all'attenzione delle Sezioni Unite*; in *Contratti*, 2021, 5, 505, con nota di F. FELIS, *Cessione di cubatura e diritti edificatori*.

[11] Cass. sez. un., 13 febbraio 2024, n. 3925, § 4.5.

[12] La Cassazione afferma che «la servitù può sì essere modellata in funzione delle più svariate utilizzazioni, pur riguardate dall'angolo visuale dell'obbiettivo rapporto di servizio tra i fondi e non dell'utilità del proprietario del fondo dominante, ma non può mai tradursi in un diritto di godimento generale del fondo servente, il che determinerebbe lo svuotamento della proprietà di esso, ancora una volta, nel suo nucleo fondamentale; insomma, la costituzione della servitù, concretandosi in un rapporto di assoggettamento tra due fondi, importa una restrizione delle facoltà di godimento del fondo servente, ma tale restrizione, se pur commisurata al contenuto ed al tipo della servitù, non può, tuttavia, risolversi nella totale elisione delle facoltà di godimento del fondo servente» (Cass. sez. un., 13 febbraio 2024, n. 3925, § 4.5).

[13] Per un inquadramento generale del principio di tipicità e numero chiuso dei diritti reali v., *ex plurimis*, A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 1988; ID., Numerus clausus *e analisi economica del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 7-8, 319; F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, 62 ss.; A. BURDESE, *Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 2, 226; E. CATERINI, *Il principio di legalità nei rapporti reali*, Napoli, 1998; F. MEZZANOTTE, *La con-*



La tradizionale distinzione tra *numerus clausus* (*Typenzwang*) e tipicità (*Typenfixierung*) si deve al diverso significato che si è soliti attribuire ai due concetti, considerati dalla dottrina e dalla giurisprudenza come aspetti complementari del medesimo principio. Ed invero, il profilo del numero chiuso inerisce alla fonte del diritto reale, laddove il profilo della tipicità riguarda il contenuto della situazione giuridica [14]. Pertanto, in virtù di tale principio ai privati sarebbe preclusa sia la facoltà di costituire per contratto diritti reali atipici, che la possibilità di modificare pattiziamente gli elementi caratterizzanti la struttura tipica degli *iura in re aliena* espressamente previsti dalla legge [15].

Occorre rilevare che, mentre l'autonomia negoziale riceve esplicito riconoscimento all'art. 1322 c.c., secondo la dottrina prevalente nell'ordinamento giuridico italiano «il principio del *numerus clausus* è classificabile tra i principi inespressi in mancanza di un testo legislativo sicuro che ne sancisca il fondamento» [16].

---

formazione negoziale delle situazioni di appartenenza, Napoli, 2015; M. COSTANZA, "Numerus clausus" *dei diritti* reali, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, Milano, 1980; ID., *Il contratto atipico*, Milano, 1981, 119 ss.; A. BELFIORE, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979, 447 ss.; M. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, in *Quaderni di studi senesi*, raccolti da D. Maffei, Milano, 1977, 287 ss.; ID., *Diritti reali in generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Shlesinger, Milano, 2011; G. ALPA, M. BESSONE-A. FUSARO, *Tipicità e numero chiuso dei diritti reali. Posizioni della dottrina, orientamenti giurisprudenziali*, 09/02/2004, in *www.altalex.com*; U. MORELLO, *Multiproprietà e autonomia privata*, Milano, 1984, 71 ss.; ID., *Tipicità e* numerus clausus *dei diritti reali*, in A. GAMBARO, U. MORELLO (a cura di), *Proprietà e possesso*, in *Tratt. diritti reali*, vol. I, diretto da A. Gambaro, U. Morello, Milano, 2008, 67 ss.; A. GAMBARO, *Note sul principio di tipicità dei diritti reali*, in L. CABELLA PISU, C. NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, 223 ss.; E. MOSCATI, *Il problema del numero chiuso dei diritti reali*, in P. CORRIAS (a cura di), *Liber Amicorum per Angelo Luminoso*, *Contratto e Mercato*, I, Milano, 2013, 441 ss.; P. VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali. La costituzione convenzionale di servitù*, Milano, 1974, 25 ss.

[14] In dottrina v., tra tutti, F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, cit., 73; M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, op. cit., 225-227; D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, 128; in giurisprudenza v. la già citata Cass. sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28792, § 6.9.

[15] Il principio del *numerus clausus* dei diritti reali è nato nell'esperienza della codificazione napoleonica del 1804, ambito in cui svolgeva una rilevante funzione politica, in quanto costituiva lo strumento giuridico affidatario del compito di realizzare l'affrancazione delle terre dai secolari vincoli feudali, che avevano condizionato gli assetti sociali durante l'*anciene régime* (v., *ex multis*, A. BELFIORE, *op. et loc. cit.*; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, *op. cit*., 119 ss.; U. MORELLO, *Tipicità e* numerus clausus *dei diritti reali*, op. cit., 69 ss.; A. GAMBARO, *I diritti reali come categoria ordinante*, in *Tratt. diritti reali*, I, Milano, 2008, 14; M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, *op. cit.*, 217 ss.; P. VITUCCI, *op. ult. cit.*, 26 ss.; F. MEZZANOTTE, «Liberté contractuelle» *e* «droits réels» *(a proposito di un recente dialogo tra formanti nell'ordinamento francese)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, 857, e spec. 859).

La attuale vigenza del *numerus clausus*, non più riconducibile alla sua funzione originaria, viene giustificata dalla dottrina prevalente sulla base di esigenze di ordine pubblico economico, quali la tutela dei terzi nei rapporti di scambio e la circolazione giuridica dei beni (in tal senso M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, op. cit., 217; E. BILOTTI, *Proprietà temporanea, usufrutto e tipicità delle situazioni di appartenenza*, in *Riv. not.*, 2013, 6, 1277, e spec. 1313; U. MORELLO, *Tipicità e* numerus clausus *dei diritti reali*, op. cit., 68, il quale specifica che in tal caso viene in rilievo il c.d. «ordine pubblico di direzione economica»).

[16] Così A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Tratt. dir. priv.*, II ed., Milano, 2017, 150; *contra* G. ORLANDO, *I diritti edificatori. Contributo allo studio delle modifiche «oggettive» della proprietà per atti d'autonomia*, Napoli, 2022, 99, secondo il quale «nel nostro ordinamento la tipicità dei diritti reali è un principio esplicito, quantomeno nella forma che viene ad assumere nella riserva di legge prevista all'art. 42, 2° comma, della Costituzione, che impone, appunto, una legge in ordine ai «modi di acquisto, di godimento, e [a] i limiti della proprietà»».

In mancanza di un chiaro riconoscimento da parte del diritto positivo, i sostenitori del principio del *numerus clausus* ne hanno fondato la vigenza su una pluralità di argomenti normativi: per una recente ricostruzione del panorama dottrinale in materia v. M.L. CHIARELLA, *Diritti reali di godimento*, in *Tratt. dir. civ. Cons. Naz. Notariato*, diretto da P. PERLINGERI, Napoli, 2020, 34 ss.

Gli orientamenti dottrinali sono stati recepiti, in gran parte, dalla giurisprudenza: v. la già citata Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, § 6.9, con cui la Suprema Corte, dopo aver tratteggiato la differenza tra il profilo del numero chiuso e quello della tipicità dei diritti reali, ha riaffermato la sussistenza del principio sulla base di svariati argomenti, quali: a) il principio di relatività degli effetti del contratto (art. 1372, comma 2, c.c.); b) la riserva di legge riguardante i limiti imponibili al diritto di proprietà (art. 42, comma 2, Cost.); c) la *sedes* codicistica dell'autonomia privata (art. 1322 c.c.); d) la diffidenza dell'ordinamento – testimoniata dalla disciplina del divieto di alienazione di cui all'art. 1379 c.c. – nei confronti delle limitazioni di fonte contrattuale alla circolazione dei

ISSN 2421-2563



Nonostante le perplessità sollevate da autorevoli studiosi [17], la giurisprudenza si è sempre mostrata monolitica nell'affermare la sussistenza del principio del *numerus clausus*, e la pronuncia della Cassazione si innesta nel solco di tale orientamento nella misura in cui statuisce che, non essendo permessa la creazione contrattuale di diritti reali atipici, le parti possono costituire convenzionalmente servitù di parcheggio solo a condizione che la relativa situazione giuridica sia suscettibile di essere ricondotta nel *tipo* della servitù prediale.

La questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite riguarda più il profilo della tipicità che quello del numero chiuso, dal momento che non si tratta di ammettere la costituzione di un nuovo diritto reale, ma di verificare la compatibilità della fattispecie concreta (servitù di parcheggio) con lo schema legale della servitù.

È opportuno ribadire, al riguardo, che nel caso delle servitù volontarie la tipicità va riferita alla struttura del diritto, e non al suo contenuto [18]. In tale settore, infatti, il peso imposto sul fondo servente per la maggiore utilità del fondo dominante può assumere le connotazioni più varie, e l'autonomia contrattuale incontra il solo limite del rispetto della struttura legalmente tipizzata del diritto reale [19].

Da questo punto di vista, la servitù prediale presenta uno schema particolarmente duttile, che la distingue dagli altri diritti reali di godimento e fa di essa la «figura da sempre affidataria del ruolo di allentare le tensioni indotte nel sistema dal numero chiuso dei diritti reali» [20].

4. – È necessario, a questo punto, spostare l'attenzione sul piano degli elementi caratterizzanti la struttura tipica del diritto di servitù, in modo da chiarire fino a che punto l'autonomia privata possa dilatarne le maglie attraverso la conformazione convenzionale della fattispecie [21].

---

beni; e) l'interesse generale alla certezza dei traffici giuridici; f) il principio di tassatività degli atti soggetti a trascrizione (art. 2643 c.c.).

[17] Tra tutti v. P. VITUCCI, *op. ult. cit.*, 36, secondo cui «intorno al *numerus clausus* s'è fatto davvero molto rumore per nulla, o per assai poco»; del medesimo principio si è parlato anche in termini di «pregiudizio» (R. NICOLÓ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 908; D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, op. cit., 124).

[18] B. BIONDI, cit., 22-23.

[19] Pertanto, è senz'altro da condividere il rilievo delle Sezioni Unite secondo cui «la tipicità delle servitù volontarie [è] di carattere strutturale, non contenutistico, ed è sul piano della conformazione che si deve verificare la possibilità di costituire la servitù di parcheggio» (Cass. sez. un., 13 febbraio 2024, n. 3925, § 3).

Per un approfondimento del tema v., tra gli altri, M. COMPORTI, voce *Servitù (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 274 ss. (e spec. 303), il quale evidenzia che «le parti possono disciplinare il contenuto della servitù, creando tipi di regolamento nell'ambito delle servitù volontarie […]. Tale regolamento secondo autonomia dei diritti reali sembra essere lecito e consentito fino a che non venga compromesso il contenuto essenziale e fondamentale di ciascuna situazione, in modo tale, cioè, da non privare il titolo della situazione stessa dei poteri e facoltà caratterizzanti quel determinato "tipo" di diritto reale […]. In definitiva, il contenuto essenziale di ogni situazione reale sembra costituire il limite al regolamento dell'autonomia privata, in base al criterio dell'ordine pubblico, che determina l'invalicabile confine delle pattuizioni dei privati».

Osserva P. VITUCCI, *op. ult. cit.*, 46-47, che «se pure v'è un principio in forza del quale il contenuto di ciascun diritto reale è sempre identico a sé stesso, questo principio certamente non opera nel campo delle servitù. Ed è facile rendersene conto: qualunque cosa voglia pensarsi della vecchia polemica sulla tipicità od atipicità di esse, in diritto romano e negli ordinamenti moderni, non può contestarsi che la servitù è oggi configurata come uno stampo, nel quale «si può colare a scelta degli interessati un contenuto molto vario, di cui la legge si limita a fissare i tratti generici»».

[20] A. FUSARO, *Dalle obbligazioni* propter rem *alle servitù prediali*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 3, 808, (e spec. 847).

[21] La letteratura giuridica sui caratteri delle servitù prediali è amplissima: tra tutti, v. B. BIONDI, cit., 81 ss.; G. GROSSO-G. DEIANA, *Le servitù prediali*, vol. I, in *Tratt. dir. civ. italiano*, diretto da F. Vassalli, III ed. riveduta, Torino, 1963, 14 ss. e 205 ss.; G. BRANCA, cit., 12 ss.; A. NATUCCI, *Le servitù*, in P. GALLO-ID. (A cura di), *Beni proprietà e diritti reali*, tomo II, in *Tratt. dir. priv.*,



Parte della dottrina ha messo in rilievo che per ogni diritto reale la legge predispone una disciplina complessa, nell'ambito della quale è possibile distinguere *regole di struttura* da *regole di esercizio* [22]. Le norme del primo tipo sono cogenti e delineano il nucleo essenziale della situazione giuridica; quelle inerenti al secondo profilo hanno natura tendenzialmente dispositiva, e sono, pertanto, liberamente derogabili dalle parti.

La Suprema Corte dimostra di aderire alla predetta distinzione, nella misura in cui stabilisce che i requisiti strutturali del diritto di servitù rappresentano un limite invalicabile per l'autonomia contrattuale dei privati.

È noto che al diritto di servitù appartengono, in primo luogo, i caratteri comuni a tutti gli *iura in re aliena*, quali immediatezza, assolutezza ed inerenza. Inoltre, la fattispecie è governata da alcuni principi risalenti alla tradizione romanistica e recepiti dal codice civile del 1942, come traspare già dalla definizione del contenuto del diritto fornita dall'art. 1027 c.c., secondo cui «la servitù prediale consiste nel peso imposto sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo appartenente a diverso proprietario». Si tratta, nello specifico, dei seguenti principi: a) *realitas* (o predialità), in virtù del quale sia il peso che l'utilità devono costituire una *qualitas*, rispettivamente, del fondo servente e del fondo dominante; b) *nemini res sua servit*, che postula l'appartenenza del fondo servente e del fondo dominante a proprietari diversi; c) *servitus in faciendo consistere nequit*, in base al quale il peso imposto sul fondo servente non può mai consistere in un *facere* e che trova riscontro nelle regole previste agli artt. 1030 e 1069 c.c.; d) *praedia vicina esse debent*, che richiede la sussistenza di una contiguità topografica tra i due fondi tale da consentire l'effettivo asservimento dell'uno all'altro.

Il contenuto della servitù deve assumere, poi, determinate caratteristiche; quali: a) l'unilateralità, secondo cui la subordinazione di un fondo all'altro è necessariamente unidirezionale ed incompatibile con qualsivoglia vantaggio per il fondo servente e/o peso a carico del fondo dominante; b) inseparabilità, consistente nella natura ambulatoria del diritto di servitù, che è destinato a circolare unitamente ai fondi cui accede; c) indivisibilità, per la quale sia il peso che l'utilità ineriscono ad ogni parte, rispettivamente, del fondo servente e del fondo dominante; d) specialità, in forza della quale la soggezione del fondo servente al fondo dominante deve assumere un contenuto specifico e non può mai consistere in un godimento generico.

Le regole appena esaminate concorrono a delineare la cornice all'interno della quale il contenuto della servitù può essere liberamente determinato dai privati [23]. Ad essi la legge riconosce ampia autonomia in materia, come si evince dall'art. 1063 c.c., secondo cui «l'estensione e l'esercizio delle servitù sono regolati dal titolo e in mancanza, dalle disposizioni seguenti» [24].

La natura dispositiva di tale apparato normativo è pressoché incontroversa, e nel potere delle parti di configurare discrezionalmente l'oggetto ed il modo delle servitù volontarie si coglie la atipicità (del contenuto) delle servitù prediali [25].

---

diretto da M. Bessone, vol. VII, Torino, 2001, 81 ss.; R. TRIOLA, *Le servitù. Artt. 1027-1099*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Shlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2008, 15 ss.

[22] In tema v., tra gli altri, M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, op. cit., 148 ss.; F. ROMANO, *cit.*, 62; A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, op. cit., 239 ss., secondo il quale «attraverso la possibilità di regolamentazione dei diritti reali rimessa alla competenza dei privati s'intende più precisamente la portata del principio di tipicità».

[23] B. BIONDI, cit., 154; A. NATUCCI, *Le servitù*, *op. cit*., 115 ss.

[24] Sul punto v. M. COMPORTI, voce *Servitù (dir. priv.)*, *op. cit*., 310 ss.

[25] In tema v. G. BRANCA, cit., 332; R. TRIOLA, cit., p. 23; P. VITUCCI, *op. ult. cit.*, 41 ss., il quale osserva che, a differenza degli altri diritti reali, il cui contenuto è determinato in modo più o meno cogente dalla legge, la atipicità di contenuto che caratterizza le servitù volontarie importa, allo stesso tempo, la possibilità e la necessità di una puntuale definizione del diritto, a pena di nullità per indeterminabilità dell'oggetto del relativo negozio costitutivo (contratto o disposizione testamentaria) ovvero di insussistenza dei presupposti dell'acquisto per usucapione e destinazione del padre di famiglia.

ISSN 2421-2563



D'altro canto, gli artt. 1064 ss. c.c. svolgono anche una funzione suppletiva di eventuali lacune del regolamento negoziale, in applicazione del meccanismo di integrazione contrattuale di cui all'art. 1374 c.c. [26].

5. – Tra le regole di struttura del diritto di servitù merita particolare attenzione quella della specialità, secondo cui il diritto di servitù comporta la sottrazione al fondo servente di un'utilità specifica e sufficientemente determinata a vantaggio del fondo dominante, al fine di evitare che il rapporto di asservimento tra i due immobili precluda al proprietario del fondo servente qualsiasi possibilità di utilizzo dell'area.

Dal carattere della specialità, infatti, la dottrina e la giurisprudenza ricavano il principio, richiamato anche dalla sentenza delle Sezioni Unite, in base al quale il diritto di servitù non può mai consistere in un peso tale da provocare il totale assorbimento delle utilità connesse al fondo servente, dal momento che un simile gravame avrebbe come effetto quello di svuotare di contenuto il concorrente diritto di proprietà [27].

Tale limitazione si fonda, innanzitutto, sul dato letterale dell'art. 1027 c.c., a norma del quale la servitù consiste pur sempre in un «peso», che per sua natura non può concretarsi nella abdicazione complessiva delle facoltà promananti dal fondo servente a beneficio del fondo dominante.

Lo schema della servitù, inoltre, essendo espressione di un «principio di *collaborazione fondiaria*» [28], presuppone il godimento condiviso e simultaneo del fondo servente, sebbene a diverso titolo [29].

In questa direzione sembra deporre, per altro verso, anche la necessità di salvaguardare interessi generali di ordine pubblico economico, quale è indubbiamente l'interesse alla circolazione giuridica dei beni.

A differenza di quanto accade nel caso dei diritti reali destinati ad estinguersi con la morte del loro titolare (usufrutto, uso e abitazione) e nei diritti personali di godimento, che non sono opponibili ai terzi, la completa elisione delle facoltà inerenti ad un fondo, unita alla natura reale e potenzialmente perpetua del diritto di servitù, provocherebbe uno svuotamento perenne del contenuto della proprietà del fondo servente, intaccandone l'intera capacità produttiva ed estromettendolo dal mercato senza limiti di tempo [30].

6. – Nell'ambito degli elementi essenziali del diritto di servitù, al cui rispetto è subordinata la costituzione contrattuale di servitù di parcheggio, la Cassazione annovera anche il requisito della "localizzazione", «intesa quale individuazione del luogo di esercizio della servitù» [31].

Ad una prima lettura, la scelta di ricondurre la localizzazione alla struttura tipica del diritto di servitù potrebbe destare qualche perplessità, poiché la specificazione della porzione del fondo servente in cui il proprietario del fondo dominante ha il diritto di parcheggiare l'autovettura sembra attenere più al piano dell'esercizio del diritto che al nucleo essenziale della fattispecie.

Nella prospettiva della Cassazione la necessità di individuare in modo preciso il luogo di esercizio della

---

[26] A. NATUCCI, *Le servitù*, *op. cit*., 121.

Sul tema dell'integrazione contrattuale in generale v., per tutti, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, pubblicato nel 1969, ristampa integrata, Milano, 2004; A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008.

[27] P. VITUCCI, *op. ult. cit.*, 76 ss.; B. BIONDI, cit., 83 ss. e 134-135; G. GROSSO, G. DEIANA, cit., 72 ss.; il principio è stato ribadito, da ultimo, da Cass. sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, § 6.8.

[28] G. BRANCA, cit., 3.

[29] P. VITUCCI, *op. ult. cit.*, 77-78.

[30] A. NATUCCI, *Le servitù*, *op. cit*., 115 e nt. 14.

[31] Cass. sez. un., 13 febbraio 2024, n. 3925, § 4.5.



servitù si spiega con l'esigenza di soddisfare il principio di specialità, che impone la specificità dell'utilità riservata al fondo dominante, al fine di evitare il sostanziale svuotamento della proprietà del fondo servente. È in quest'ottica, pertanto, che va inquadrata la statuizione con cui la Corte ha affermato che non è «concepibile una servitù di parcheggio che si estenda, a mera discrezione del titolare del fondo dominante, in qualsiasi momento e indistintamente su qualsiasi punto del fondo servente, che finirebbe in tal modo per essere svuotato di ogni possibilità di sfruttamento, finanche mediante accesso al sottosuolo» [32].

Si può notare, dunque, che la Cassazione ha ricostruito la fisionomia della servitù di parcheggio avvalendosi, tra l'altro, di una norma riguardante l'esercizio del diritto, avvalorando, in questo modo, l'opinione che propone di sostituire la distinzione tra regole di struttura e regole di esercizio con quella tra profilo statico e profilo dinamico delle situazioni reali [33].

7. – L'importanza attribuita dalle Sezioni Unite al requisito della localizzazione nella fattispecie della servitù di parcheggio consente di svolgere alcune considerazioni sul significato da assegnare a tale elemento e sulle eventuali conseguenze della sua assenza all'interno del regolamento negoziale, al fine di accertare quale sia la sorte del contratto nell'ipotesi in cui manchi la precisa indicazione del luogo di esercizio del diritto.

Al riguardo, occorre rammentare la distinzione che intercorre tra la nozione di «oggetto del diritto di servitù», che deve soddisfare il principio di specialità e costituisce il contenuto atipico delle servitù volontarie, e quella di «oggetto del contratto costitutivo di servitù», che risponde, invece, al principio di determinatezza o determinabilità codificato all'art. 1346 c.c.

La migliore dottrina osserva che il carattere della specialità – che nella fattispecie in esame è integrato dal requisito della localizzazione – nulla ha a che vedere con la determinatezza dell'oggetto del contratto costitutivo di servitù, poiché si tratta di regole aventi scopi eterogenei, se non proprio antitetici [34]. Più precisamente, se la specialità dell'oggetto della servitù è preordinata ad evitare la totale soppressione delle utilità del fondo servente, la determinatezza dell'oggetto del contratto si ricollega al bisogno che le parti individuino precisamente il punto di riferimento oggettivo degli effetti del negozio. Mentre la violazione del principio di specialità importa una forzatura dello schema tipico della servitù prediale ed integra, perciò, un esercizio non consentito dell'autonomia contrattuale, l'invalidità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto deriva da un esercizio non sufficiente di quest'ultima [35].

---

[32] Cass. sez. un., 13 febbraio 2024, n. 3925, § 8.

Ferma restando la coerenza della ricostruzione delle Sezioni Unite, qualche dubbio potrebbe sollevarsi – come si vedrà più avanti – sul merito della valutazione, e cioè sulla circostanza che il diritto di parcheggio costituisca un'attività effettivamente incompatibile con qualsiasi uso del fondo servente.

[33] In questo senso A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, *op. cit.*, 232 ss., secondo cui una stessa norma può concorre a definire la struttura o attenere all'esercizio del diritto a seconda che la fattispecie sia considerata da un punto di vista statico ovvero dinamico. Di conseguenza, il margine di esplicazione dell'autonomia negoziale nell'ambito della conformazione delle situazioni reali tipiche dipenderebbe unicamente dalle prescrizioni del dato positivo, e l'unica distinzione a tal fine rilevante sarebbe quella tra norme derogabili e norme inderogabili.

[34] Per un'accurata disamina della questione v. P. VITUCCI, *op. ult. cit.*, 85 ss., il quale evidenzia, in via preliminare, che la regola di specialità «va intesa anzitutto nel senso del divieto di una servitù «generale», […] incide direttamente sulla struttura del diritto reale, e non solleva altro che di riflesso problemi attinenti alla validità del titolo costitutivo».

[35] In questo senso v. P. VITUCCI, *op. ult. cit.*, 86 ss., secondo cui «il problema della determinabilità dell'oggetto non ha alcuna interferenza teorica con la regola in esame; anzi, questa risponde ad esigenze assai diverse, per non dire diametralmente opposte a quelle soddisfatte invece in via generale dal principio legislativo dell'art. 1346 cod. civ. Tale principio è dettato per riservare all'autonomia privata e sottrarre ad altre fonti una serie di scelte relative al contenuto d'una regola contrattuale, mentre la regola della specialità

ISSN 2421-2563



Pertanto, si verserà nella prima ipotesi nel caso in cui le parti abbiano dichiaratamente esteso l'esercizio della servitù di parcheggio a tutta la superficie del fondo servente; qualora, invece, i contraenti si siano limitati a pattuire il contenuto della servitù senza specificarne il luogo di esercizio, viene in rilievo il profilo della determinatezza del regolamento negoziale.

Appurato che tali regole afferiscono ad ambiti diversi, è ragionevole pensare che altrettanto differenti debbano essere le conseguenze della loro infrazione, che si verifica, rispettivamente, ogni qualvolta i paciscenti abbiano «preteso troppo» ovvero non abbiano «detto abbastanza» [36].

Nel primo caso, posto che il requisito della specialità va riferito esclusivamente al contenuto del diritto di servitù, la sua eventuale mancanza non è idonea a determinare la nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto. La soluzione da adottare in siffatta ipotesi non può che essere orientata verso altri rimedi, come la riqualificazione della fattispecie o, qualora ne ricorrano tutti i presupposti, la conversione del contratto [37].

D'altro canto, sembra che neppure l'assenza di qualsiasi precisazione in merito alla localizzazione della servitù possa condurre alla nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto, poiché tale requisito attiene pur sempre al piano dell'esercizio del diritto, e la lacuna del titolo costitutivo potrebbe essere colmata ricorrendo all'istituto dell'integrazione contrattuale con funzione suppletiva [38]. In particolare, ove il contratto

---

delle servitù si esplica attraverso l'imposizione d'un limite all'atto di autonomia e – con modalità diverse – agli altri atti o fatti costitutivi del diritto su cosa altrui, e mira a non far intaccare una certa sfera di poteri del proprietario. Quel principio è violato quando le parti non hanno detto abbastanza, questa regola quando hanno preteso troppo».

La distinzione tra estensione del peso e determinatezza del contenuto della servitù è presente anche in G. Grosso-G. Deiana, cit., 74-75. Di contro, la sovrapposizione tra oggetto del diritto di servitù e oggetto del relativo contratto costitutivo emerge in B. Biondi, cit., 135.

[36] P. Vitucci, *op. ult. cit.*, 87.

[37] Sul punto v. B. Biondi, cit., 154 e P. Vitucci, *op. ult. cit.*, 87, secondo cui non «è sicuro che la sanzione sia sostanzialmente identica nei due casi: dalla convenzione in contrasto con la regola della specialità potrebbero derivare in via interpretativa o di conversione effetti minori e diversi da quelli che i paciscenti avevano designato col *nomen iuris* della servitù, mentre non si saprebbero pensare effetti giuridici che residuino ad un contratto nullo per indeterminatezza dell'oggetto. Concretamente, infine, i due problemi si collocano in un rapporto assai chiaro di subordinazione logica e pratica, nel senso che intanto si dirà violata la regola della specialità, in quanto con essa venga in contrasto un atto costitutivo di servitù che non possa dirsi inefficace sotto altro e più facile aspetto: e tale sarebbe il contratto nullo ai sensi dell'art. 1346».

Interpretato in questi termini è condivisibile il passo della sentenza delle Sezioni Unite in cui si afferma che la sussistenza dei requisiti di specialità e localizzazione è necessaria «affinché non si incorra nella indeterminatezza dell'oggetto», oltre che «nello svuotamento di fatto del diritto di proprietà» (Cass. sez. un., 13 febbraio 2024, n. 3925, § 4.5).

Vi è da precisare che l'operatività del meccanismo della conversione del contratto presuppone la nullità del negozio da convertire (sui presupposti di applicazione dell'art. 1424 c.c. v., per tutti, L. Bigliazzi Geri, voce *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 528, e spec. 535 ss.). Tale soluzione, pertanto, è percorribile solo ove si ritenga che il negozio sia affetto da una causa di invalidità diversa dall'indeterminatezza dell'oggetto. Si è osservato, in proposito, che «la nullità si ha soltanto in conseguenza della violazione di una norma che impedisca la costituzione di un certo diritto, tanto in forma reale che obbligatoria (norma – assolutamente – imperativa)» (A. Natucci, *Le servitù*, *op. cit*., 116, nt. 18); ma v. anche M. Comporti, voce *Servitù (dir. priv.)*, op. cit., 303, il quale – muovendo dalla constatazione secondo cui nell'ambito degli *iura in re aliena* «l'autonomia privata viene ad incontrare limiti derivanti dall'ordine pubblico» – sostiene che siano nulle le clausole contrattuali eccedenti i limiti di conformazione dei diritti reali tipici.

[38] Sono del tutto condivisibili le osservazioni di G. Grosso, G. Deiana, cit., 448-449, secondo cui «il contratto dovrà […] contenere l'indicazione del tipo di servitù che si vuol costituire. In pratica non accadrà mai che le parti si limitino a dichiarare di voler gravare un dato fondo d'una servitù a vantaggio di un altro fondo senza indicare il genere di servitù a cui intendono riferirsi. Se ciò dovesse accadere (ma l'ipotesi è puramente accademica), il contratto sarebbe nullo per indeterminatezza del contenuto. […]. Con maggiore frequenza potrà accadere che le parti nell'enunciare il genere di servitù che intendono costituire trascurino d'indicare quelle che comunemente si chiamano modalità di esercizio della servitù. […] In tali casi […], pur trovandoci di fronte ad una certa qual indeterminatezza del contenuto del diritto, il contratto si dovrà considerare valido e spetterà al giudice stabilire di volta in volta quale sia il più preciso contenuto della servitù che le parti hanno inteso costituire».



non contenga la specifica individuazione del luogo in cui il la servitù deve essere esercitata, a tale carenza potrebbe porsi rimedio attraverso l'applicazione sussidiaria delle norme in tema di esercizio della servitù, e segnatamente delle disposizioni di cui agli artt. 1064 e 1065 c.c., che sanciscono il principio del «minimo mezzo», in virtù del quale «nel dubbio circa l'estensione e le modalità di esercizio, la servitù deve ritenersi costituita in guisa da soddisfare il bisogno del fondo dominante col minor aggravio del fondo servente» [39].

In definitiva, l'integrazione del contratto consentirebbe di localizzare in via suppletiva l'esercizio della situazione giuridica, assicurando, allo stesso tempo, la determinatezza dell'oggetto del contratto ed il rispetto del principio di specialità del contenuto della servitù.

8. – La sentenza delle Sezioni Unite consolida in via definitiva l'orientamento che riconosce l'utilità fondiaria del diritto di parcheggiare sul fondo altrui.

La decisione è pienamente condivisibile in quanto ammette l'astratta configurabilità di tale servitù a condizione che dal titolo negoziale emerga la volontà delle parti di riferire l'*utilitas* al fondo dominante e che la situazione giuridica costituita sia dotata di tutti i requisiti caratterizzanti lo schema legale della servitù prediale.

Una soluzione diversa potrebbe prospettarsi con riferimento all'importanza da assegnare al requisito della localizzazione. Del resto, la scelta della Corte di ricomprendere tale elemento tra i caratteri essenziali della servitù è conseguenza dell'assunto secondo cui il parcheggio costituirebbe una facoltà che potenzialmente assorbe tutte le utilità del fondo servente.

Non sembra, tuttavia, che il diritto di parcheggiare sul fondo altrui consista in un peso tale da provocare, di per sé, la totale elisione delle facoltà connesse all'area asservita.

Invero, deve osservarsi che a disposizione del proprietario del fondo servente residuano diverse utilità, come, ad esempio, lo sfruttamento del sottosuolo e dello spazio sovrastante il suolo (ivi compresi i relativi diritti edificatori, che, a determinate condizioni, possono essere esercitati dallo stesso proprietario su un fondo diverso o trasferiti a terzi a titolo oneroso), il transito, la veduta ed il mantenimento dello stato di fatto e di diritto dei luoghi [40].

Quanto detto conduce ad escludere che il requisito della localizzazione sia sempre indispensabile per la valida costituzione di qualsiasi servitù di parcheggio: a siffatta conclusione dovrà giungersi tutte le volte in cui le circostanze del caso e le concrete modalità di esercizio della servitù siano tali da impedire qualunque utilizzo del fondo servente; qualora, invece, da esso possano comunque ricavarsi altre utilità, non sembra che vi siano ostacoli alla concessione del diritto di parcheggiare per tutta l'estensione dell'area asservita.

Il che, peraltro, in talune ipotesi potrebbe costituire la più proficua modalità di fruizione del fondo servente, realizzando contemporaneamente l'interesse dei titolari di entrambi gli immobili.

Si tratta, dunque, di una questione di merito rimessa alla valutazione discrezionale dell'interprete, che non

---

[39] Sul criterio del «minimo mezzo» e suoi presupposti della sua applicabilità v. B. BIONDI, cit., 417 ss.; G. BRANCA, cit., 350 ss.; G. GROSSO-G. DEIANA, cit., 240 ss.; A. NATUCCI, *Le servitù*, *op. cit*., 122 ss.; R. TRIOLA, cit., 465 ss.; Cass. 11 giugno 2018, n. 15046; Cass. 23 marzo 2017, n. 7564; Cass. 12 gennaio 2015, n. 216 Cass. 11 giugno 2010, n. 14088, in *Riv. not.*, 2011, 4, 850, con nota di G. MUSOLINO, *Il contenuto delle servitù prediali: l'oggetto e il modo*.

[40] In questo senso v., tra gli altri, G. PETRELLI, cit., 243-244, il quale osserva che «sulle aree gravate da servitù di parcheggio continuano a spettare agli altri condomini [– *id est* ai proprietari del fondo servente –] tutte le residue e non trascurabili potenziali utilità ritraibili dall'area comune [– *id est* il fondo servente –] (utilizzi del sottosuolo e dello spazio sovrastante il suolo; possibile passaggio sulle aree; godimento della veduta; diritto a impedire all'usuario [– *id est* al proprietario del fondo dominante –] di eseguire opere che alterino le caratteristiche e la destinazione dell'area; ecc.): in definitiva, facoltà non minori di quelle spettanti, ad esempio, al proprietario di una strada gravata da servitù di passaggio».

ISSN 2421-2563



sembra potersi risolvere alla luce di una regola valida per la generalità dei casi.

Da un diverso angolo visuale, non può sottacersi che un significativo cambio di passo in tema di qualificazione delle fattispecie emergenti nella prassi negoziale consegue al superamento della «preistorica prospettiva del c.d. numero chiuso dei diritti reali» [41].

Probabilmente il tema dei limiti di ammissibilità della conformazione negoziale del diritto di proprietà meriterebbe di essere affrontato domandandosi se la configurabilità di situazioni reali atipiche non dipenda piuttosto da una valutazione comparativa di interessi, da effettuarsi caso per caso.

Del resto, la legislazione vigente dimostra ampiamente di assegnare alla rilevanza degli interessi perseguiti dai privati un ruolo assolutamente centrale nell'ambito dei negozi di destinazione di beni ad uno scopo, i quali notoriamente realizzano forme di proprietà vincolata e/o temporanea che da sempre mettono in crisi il dogma del *numerus clausus* [42].

Pertanto, anziché insistere su posizioni rigide, perseverando nell'affermazione di una regola tralatizia, che ha ormai esaurito la sua funzione originaria e che attualmente non esprime altro se non il generale interesse alla sicura e spedita circolazione dei beni, risulterebbe assai più proficuo soffermarsi sulle connotazioni del criterio selettivo in virtù del quale legittimare la conformazione contrattuale della situazione proprietaria.

Il parametro da utilizzare a tal fine potrebbe essere quel «giudizio relazionale» che la dottrina maggioritaria ha ipotizzato con riferimento alla nozione di meritevolezza di cui all'art. 2645 *ter* c.c., e che consiste nella comparazione delle esigenze del traffico giuridico con l'interesse all'atto di conformazione [43].

Anche aderendo a tale ricostruzione, però, rimane ferma la necessità di predisporre meccanismi pubblicitari che siano in grado di assolvere le «finalità comunicazionali» connesse alla tutela dell'affidamento dei terzi, le quali, ad oggi, costituiscono l'unico serio fondamento del principio del *numerus clausus* [44], che andrebbe quanto meno reinterpretato e ridimensionato, in modo da consentire l'estensione dei margini di esplicazione dell'autonomia privata secondo la gerarchia dei valori che attualmente informano l'ordinamento giuridico ed in funzione della realizzazione di interessi meritevoli di tutela.

---

[41] N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 124.

[42] Un riferimento esplicito alla meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso l'atto di conformazione si trova all'art. 2645 *ter* c.c., che a tale giudizio subordina la trascrivibilità degli atti di destinazione di beni immobili e mobili registrati.

La connessione tra interessi meritevoli di tutela e conformazione proprietaria emerge anche nell'ambito di altri istituti, quali: a) la sostituzione fedecommissaria, che oggi è ammessa solo con finalità assistenziali; b) il fondo patrimoniale, che legittima la scissione tra titolarità e destinazione dei beni nell'interesse della famiglia; c) la fondazione, che per dottrina e giurisprudenza costante deve necessariamente perseguire scopi di interesse collettivo.

Una ulteriore conferma della stretta relazione tra destinazione patrimoniale e meritevolezza degli interessi può trarsi dalla l. 22 giugno 2016, n. 112 (c.d. legge sul "dopo di noi"), che incentiva la costituzione di vincoli di destinazione *ex* art. 2645 *ter*, fondi speciali disciplinati da contratti di affidamento fiduciario e *trusts* nell'interesse di persone affette da disabilità grave.

[43] In tema v., tra gli altri, G. D'AMICO, *La proprietà «destinata»*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 3, 525, (e spec. 540 ss.); G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 3, 321 (e spec. 327 ss.); A. FEDERICO, *L'interesse alla trascrizione e la pubblicità dell'atto di destinazione*, in *Giust. civ.*, 2015, 3, 515, oggi in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. II, Torino, 2016, 957 (e spec. 970); G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 2, 161, (e spec. 178 ss.).

[44] In tal senso v. A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Tratt. dir. priv.*, II ed., Milano, 2017, 153; ID., *La proprietà. Beni, proprietà, comunione*, *ivi*, 72.; U. MORELLO, *Tipicità e* numerus clausus *dei diritti reali*, in A. GAMBARO, ID. (a cura di), *Proprietà e possesso*, *Tratt. diritti reali*, diretto da A. GAMBARO-ID., I, Milano, 2008, 111; per uno sviluppo di tale impostazione anche in chiave comparatistica v. F. MEZZANOTTE, «Liberté contractuelle» *e* «droits réels» *(a proposito di un recente dialogo tra formanti nell'ordinamento francese)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, 857 (e spec. 869 ss.).

Al riguardo v. anche M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 2, 197 (e spec. 220-221), la quale osserva che «in generale il sistema attuale sembra caratterizzarsi per un ampliamento delle sfere prima sottratte alla competenza dei privati, ma a condizione che siano apprestati adeguati strumenti di pubblicità per i terzi».

JUS CIVILE



DENISE GUARNIERI

Dottoranda – Università degli Studi di Verona

LA TUTELA DELL'ACQUIRENTE DI IMMOBILI DI PROVENIENZA DONATIVA: VIOLAZIONE DI UN DOVERE INFORMATIVO (A)TIPICO O GARANZIA PER EVIZIONE?

SOMMARIO: *1. Una necessaria premessa all'indagine. – 2. Violazione di un dovere informativo precontrattuale (a)tipico? – 3. Se il positivo esperimento della (mera) azione di riduzione integri il vero momento consumativo dell'evizione. – 4. Se sia invocabile la disciplina in materia di garanzia per evizione in favore dell'acquirente di immobile proveniente da donazione. – 5. Se sussista (in)compatibilità tra responsabilità precontrattuale e garanzia per evizione. – 6. Riflessioni conclusive.*

1. – Una pronuncia della Corte di Cassazione relativamente recente, la n. 32694 del 2019[1], si è distinta per aver riconosciuto al promissario acquirente di un immobile proveniente da donazione, discostandosi dall'indirizzo di tendenza sino a quel momento seguito dagli stessi giudici di legittimità, la possibilità di rifiutare la stipula del contratto definitivo, nel caso in cui abbia preso cognizione della (potenziale) instabilità del titolo di acquisto del promittente venditore soltanto una volta concluso il contratto preliminare di compravendita.

Più precisamente, nella pronuncia in discorso, i giudici di legittimità si sono preoccupati, in un primo momento, di chiarire come il rifiuto di addivenire alla stipula del contratto definitivo di vendita potesse essere giustificato, sul piano normativo, non tanto invocando l'applicazione analogica del rimedio (speciale) di cui all'art. 1481 cod. civ.[2] al contratto preliminare[3], quanto esperendo l'altro (e generale) rimedio di cui

[1] Più precisamente, Cass. civ. 12 dicembre 2019, n. 32694, in *DeJure*.

[2] La Suprema Corte è giunta a negare l'applicabilità dell'eccezione di cui all'art. 1481 cod. civ., ritenendo che, nel caso di specie, non vi fosse affatto, per il promissario acquirente, un rischio concreto ed attuale di perdita del bene, poiché – risultando ancora in vita il donante da cui il promittente venditore aveva ricevuto, in qualità di donatario, l'immobile reso oggetto della promessa di vendita – difettavano, in radice, i presupposti perché i potenziali legittimari potessero agire in riduzione e, successivamente, in restituzione *ex* art. 563 cod. civ.

[3] La giurisprudenza, in materia di preliminare di compravendita, pare costante nell'ammettere che il promissario acquirente possa, in applicazione analogica dell'art. 1481 cod. civ., rifiutarsi di addivenire alla stipula del contratto definitivo, qualora sussista un pericolo concreto ed attuale di evizione del bene che egli si sia già obbligato ad acquistare, e ciò anche qualora un simile rischio non sia stato determinato da colpa del promittente venditore: si vedano Cass. civ. 8 giugno 1984 n. 3450; Cass. civ. 29 novembre 2019 n. 31314; Cass. civ. 22 febbraio 2016 n. 3390; Cass. civ. 18 novembre 2011 n. 24340, tutte in *OneLegale*. In senso contrario si segnala, tuttavia, l'autorevole opinione di D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm*., diretto da A. Cicu, F. Messineo, Milano, 1962, 2° ed., 653, secondo il quale la garanzia per evizione «non è applicabile ad un semplice contratto preliminare di vendita, anche se […] il promissario fosse già in possesso della cosa, perché questi, anche senza l'evizione, non sarebbe stato ancora proprietario, ma avrebbe avuto solo un diritto di credito ad acquistare in seguito la proprietà, mediante la successiva stipulazione del contratto definitivo».

ISSN 2421-2563



all'art. 1460 cod. civ. [4], contemplato nell'ambito della disciplina dedicata alla risoluzione del contratto per inadempimento.

In secondo luogo, la Suprema Corte, ravvisando nella provenienza da donazione una circostanza che, influendo sulla sicurezza dell'acquisto programmato con il preliminare, non può essere taciuta dal promittente venditore [5], sembrerebbe – pur in assenza di un espresso richiamo normativo in siffatti termini – aver ricondotto la fattispecie oggetto del presente studio all'ambito di operatività della responsabilità precontrattuale [6], per violazione, in sede di trattative, di un obbligo di comunicazione (avente ad oggetto una circostanza di rilievo nell'economia dell'affare) in favore della controparte (che si presume, a buona ragione, essere) interessata alla conclusione di un acquisto connotato da *stabilità*.

Al di là della circostanza per cui si voglia condividere ovvero sollevare una critica alla ricostruzione testé tratteggiata, non si può negare che la pronuncia in esame appare di estremo interesse in quanto offre, con riguardo al complesso tema della circolazione della ricchezza donativa, una pluralità di spunti di riflessione, ponendosi, peraltro, da una prospettiva piuttosto insolita e poco esplorata [7].

Anzitutto, la ricostruzione proposta dalla Suprema Corte spinge l'interprete a domandarsi, in primo luogo, se parimenti l'avente causa dal donatario (che, come tale, abbia già perfezionato un contratto di compravendita) possa invocare una qualche forma di tutela qualora, anch'egli, abbia avuto contezza dell'origine donativa dell'immobile compravenduto soltanto a seguito della stipulazione dell'accordo di vendita [8]; in secondo

---

[4] «La mancanza di un pericolo concreto ed effettivo di rivendica da parte del legittimario non è argomento sufficiente per negare al promissario, ignaro della provenienza, la facoltà di rifiutare la stipula del definitivo avvalendosi del rimedio generale dell'art. 1460 c.c. Non si può negare a priori che già il rischio teorico che l'acquirente possa trovarsi un giorno esposto alla pretesa del legittimario […] possa rappresentare […] un elemento idoneo a pregiudicare la conformità del risultato traslativo attuabile con il definitivo rispetto a quello programmato con il preliminare» (Cass. civ. 12 dicembre 2019, n. 32694, cit.).

[5] «Se la provenienza da donazione rientra tra il novero delle circostanze che il mediatore deve riferire dalle parti ai sensi dell'art. 1759 c.c., a maggior ragione essa non potrà essere taciuta dal promittente venditore» (*Ibidem*).

[6] A tal proposito si segnala come in materia di responsabilità precontrattuale, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (v. Cass. Sez. Un. 19 dicembre 2007 nn. 26724-26725, in *OneLegale*) avessero già chiarito che la mancata comunicazione di un'informazione rilevante in una fase antecedente (ovvero contemporanea alla stipulazione del contratto) consentisse di invocare la sola tutela risarcitoria di cui all'art. 1338 cod. civ., venendo viceversa riconosciuta l'applicabilità del rimedio risolutorio nella circoscritta ipotesi in cui la violazione dei doveri informativi, nascendo nella fase esecutiva, potesse qualificarsi alla stregua di un inadempimento contrattuale. Tanto premesso, secondo taluni, la Corte di Cassazione, nel disegnare un siffatto dovere informativo in capo al promittente venditore di un immobile proveniente da donazione, sembrerebbe, invece, aver aperto la strada verso l'applicabilità, in favore del contraente danneggiato, di rimedi *alternativi* (rispetto al tradizionale rimedio risarcitorio), tra cui figura proprio la risoluzione del contratto, a cui l'eccezione di inadempimento *ex* art. 1460 cod. civ. è sul piano sistematico (oltre che su quello della sua collocazione topografica nel codice civile) intimamente connessa. Sul punto, v. C. RENDINA, *Contratto preliminare. «Un dovere informativo atipico. Fondamenti e rimedi»*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2020, n. 3, 536, la quale precisa come, nel caso di specie, il silenzio circa la provenienza donativa del bene – nonostante si sia delineato nella fase precontrattuale di svolgimento delle trattative – risulta idoneo a produrre effetti che si manifesteranno, nella loro concretezza e potenziale lesività, solo nella fase esecutiva del rapporto, con conseguente legittimazione in capo al contraente leso di ricorrere allo strumento della risoluzione contrattuale: aderendo ad una simile soluzione, la portata applicativa del rimedio risolutorio andrebbe, dunque, ad estendersi anche a quelle peculiari ipotesi in cui «la violazione del dovere precontrattuale *ex* art. 1337 cod. civ. si ripercuote sull'esecuzione del contratto» (*Ibidem*).

[7] Di regola il tema della protezione dell'acquirente di immobile proveniente da donazione viene affrontato focalizzando, prevalentemente, l'attenzione sul rapporto intercorrente tra legittimario e avente causa dal donatario, allo scopo di individuare strumenti che risultino (il più possibile) idonei a paralizzare l'eventuale pretesa restitutoria avanzata dal primo, nei confronti del secondo. Ben più limitata attenzione ha ricevuto, invece, la questione (comunque, strettamente correlata alla prima) concernente «i rapporti tra acquirente e suo stesso venditore in relazione alla riduzione del titolo di provenienza di quest'ultimo» (C. CACCAVALE, *Riducibilità del titolo di provenienza donativa e distribuzione del rischio contrattuale nella compravendita immobiliare*, in *Giust. civ*., 2001, n. 10, 461).

[8] Anche la dottrina pare auspicare l'avvio di una siffatta riflessione: «se si potesse farsi davvero convinti della correttezza della soluzione prospettata [si riferisce alla ricostruzione proposta, in favore del promissario acquirente, da Cass. civ. 12 dicembre 2019, n.



luogo, invita a riflettere se, nell'ipotesi appena prospettata, l'acquirente possa esperire taluno dei rimedi (evocati nella pronuncia in discorso) in cui si articola la garanzia per evizione di cui agli artt. 1481 ss. cod. civ., ovvero se possa – in via alternativa (o, addirittura, contestuale) – pretendere una tutela risarcitoria, commisurata all'interesse negativo, per violazione della libertà negoziale che gli compete.

Sembrerebbe, infatti, ad una prima analisi, che la fattispecie di cui si discorre possa prestarsi, perlomeno astrattamente, ad essere ricondotta ai summenzionati istituti giuridici, i quali tuttavia si connotano, come ben noto, per presupposti applicativi, fondamenti e rimedi, tra loro, assai diversificati.

2. – Diverse voci, come in parte accennato, hanno accolto con entusiasmo la ricostruzione che vede il promittente venditore tenuto a comunicare la provenienza da donazione del bene dedotto nel contratto preliminare di compravendita, senza tuttavia preoccuparsi di meglio definire natura e fondamento giuridico di un simile dovere informativo precontrattuale, che, stando così le cose, non potrebbe negarsi sussista altresì in capo al venditore in quanto tale [9].

Non è chiaro, in particolare, se l'asserito contegno informativo debba intendersi dovuto in quanto espressione dell'obbligo comunicativo espressamente codificato dal legislatore all'art. 1338 cod. civ. o sia piuttosto da ricavare in via interpretativa dal generale dovere di comportarsi, nella fase precontrattuale di svolgimento delle trattative e di formazione del contratto, secondo buona fede a norma dell'art. 1337 cod. civ.

32694, cit.], anche colui che abbia scoperto la provenienza donativa del bene acquistato dopo aver concluso il contratto di compravendita deve essere tutelato. Come possa avvenire, però, non è ben chiaro» (C. Consolo, *La Suprema Corte e la circolazione*, *Corr. giur*., 2020, n. 5, 618).

Si consideri, oltretutto, l'estrema attualità dell'indagine che in questa sede s'intende avviare: lo attesta il recente stralcio della proposta di riforma del sistema di tutela dei legittimari di cui all'art. 13 della bozza di Legge di bilancio per l'anno finanziario 2024 (S. 926) – contenente disposizioni dirette ad *agevolare la circolazione giuridica dei beni provenienti da donazione*, per il tramite della trasformazione della legittima (da molti, peraltro da lungo tempo, auspicata) in un mero *diritto di credito* vantato dal riservatario nei confronti del beneficiario della liberalità eccessiva – a seguito del quale si è nuovamente ravvivato il dibattito, in dottrina, circa il tema della protezione giuridica da accordare all'acquirente di bene proveniente da donazione. Inoltre, v'è da dire che anche nell'ipotesi in cui dovesse essere approvato il successivo disegno di legge – il n. 926-*bis*, presentato su iniziativa governativa del Ministro dell'economia e finanze, all'esito del summenzionato stralcio dell'art. 13 del d.d.l. S. 926 (di cui va a riproporre, peraltro, il medesimo contenuto), e il cui esame (allo stato non ancora avviato) risulta assegnato alla 2° Commissione permanente (Giustizia) in sede redigente – il problema concernente la tutela del terzo avente causa dal donatario continuerebbe a profilarsi in relazione alla pluralità di successioni *mortis causa* apertesi in data anteriore rispetto all'(eventuale) entrata in vigore della riformata disciplina in materia di successione necessaria. Come si può apprendere dalla lettura del testo del d.d.l. S. 926-*bis*, infatti, gli artt. 563 e 2652 cod. civ., così come si è proposto di modificarli, andrebbero ad applicarsi alle sole successioni apertesi dopo la data di entrata in vigore della proposta normativa cui si sta facendo cenno (per i dettagli della quale, si rinvia al testo integrale del d.d.l. consultabile all'indirizzo https://www.senato.it/leg/19/Bgt/Schede/Ddliter/57660.htm), con la conseguenza per cui, alle successioni apertesi in data anteriore, i medesimi articoli continuerebbero ad applicarsi nel testo, ad oggi, in vigore. Pertanto, nell'ipotesi da ultimo delineata, nonostante la proposta normativa miri ad eliminare la *realità* oggigiorno connaturata alla legittima spettante agli stretti congiunti dell'ereditando, con una sostanziale abrogazione dell'azione di restituzione, occorre considerare che i legittimari conserverebbero, comunque, la facoltà di agire (in restituzione) *ex* art. 563 cod. civ. nei confronti degli aventi causa dai donatari, a condizione che – come chiarito dalla proposta di cui al S. 926-*bis* – alternativamente: *i*) sia già stata notificata e trascritta la domanda di riduzione ovvero che quest'ultima sia stata notificata e trascritta entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della prospettata riforma; *ii*) i legittimari medesimi, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge che (eventualmente) andrà a riformare la disciplina della successione necessaria, abbiano notificato e trascritto, nei confronti del donatario e dei suoi aventi causa, un atto stragiudiziale di opposizione alla donazione di cui all'art. 563, ultimo comma, cod. civ.

[9] Sarebbe, infatti, del tutto irragionevole circoscrivere l'eventuale dovere informativo in capo al solo promittente venditore e negarlo invece in capo a chi, con la propria volontà negoziale, abbia determinato, fin da subito, l'effetto traslativo del diritto di proprietà in favore della controparte per il tramite della stipula del contratto di compravendita.

ISSN 2421-2563



Un primo accostamento al problema potrebbe, in effetti, suggerire di ricondurre la fattispecie in esame all'ipotesi di cui all'art. 1338 cod. civ., la quale, com'è noto, impone l'obbligo di risarcimento del danno alla parte che, conoscendo o dovendo conoscere una *causa di invalidità* del contratto, non ne ha dato notizia all'altra. Nonostante il tenore del dato normativo induca a prendere in considerazione le sole cause di invalidità, la tendenza è di estendere l'ambito di operatività della siffatta norma anche a quelle circostanze dirette a rendere «inefficace o inutile» [10] l'accordo raggiunto tra i contraenti. Tanto premesso, si potrebbe ipotizzare di qualificare la provenienza donativa del bene compravenduto in termini di una potenziale *causa di* (riducibilità del titolo di acquisto e, dunque, di) *inefficacia* del contratto stipulato tra le parti, che, in quanto già (presumibilmente) conosciuta (o, comunque, conoscibile) dal venditore al momento dello svolgimento delle trattative, debba intendersi formare oggetto di un preciso dovere di informazione [11].

Una simile ricostruzione, oltre ad essere apparsa a taluni autori eccessivamente artificiosa [12], non tiene conto dell'indirizzo dottrinale [13] e, soprattutto, giurisprudenziale [14] propenso ad intravedere nell'art. 1337 cod. civ. il fondamento normativo di un più ampio obbligo informativo di natura precontrattuale gravante in capo al contraente, che, al di là delle ipotesi di cui all'art. 1338 cod. civ. (che di quello sono specificazioni) sembrerebbe potersi (ed, anzi, doversi) estendere, più in generale, a tutte le circostanze idonee ad influire, in maniera rilevante, sulla formazione del consenso della controparte.

Sebbene non abbia trovato attuazione il progetto, presentato qualche anno or sono (si veda il d.d.l. S. n. 1151/2019 in materia di riforma del Codice civile), che si era proposto di introdurre nel nostro ordinamento un'espressa e puntuale disposizione intesa a codificare un obbligo informativo precontrattuale di più ampio respiro [15], l'attività ermeneutico-interpretativa svolta dai giudici e dalla dottrina civilistica [16] ha comunque si-

---

[10] C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 163. In termini analoghi si esprimono, tra i tanti, C. GRANELLI, *Gli obblighi informativi nella formazione dell'accordo contrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2018, n. 7-8, 1201; A. RENDA, *Obblighi informativi e responsabilità precontrattuale da contratto valido*, in *Jus*, 2020, 129. In giurisprudenza, v. Cass. civ. 8 luglio 2010 n. 16149, in *OneLegale*, in cui si afferma che il disposto di cui all'art. 1338 cod. civ. è applicabile a tutte le ipotesi di invalidità, «nonché alle ipotesi di inefficacia del contratto, dovendosi ritenere che, anche in tal caso, si riscontra la medesima esigenza di tutela delle aspettative delle parti al perseguimento di quelle utilità cui esse mirano mediante la stipulazione del contratto medesimo».

[11] Si è opportunamente rilevato che «nell'assoluta maggioranza dei casi» il beneficiario della donazione lesiva «non è un giurista né un professionista immobiliare, e lui per primo non sarà a conoscenza del – complicatissimo anche per i tecnici – regime dei beni di provenienza donativa» (C. CONSOLO, *op. cit*., 617). Se questa è realmente la situazione che viene a profilarsi nel concreto della realtà e se è parimenti condivisibile l'idea per cui è proprio l'«inuguaglianza» conoscitiva di partenza tra i contraenti a costituire la fonte di un obbligo di informazione a favore del soggetto disinformato (così R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Tratt. dir. civ*., diretto da R. Sacco, Torino, 2005, 3° ed., 568), sembrerebbe potersi dubitare della bontà di una ricostruzione che voglia imporre *automaticamente* e in ogni caso, ossia indipendentemente dalle concrete circostanze, un dovere informativo in capo al venditore di un bene immobile proveniente da donazione.

[12] Secondo un orientamento dottrinale piuttosto risalente, le cause di inefficacia del contratto dovrebbero intendersi escluse dall'ambito di operatività dell'art. 1338 cod. civ.: v. almeno F. BENATTI, *Responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 57.

[13] Sul punto v. G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 108, la quale afferma come «l'obbligo di comunicazione nelle trattative sia imposto dall'art. 1337 anche in relazione a circostanze che non sono tali da incidere sulla validità del contratto, ma sono egualmente importanti per la valutazione delle parti sulla convenienza» dell'accordo. In termini analoghi, A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, a cura di G. TRABUCCHI, Milano, 50ª ed., 2021, 233, sostiene che l'art. 1337 cod. civ., oltre al dovere di comportarsi lealmente, astenendosi dal porre in essere comportamenti maliziosi, andrebbe ad imporre «l'obbligo di fornire alla controparte «ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile, con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto».

[14] Sul punto, *ex multis*, v. almeno Cass. civ. 29 settembre 2005 n. 19024, in *DeJure*, in cui si precisa «che l'ambito di rilevanza della regola posta dall'art. 1337 c.c. va ben oltre l'ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative e assume il valore di una clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in maniera precisa, ma certamente implica un dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e *fornendo alla controparte ogni dato rilevante*, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto».

[15] L'art. 1, comma1, lett. f, d.d.l. S. 1151/2019, delegava al governo l'adozione di uno o più decreti legislativi diretti a perseguire,



no ad oggi sopperito alla mancanza [17] di una disciplina *ad hoc* in materia di obblighi informativi *generalizzati* [18].

In particolare, la giurisprudenza della Corte di Cassazione, nell'indagare il contenuto precettivo della norma di cui all'art. 1337 cod. civ., ha attentamente individuato una pluralità di doveri precontrattuali derivanti dalla buona fede prenegoziale, tra cui emerge, tra gli altri, proprio quell'obbligo informativo, cui si è fatto poc'anzi cenno, da intendersi quale «dovere di comunicare alla controparte gli elementi necessari per formarsi un'idea esatta del contratto» [19].

Aderendo ad una tale prospettiva, se si condivide altresì l'idea per cui la provenienza da donazione integra una circostanza peculiare idonea ad incidere sulla (non) sicurezza dell'acquisto, dovrebbe parimenti ammettersi che il venditore – poiché il bene oggetto di contrattazione «presenta, appunto, singolarità che possono rivelarsi determinanti non solo per decidere di impegnarsi e concludere l'affare, ma in ogni caso per garantirsi una relativa tranquillità economico-patrimoniale dell'assetto contrattuale realizzato» [20] – sia tenuto, nel rispetto della lealtà e della correttezza che devono presiedere la negoziazione, ad assolvere al relativo dovere informativo. La provenienza liberale dell'immobile andrebbe comunicata alla controparte, dunque, non tanto perché si concreti in una causa di inefficacia del contratto ritenuta rilevate ai fini dell'art. 1338 cod. civ., quanto in ragione della riconducibilità di un siffatto dovere di comunicazione al più generale disposto di cui all'art. 1337 cod. civ. che, come già ribadito, prescrivendo alle parti di comportarsi secondo buona fede, impone la comunicazione di ogni circostanza determinante per il consenso dell'altra.

Ad ogni buon conto, a prescindere da quale sia il sentiero argomentativo che si voglia percorrere, la riconduzione della fattispecie all'una ovvero all'altra disposizione normativa non sembra dispiegare conseguenze diversificate sul lato pratico.

Un profilo distintivo che potrebbe, in un primo momento, venire in rilievo è rappresentato dalla circostanza per cui l'art. 1338 cod. civ. richiede, ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale, che «la parte lesa abbia confidato, *senza colpa*» nella validità o – come interessa ai fini dell'indagine in discorso – nell'efficacia del contratto, laddove, invece, l'art. 1337 cod. civ., non sembrerebbe richiedere alcun particolare atteggiamento della parte a cui è stata taciuta l'informazione di rilievo, affinché questa possa dirsi meri-

---

tra le tante finalità, altresì quella di «prevedere nel corso delle trattative per la conclusione del contratto, che la parte che sia a conoscenza di un'informazione di rilievo determinante per il consenso sia inderogabilmente tenuta a comunicarla all'altra parte quando questa la ignori e abbia fatto necessario affidamento sulla lealtà della controparte».

[16] A titolo esemplificativo si veda, tra i tanti, G. VISINTINI, *op. cit.*, 111, la quale, espressamente, riconosce come «esista nel nostro ordinamento […] un obbligo generale d'informazione nelle trattative la cui fonte è data dall'art. 1337 c.c.».

[17] Nonostante plurime disposizioni contenute nella legislazione speciale codifichino una molteplicità di obblighi di informazione (si pensi, a mero titolo esemplificativo, all'obbligo informativo che grava in capo all'intermediario finanziario nei confronti dell'investitore, ovvero al dovere comunicativo che incombe sul venditore professionista nei confronti dell'acquirente-consumatore), è da notare che «le disposizioni, isolate, fin qui reperite, *non* ci dicono che esista un obbligo *generalizzato* di informare la controparte» (R. SACCO, G. DE NOVA, *op. cit.*, 567).

[18] In tali termini sembrerebbe esprimersi altresì N. MUCCIOLI, *Gli obblighi informativi tra formazione ed esecuzione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, n. 1, 53: «l'aggancio dell'obbligo informativo alla regola generale di buona fede ha indotto ad enfatizzare la portata della norma, quale *fonte di un generale obbligo precontrattuale di informazione*, anche laddove manchi un espresso enunciato *ad hoc*».

[19] A. ZACCARIA (Agg. F. TRONCONE), *Art. 1337*, in G. CIAN (a cura di), *Commentario breve al codice civile Cian-Trabucchi*, Milano, 2022, 15ª ed., 1424; cfr. P. GAGGERO, *La trasparenza nel contratto: per un'analisi dei rapporti di intermediazione creditizia*, Milano, 2011, 61.

[20] F. SANGERMANO, *La circostanza inerente la provenienza donativa del bene promesso in vendita nel contratto preliminare*, in *Foro it.*, 2020, n. 7-8, c. 2475.

ISSN 2421-2563



tevole di ricevere un'effettiva tutela [21]. Tuttavia, anche coloro i quali partono dallo studio dell'art. 1337 cod. civ. per affermare l'esistenza di un siffatto dovere informativo generalizzato gravante in capo alle parti nella fase antecedente alla stipulazione del contratto – preoccupandosi di evidenziare l'esigenza di individuare dei criteri che consentano di meglio circoscrivere quando (ed in che termini) l'informazione vada, nel concreto della fattispecie, effettivamente comunicata – finiscono con l'attribuire rilievo al contegno di controparte: a tal proposito, i più propongono di avere riguardo, tra le altre circostanze, alle qualità professionali delle parti coinvolte [22], all'autonoma accessibilità dell'informazione da parte del soggetto che ne lamenta il difetto di comunicazione, nonché all'onere di "autoinformazione" che variamente grava su ciascuna delle parti contraenti [23]. Ne deriva che parimenti la violazione dei doveri informativi non specificatamente previsti dal legislatore (e, dunque, non sussumibili, come tali, nel disposto di cui all'art. 1338 cod. civ., ma desumibili dall'art. 1337 cod. civ.) dovrebbe restare priva di rilievo qualora l'altra parte versi in *colpa* per non essersi, con l'ordinaria diligenza, procurata le informazioni rilevanti taciute dalla controparte [24].

In altri termini, se è vero, come autorevolmente sostenuto, che «tutto ciò che condiziona, in qualche modo, il raggiungimento dello scopo perseguito con quel *tipo di contratto* deve essere comunicato» [25], è altresì certo che un siffatto obbligo informativo è, ragionevolmente, da escludere per quelle «informazioni che l'altra parte può procurarsi *usando l'ordinaria diligenza*, e per le quali quindi non c'è la "necessità" di fare affidamento sulla lealtà della controparte» [26].

Occorrerebbe chiedersi, a questo punto, se la provenienza liberale (del bene oggetto dell'affare) rappresenti una circostanza per attingere la quale, essendo «impossibile o seriamente difficile procurarsi l'informazione» [27], il contraente *non possa null'altro fare che affidarsi alla lealtà* e alla correttezza della sua controparte [28].

---

[21] La riflessione formulata da chi scrive non pare essere estranea alla dottrina; al riguardo, v. N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 2008, 88: «a differenza dell'art. 1338 c.c., l'art. 1337 c.c. non parla di colpa del danneggiato. Si pone dunque il problema di stabilire se l'assenza di colpa del danneggiato sia fatto costitutivo della responsabilità *ex* art. 1337 c.c.».

[22] Pur in difetto di una disposizione codicistica che imponga un dovere informativo generalizzato, «le sparse norme sull'obbligo di informazione» contenute nelle leggi speciali «ci offrono [comunque] un termometro per misurare quale sia il grado di lealtà che l'ordinamento è propenso a pretendere» (R. SACCO, G. DE NOVA, *op. cit*., 568): sembrerebbe potersi asserire che la parte contrattuale abbia diritto a ricevere informazioni di rilievo nell'ipotesi in cui la controparte (tenuta alla comunicazione) rivesta una qualifica professionale ed, anzi, è da dire che è «proprio la sua professionalità che impone obblighi nei confronti della parte non professionale e perciò sprovveduta» (*Ibidem*). Si segnala, peraltro, che una simile opinione pare essere condivisa altresì da quella dottrina che, occupandosi proprio del tema in esame, ha dubitato che un siffatto dovere precontrattuale informativo possa dirsi gravante in capo al venditore (cfr. nota n. 11): «il mediatore sì che è un professionista al quale si può richiedere la conoscenza della disciplina codicistica e rimproverare […] ogni silenzio anche solo negligente o superficiale tra cui rientra senz'altro il profilo della provenienza donativa» (C. CONSOLO, *op. cit*., 617).

[23] C. GRANELLI, *Gli obblighi informativi*, cit., 1205.

[24] Così G. VISINTINI, *op. cit*., 111.

[25] G. VISINTINI, *op. cit*., 108. Come del resto autorevolmente sostenuto, «funzione fondamentale» del contratto tipico di compravendita consiste nel «far acquisire *definitivamente* al compratore il diritto venduto» (D. RUBINO, *op. cit.*, 629): stando così le cose, è evidente che la provenienza da donazione integra una circostanza di rilievo nell'economia dell'affare, in quanto idonea ad incidere sulla (mancata) definitività dell'attribuzione traslativa realizzata dall'alienante.

[26] G. D'AMICO, *Attuazione della delega contenuta nell'art. 1, comma 1, lett. f) del d.d.l.s.1151/2019. Una proposta*, in *Pers. e merc*., 2020, n. 3, 197. Del pari in giurisprudenza viene dato rilievo al comportamento concretamente assunto dalla parte cui sia stata taciuta l'informazione, tant'è che si afferma che – qualora quest'ultima dovesse risultare in colpa in quanto, nonostante il silenzio della controparte, «*avrebbe potuto, con l'ordinaria diligenza, venire a conoscenza della reale situazione*» – le disposizioni di cui agli artt. 1337-1338 cod. civ. non potrebbero trovare applicazione (Cass. civ. 29 novembre 2019 n. 31314, in *OneLegale*).

[27] N. MUCCIOLI, *op. cit*., 55, la quale precisa come possa configurarsi responsabilità precontrattuale soltanto ove la parte, cui la comunicazione non sia stata resa, versi in uno stato di legittima ignoranza.

[28] G. D'AMICO, *op. cit*., 197.



A ben vedere, la provenienza da donazione, poiché integra una caratteristica del bene facilmente conoscibile per il tramite di una (non particolarmente onerosa) ricerca presso la Conservatoria dei Registri immobiliari, sembra potersi considerare un'informazione suscettiva di essere *autonomamente* assunta dal compratore per il tramite dell'impiego di quei canoni di attenzione e prudenza che dovrebbero caratterizzare il suo agire diligente [29].

Poiché è pacifico che la buona fede non può comportare l'«obbligo di fornire a controparte *tutte le informazioni* di cui si dispone, bensì quelle soltanto che l'altro contraente *non* potrebbe procurarsi con l'ordinaria diligenza» [30], agli occhi di chi scrive non è pertanto così agevole argomentare la ferma e sicura esistenza di un dovere informativo, in capo al venditore di immobile proveniente da donazione, sanzionabile mediante l'imposizione di un obbligo risarcitorio a norma degli artt. 1337 e 1338 cod. civ.

Ad ogni modo, anche qualora si volesse aderire alla tesi per cui un siffatto dovere comunicativo sia configurabile a carico dell'alienante, prima di poter predicare il sorgere di una responsabilità precontrattuale in capo a chi (in qualità di venditore o promissario alienante) non abbia comunicato la provenienza da liberalità, dovrebbe trovare risoluzione la questione preliminare, ad oggi tutt'altro che sopita, se possa delinearsi una responsabilità *ex* art. 1337 cod. civ. in capo alla parte che abbia taciuto di comunicare all'altra un'informazione di rilievo, anche qualora il contratto concluso all'esito delle trattative, sia *valido* e pienamente *efficace* [31]. Si tratta, è opportuno evidenziarlo, di un interrogativo che non solo non esula dall'ambito di indagine delineato nel presente elaborato ma che va, anzi, coordinato con l'ulteriore sollecitazione avanzata da quella limitata parte della dottrina che, occupandosi proprio del tema della circolazione della ricchezza donativa, ha proposto di qualificare il contratto concluso nell'ignoranza della provenienza liberale del bene in termini di un contratto invalido e, più precisamente, annullabile per errore, a fronte della falsa rappresentazione della realtà in cui parrebbe essere incorso l'acquirente a causa della reticenza di controparte [32].

In altre parole, e senza la pretesa però di fornire una risposta compiuta ed esaustiva in questa sede, si vuole sottolineare come la complessità del *thema* imporrebbe di domandarsi se: *i*) il contratto di compravendita concluso in difetto di comunicazione, da parte del venditore, della provenienza da donazione possa dirsi *invalido*, e, più precisamente, annullabile per errore: in tale ipotesi, non parrebbero profilarsi dubbi circa la configurabilità di una responsabilità precontrattuale la cui fonte potrebbe essere ravvisata proprio nell'art.

---

[29] *Ibidem*; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 802, il quale specifica che il compratore dovrebbe esaminare diligentemente la cosa contrattata e riconoscere le eventuali limitazioni che gravano su di essa. Tanto premesso, si tratterebbe ora di valutare, più approfonditamente, «se rientra nella diligenza normale […] assumere informazioni […] attraverso l'esame dei registri» immobiliari (G. VISINTINI, *op. cit*., 199), tuttavia – alla luce di quelle che sono le considerazioni che si andranno a breve evidenziando – si ritiene, in questa sede, di poter soprassedere su una simile questione.

[30] G. D'AMICO, *op. cit*., 197.

[31] Sul punto, tra i tanti in dottrina, si veda almeno M. MANTOVANI, *«Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, la quale si è specificatamente occupata di risolvere la questione giuridica se, in linea generale, la disciplina della responsabilità precontrattuale possa dirsi compatibile con la conclusione di un valido contratto.

[32] Taluni propongono, infatti, di ravvisare nella provenienza donativa «una qualità fondamentale del bene» (in quanto idonea ad incidere sulla sicurezza e sulla stabilità del suo trasferimento) riconducibile alla categoria invalidante dell'errore essenziale (di fatto) di cui all'art. 1429 n. 2 cod. civ. (V. BILARDO, *Tutela reale dei legittimari e contratto preliminare*, in *Contr.*, 2020, n. 3, 293; C. CONSOLO, *op. cit*., 618). In termini negativi v., invece, C. CACCAVALE, *op. cit*., 465, il quale definisce «problematica» l'idea di ricondurre il contratto (concluso ignorando la provenienza da donazione) alla categoria dell'annullabilità per errore essenziale e riconoscibile. Più precisamente, l'A. avanza perplessità riguardo alla invocabilità, nel caso in esame, del c.d. errore "di diritto" *ex* art. 1429 n. 4 cod. civ., ravvisato, nello specifico, nell'errore sulla riducibilità del titolo di provenienza, ciò in quanto l'errore di diritto «viene inteso nell'ignoranza o falsa rappresentazione di una norma giuridica, mentre ora è in questione l'ignoranza o la falsa rappresentazione circa la ricorrenza, nel caso concreto, degli estremi necessari per attivare una certa norma». Sul punto, v. *infra*, nota n. 115.

ISSN 2421-2563



1338 cod. civ. [33]; ovvero, in via alternativa, se *ii*) il contratto di compravendita concluso in difetto di comunicazione, da parte del venditore, della provenienza da donazione, sia valido, e, ciononostante, possa il compratore avanzare una pretesa risarcitoria per violazione della buona fede in fase di trattative a fronte del silenzio di controparte su di una informazione rilevante per la conclusione dell'affare.

Evidentemente, è soltanto qualora si voglia aderire alla seconda delle soluzioni prospettate, che diventa realmente interessante chiedersi se l'acquirente possa, una volta appresa la provenienza dell'immobile, pretendere un risarcimento del danno, lamentando l'avvenuta lesione della propria libertà negoziale nel corso delle trattative, pur essendo addivenuto alla stipula di un contratto valido.

Sul punto, ci si limita qui a ricordare l'orientamento che di recente ha trovato ampia condivisione, secondo cui non vi è motivo di ritenere che la conclusione di un contratto valido ed efficace «sia di ostacolo alla proposizione di un'azione risarcitoria fondata sulla violazione della regola posta dall'art. 1337 cod. civ. o di obblighi più specifici riconducibili a detta disposizione», sempre che, s'intende, il danno trovi «il suo fondamento nella violazione di obblighi relativi alla condotta delle parti nel corso delle trattative e prima della conclusione del contratto» [34]. In questa prospettiva, la responsabilità precontrattuale rappresenta il rimedio in grado di tutelare anche quel contraente che abbia stipulato un contratto – che pur andando esente da vizi invalidanti – risulti pregiudizievole, o quantomeno sconveniente, per la parte che abbia subito l'altrui comportamento contrario a buona fede nella fase delle trattative e della formazione dell'accordo.

Tuttavia, a prescindere dall'adesione o non a questo orientamento, non si comprende quale possa essere il danno o pregiudizio che, concretamente, l'acquirente dell'immobile proveniente da donazione potrebbe, ragionevolmente, lamentare – pretendendo un risarcimento da parte del venditore – fintantoché il legittimario leso ovvero pretermesso non eserciti le azioni di riduzione e di restituzione di cui, a breve, si dirà [35]: parrebbe piuttosto doversi dire che «qui è, se mai, in gioco un [*potenziale*] inadempimento *sui generis*», da parte del venditore, «all'impegno di procurare al compratore la proprietà della cosa» [36]. Infatti, il venditore che aliena un immobile proveniente da donazione pone in essere un'attribuzione traslativa – in favore dell'acquirente –

[33] Secondo l'orientamento tanto dottrinale quanto giurisprudenziale che, fino a qualche tempo fa, appariva consolidato, la responsabilità precontrattuale poteva, infatti, dirsi configurabile solo ed esclusivamente in ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative – e cioè quando le parti nemmeno potevano dirsi essere addivenute alla conclusione di un accordo negoziale – ovvero, laddove invece un contratto fosse stato stipulato, soltanto ove quest'ultimo fosse *invalido*. In senso contrario, v. almeno M. MANTOVANI, *op. cit*., 289-290, la quale, diversamente, ritiene che la portata applicativa dell'art. 1337 cod. civ. vada estesa «al di là delle ipotesi emblematiche (contratto invalido e recesso ingiustificato dalle trattative», fino a «sanzionare il contegno sleale e scorretto, che ha caratterizzato lo svolgimento della trattativa, anche là dove quest'ultima sia approdata alla conclusione di un valido contratto».

[34] Cass. civ. 29 settembre 2005, n. 19024, in *OneLegale*. Sulla possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale anche in caso di conclusione di un contratto valido v. altresì Cass. civ. 23 marzo 2016, n. 5762, in *Corr. giur*., 2016, n. 12, con nota di C. SCOGNAMIGLIO; Cass., 8 ottobre 2008 n. 24795, in *OneLegale*; Cass. civ. 16 aprile 2012 n. 5965, in *OneLegale*; Trib. Savona 31 gennaio 2018, in *OneLegale*, ove si precisa che «al di là dell'ipotesi codificata del dolo incidente, la configurabilità di una responsabilità precontrattuale in presenza di un contratto valido è stata ammessa in generale con riferimento ai c.d. "vizi incompleti della volontà" che consistono, in particolare, in anomalie che inficiano la formazione del consenso, pur non integrando alcuna delle cause tipiche di annullabilità o rescindibilità del contratto previste dal legislatore». In dottrina, per un approfondimento in ordine alla prospettata compatibilità tra «fattispecie incomplete di vizio e responsabilità precontrattuale», si rinvia a M. MANTOVANI, *op. cit*., 187 ss.

[35] Potrebbe unicamente immaginarsi che l'acquirente, se solo avesse saputo della provenienza donativa, avrebbe insistito per ottenere una riduzione congrua del prezzo dovuto, a fronte della potenziale precarietà dell'acquisto concluso. Eppure, una simile soluzione non si sa quanto possa considerarsi conveniente per il compratore, atteso che l'azione di restituzione *ex* art. 563 cod. civ. può essere esperita, nei confronti del terzo avente causa, solo ove l'alienante-donatario sia stato infruttuosamente escusso: diminuire il corrispettivo della vendita potrebbe voler dire diminuire (seppur parzialmente e potenzialmente) la possibilità, per il legittimario vittorioso in riduzione, di trovarsi innanzi ad un patrimonio sufficientemente capiente.

[36] G. VISINTINI, *op. cit*., 157.



senz'altro valida e produttiva di effetti, che potrà, tuttalpiù, rivelarsi *inesatta* nella sola ed esclusiva (e non si sa quanto remota) ipotesi in cui il legittimario dovesse avanzare una pretesa restitutoria nei suoi confronti, in virtù del noto disposto dell'art. 563 cod. civ. Diviene, dunque, essenziale chiedersi se la mancata comunicazione delle cause di «inesatta prestazione» (tra cui sembrerebbero rientrare, peraltro, le cause evizionali cui si farà cenno nel prosieguo della trattazione [37)] non sia forse da ricondursi, una volta che il contratto sia stato perfezionato, alla più ampia area della *responsabilità contrattuale* [38], in adesione a quell'opinione, autorevolmente sostenuta in dottrina, secondo cui, successivamente alla stipulazione del contratto, ogni questione relativa all'osservanza degli obblighi imposti alle parti nel corso delle trattative rimane preclusa, o per meglio dire, *assorbita* dalla responsabilità per inadempimento [39].

Alla luce di quanto sino ad ora evidenziato, si può dunque intuire come la circostanza per cui la provenienza donativa del bene compravenduto o promesso in vendita si presta ad assumere «rilevanza sia con riguardo alla fase che segue la conclusione del contratto di compravendita, sia, ancor prima, con riguardo alla fase delle trattative e degli accordi preliminari» [40], renda tutt'altro che agevole individuare la qualificazione che meglio si attaglia alla fattispecie in esame.

3. – Benché sia pacifico che la provenienza da donazione integra una circostanza in grado di rendere particolarmente insicuro ed instabile l'acquisto del diritto di proprietà in forza di un contratto di vendita, può essere parimenti utile svolgere un'indagine preliminare in ordine agli effetti prodotti dall'azione di riduzione *ex* art. 555 cod. civ. finalizzata a comprendere quando l'acquirente possa, in concreto, lamentare il rischio di perdita del bene compravenduto a fronte delle disposizioni (perlomeno ad oggi) vigenti, nel nostro ordinamento, in materia di successione necessaria.

È appena il caso di ricordare che, in base al combinato disposto di cui agli artt. 563 e 2652 n. 8 cod. civ., il riservatario leso ovvero pretermesso che sia risultato vittorioso in riduzione può pretendere la restituzione, in natura, del bene oggetto della liberalità ridotta da parte di colui che, a sua volta, abbia acquistato il bene dal donatario, qualora quest'ultimo sia stato infruttuosamente escusso, purché non siano decorsi venti anni dalla trascrizione della donazione lesiva [41].

---

[37] «Sempre sotto il profilo della *inesattezza giuridica della prestazione*, entrano in considerazione le ipotesi in cui il bene è assoggettato ad un potere di appropriazione del terzo non proprietario. Un potere di appropriazione del bene potrebbe essere ravvisato, anzitutto, quando al terzo competa […] azione di riduzione del titolo di acquisto del venditore» (C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, fondato da F. Vassalli, Torino, 1993, 796): dalle parole dell'A. si desume, evidentemente, che la provenienza da donazione integra una causa di inesattezza della prestazione riconducibile, come tale, alla sfera della responsabilità contrattuale.

[38] La mancata informazione circa le cause di inesattezza della prestazione «esula tuttavia dall'area della responsabilità precontrattuale, in quanto a seguito della conclusione del contratto le cause di inesattezza della prestazione danno luogo a responsabilità contrattuale […]. Nei casi in cui, ad es., il venditore non avverte che la merce è viziata o pericolosa […] la parte non risponderà per reticenza ma per *inadempimento del contratto*» (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 143).

[39] «Chi tace prima di concludere il contratto una situazione che comporterà un suo inadempimento *risponderà non per la reticenza, ma per l'inadempimento*» (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 164).

[40] C. CACCAVALE, *op. cit.*, 461.

[41] Diversamente, qualora dovesse essere approvato il d.d.l. 926-*bis* di cui *supra* (cfr. nota n. 8) il legittimario non potrebbe più agire in restituzione, ai sensi dell'art. 563 cod. civ., avverso il terzo avente causa dal donatario, allo scopo di ottenere la restituzione *in natura* del bene oggetto della donazione lesiva ridotta, potendo egli avanzare le proprie pretese esclusivamente nei confronti del donatario obbligato, come tale, a compensarlo in denaro nei limiti del vantaggio da lui conseguito. In proposito, appare doveroso ricordare come, tra gli altri, già il (recente) disegno di legge S. 1151/2019, presentato al Senato in data 19 marzo 2019, si era riproposto, seppur invano, di trasformare la legittima in un mero diritto di credito (assimilabile, come tale, al *Pflichtteilsrecht* tedesco ovvero

ISSN 2421-2563



È proprio l'appena ricordata tutela riconosciuta ai legittimari che spinge la dottrina a muoversi verso la ricerca di strumenti di stabilizzazione dell'acquisto che consentano al terzo acquirente di porsi al riparo dal rischio di *evizione*. Ciò che, piuttosto, si ritiene ora doveroso chiarire, anche ai fini dell'indagine in discorso, è quando il fenomeno evizionale possa dirsi *consumato* e quando, invece, debba ritenersi, piuttosto, sussistente il mero *pericolo* che la causa evizionale si concreti nella realtà dei fatti, atteso che differenti sono i rimedi che il legislatore appresta a tutela dell'acquirente, a seconda che si versi nell'uno ovvero nell'altro caso.

La dottrina pressoché maggioritaria riconduce il caso oggetto di studio – avente quale protagonista un acquirente che, pur avendo comperato un bene immobile da chi ne era l'effettivo titolare, ne venga successivamente privato in modo definitivo per effetto dell'intervenuta reintegrazione della quota di riserva spettante al legittimario – al fenomeno evizionale che connota la disciplina del contratto tipico di compravendita [42]. Più precisamente, prevale l'idea che il momento consumativo dell'evizione *ex* art. 1483 cod. civ. sia da ravvisare nella sentenza di *riduzione* del titolo del donatario-venditore [43].

L'esattezza di questo assunto merita, tuttavia, un approfondimento, per svolgere il quale appare imprescindibile prendere le mosse da una sintetica ricognizione del concetto giuridico di «evizione».

L'opinione tradizionale ritiene possa discorrersi di evizione ogniqualvolta risulti *accertata*, in maniera certa e definitiva, l'esistenza del diritto del terzo sul bene che il compratore ha acquistato per effetto della stipula del contratto di compravendita [44]. Tuttavia, secondo chi scrive, in adesione all'opinione che pare raccogliere maggior credito nella più recente letteratura [45], affinché possa essere invocata l'operatività della garanzia per evizione di cui agli artt. 1481-1489 cod. civ., occorre un *quid pluris*, ovverosia che l'accertamento (di cui si è appena detto) vada a dispiegare «una ricaduta, anche se non immediata, sul piano pratico così da escludere l'esercizio del diritto acquistato dal compratore» [46].

Pertanto, sembrerebbe doversi convenire con quell'autorevole voce dottrinale che ravvisa nell'intervento «rivendicativo o espropriativo in senso ampio» [47] – realizzato dal venditore e finalizzato a «togliere al com-

---

al *Geldpflichtteil* austriaco) e, più precisamente, in una quota del valore del patrimonio ereditario al tempo dell'apertura della successione, con conseguente esclusione della facoltà di «recuperare la quota di riserva coattivamente» (R. SCOTTI, *Provenienza donativa e tutela dell'avente causa dal donatario*, in *Notariato*, 2020, n. 5, 535).

[42] I maggiori studiosi della materia ritengono che nell'ipotesi in cui l'acquirente, «a seguito dell'iniziativa di un terzo, perda (con efficacia, a seconda dei casi, *ex nunc* o *ex tunc*) il diritto che aveva acquistato in virtù della compravendita» si debba discorre di c.d. evizione *risolutoria*: così A. LUMINOSO, *La vendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2022, 2° ed., 462. In senso conforme v. C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 850; M. PROTO, *Art. 1483*, in G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Codice civile ipertestuale. Commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, Torino, 2005, 2523.

[43] Si veda A. LUMINOSO, *La vendita*, cit., 464; A.P. UGAS, *Art. 1483*, in V. BUONOCORE, A. LUMINOSO, G. FAUCEGLIA (a cura di), *Codice della vendita*, Milano, 2018, 746, la quale ravvisa, nella riduzione per lesione di legittima, la causa della caducazione del contratto e, dunque, dell'evizione.

[44] A.P. UGAS, *op. cit.*, 738. D. RUBINO, *op. cit*., 651, sottolineando come la privazione del possesso non sia più da considerarsi elemento essenziale ai fini dell'evizione, ritiene che essa possa dirsi consumata già nel momento in cui «il terzo si limiti, nei riguardi del compratore, ad un'azione di mero accertamento positivo (della titolarità del diritto da parte sua, oltre che della carenza da parte del venditore)».

[45] *Ibidem*.

[46] *Ibidem*. In senso analogo v. C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 748; M. PROTO, *op. cit.*, 2521. Di pari avviso sembra mostrarsi anche la giurisprudenza attenta a chiarire come un requisito essenziale, ai fini della consumazione dell'evizione, vada ravvisato nella circostanza per cui, una volta accertato il diritto di proprietà del terzo, «questo si attivi per recuperare il diritto nella propria sfera giuridica» (Cass. civ. 13 maggio 2013 n. 7294, in *OneLegale*; così anche Cass. civ. 11 marzo 1972 n. 705, in *Giur. it*., 1973, I, 247, ove si afferma che «l'evizione presuppone non la sola esistenza del diritto del terzo, ma l'esercizio positivo di esso»).

[47] C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 835.



pratore il possesso del bene o, comunque, a precludergli l'ulteriore esercizio del diritto»[48] – l'evento costitutivo dell'evizione, non potendo, per contro, considerarsi sufficiente il *mero accertamento* del diritto dell'evincente senza che ad esso segua, nella realtà dei fatti, la perdita del diritto acquistato dall'acquirente[49].

Si tratta allora di valutare se, all'accoglimento della domanda di riduzione, possa attribuirsi il merito di sottrarre «al compratore il diritto acquistato, rimuovendo [quel]l'effetto traslativo già realizzato [con la conclusione della vendita]»[50], effetto quest'ultimo ritenuto essenziale affinché possa discorrersi di intervenuta *consumazione* dell'evizione.

Per rispondere ad un simile quesito non si può prescindere dallo studio degli effetti scaturenti dall'accoglimento della domanda di riduzione.

Come la dottrina più accorta insegna, il rimedio in discorso risulta azionabile dai riservatari lesi nei loro diritti allo scopo di ottenere – mediante una pronuncia di carattere costitutivo, una volta accertata l'effettiva intervenuta lesione della legittima –, la mera dichiarazione di inefficacia della liberalità (*mortis causa* ovvero) *inter vivos* eseguita dall'ereditando in lesione di quella che, comunemente, viene definita quota di patrimonio indisponibile. Più precisamente, secondo l'orientamento pressoché maggioritario, per effetto della dichiarazione di inefficacia della donazione, il *donatum* dovrebbe considerarsi «rientrato nel patrimonio del *de cuius* in favore del legittimario»[51], e quest'ultimo dovrebbe ritenersi divenuto titolare *ex lege*, in forza della c.d. vocazione necessaria[52], del medesimo bene oggetto della liberalità ridotta, con conseguente possibilità di agire in restituzione *ex* art. 563 cod. civ., nei confronti altresì dei terzi subacquirenti, per pretenderne la restituzione (appunto) in natura.

L'inefficacia dell'attribuzione ridotta, scaturente dall'accoglimento della domanda di riduzione, produrrebbe, pertanto, conseguenze dirette sulla titolarità del bene che ne costituisce l'oggetto, ciò che si riassume anche nell'affermazione secondo cui, in caso di inefficacia totale della liberalità, «dalla sentenza di riduzione *emergerà la titolarità del bene in capo al legittimario vittorioso*»[53] in riduzione. In altre parole, l'opinione tradizionale tende a riconoscere che il riservatario, per il sol fatto d'aver esperito vittoriosamente l'azione di cui all'art. 554 ss. cod. civ., si possa definire già proprietario del bene oggetto della liberalità ridotta[54]: a conferma di una simile interpretazione, può, peraltro, richiamarsi l'autorevole opinione secondo la quale il pagamento dell'equivalente in denaro – che il terzo avente causa, convenuto in restituzione, può liberamente eseguire allo scopo di liberarsi dall'obbligo di restituire (in natura) il bene oggetto della liberalità ridotta, a norma di quanto prescritto dall'art. 563, comma 3, cod. civ. – integrerebbe «il corrispettivo dell'esercizio di

---

[48] *Ibidem*.

[49] Pertanto, mentre secondo taluni l'accertamento (fine a se stesso) del diritto del terzo integra già di per sé evizione, secondo chi scrive, esso si presta ad essere ricondotto a quel pericolo serio ed attuale di perdita del bene compravenduto che, per la giurisprudenza pressoché costante, integra il presupposto necessario perché possa trovare applicazione, in favore del compratore, il rimedio sospensivo-cautelare *ex* art. 1481 cod. civ. di cui si dirà *infra*.

[50] Così si esprime C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 836, nel fornire la definizione di «espropriazione» (latamente intesa) quale presupposto necessario affinché l'evizione possa dirsi consumata.

[51] L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. comm*., diretto da A. Cicu, F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 2000, 233.

[52] Sul punto v. L. MENGONI, *Successione necessaria*, cit., 237.

[53] V. BILARDO, *Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 2021, 79; cfr. S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008, 49 ss.

[54] Muovendo da una simile ricostruzione teorica, taluni arrivano ad affermare che il legittimario andrebbe a promuovere l'azione di restituzione *ex* art. 563 cod. civ. «nella sua qualità di proprietario del bene in forza del suo acquisto *mortis causa*», intervenuto per effetto dell'accoglimento dell'azione di riduzione, allo scopo di ottenerne la restituzione da parte del terzo, con la conseguenza per cui l'azione restitutoria *ex* art. 563 c.c. altro non sarebbe che una azione di rivendica vera e propria: così M. BELLANTE, *Provenienza donativa del bene e rifiuto dei stipula del contratto definitivo ex art. 1481 c.c.*, in *Contr*., 2013, n. 3, 280.

ISSN 2421-2563



un diritto (potestativo) di riscatto, in forza del quale il terzo *riacquista la proprietà* del bene» [55].

Se si dà credito ad una simile impostazione, è nella natura delle cose concludere che il positivo esperimento dell'azione di riduzione integra già, esso stesso, il momento consumativo dell'evizione [56]. Tuttavia, la tenuta della ricostruzione prospettata viene ad incrinarsi se si guarda all'ipotesi in cui i beni colpiti dalla riduzione non si trovino più nel patrimonio del beneficiario (della liberalità) per averli, quest'ultimo, alienati a terzi [57].

In prima battuta, è bene ricordare che l'inefficacia della donazione, cui l'accoglimento della domanda di riduzione dà luogo, è da qualificarsi, come la migliore dottrina insegna, di tipo *relativo* [58]: per effetto del positivo esperimento del rimedio in discorso, il titolo di acquisto tanto del venditore, tanto del terzo avente causa (in tal secondo caso, per effetto dell'operare della regola *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*) è da considerarsi improduttivo di effetti solo nei riguardi del legittimario attore in riduzione; per converso, di fronte alla pluralità dei consociati (e altresì nei riguardi di quei legittimari che, ancorché lesi, non abbiano esperito il rimedio in discorso), la liberalità ridotta è da considerarsi pienamente efficace fino a che non intervenga, eventualmente, il passaggio in giudicato della sentenza di restituzione *ex* art. 563 cod. civ.

A proposito della disposizione normativa da ultimo evocata, occorre peraltro osservare come, talvolta, pur trovando accoglimento la domanda di riduzione, il legittimario non possa pretendere la restituzione *in natura* (da parte del terzo avente causa dal donatario) del bene oggetto della liberalità donativa, ciò che accade ogniqualvolta risultino decorsi venti anni dalla trascrizione della donazione lesiva [59]. In altri termini, ammettendo che, per effetto dell'accoglimento della domanda di riduzione, il legittimario divenga *automaticamente* titolare (o contitolare, a seconda dei casi) del bene oggetto della liberalità eccessiva, verrebbe a delinearsi la (alquanto) paradossale situazione per cui quest'ultimo, seppur divenuto proprietario dell'immobile (secondo la tesi in ipotesi), non potrebbe affatto ottenerne la restituzione, ove sia decorso il termine ventennale *ex* art. 563 cod. civ. di cui si è detto: viene allora da chiedersi come possa considerarsi *proprietario* colui che non può godere né disporre del bene su cui parrebbe vantare, per ragioni successorie, un siffatto diritto reale.

Inoltre, si consideri che, a voler accogliere la tesi che attribuisce al legittimario, in forza del mero acco-

---

[55] L. MENGONI, *Successione necessaria*, cit., 308. A tal proposito, secondo chi scrive, potrebbe però essere interessante chiedersi – e trattasi peraltro di questione che non pare essere stata ancora affrontata da alcuno in dottrina – se il pagamento dell'equivalente in denaro di cui all'art. 563, comma 3, cod. civ., non possa, piuttosto, essere letto alla luce del disposto di cui all'art. 1486 cod. civ., dal quale si desume la facoltà, per il compratore, di *evitare l'evizione* della cosa acquistata, mediante il pagamento di una somma di denaro.

[56] E sembrerebbe potersi giungere a tale conclusione tanto secondo la tesi che ravvisa nell'evizione il mero accertamento del diritto del terzo evincente (in quanto, per effetto dell'accoglimento della domanda di riduzione, il legittimario vede accertata la lesione della legittima e, dunque, riconosciuto il suo diritto alla reintegrazione), tanto secondo la ricostruzione che, viceversa, richiede quell'atteggiamento espropriativo di cui si è detto *supra*, atteso che secondo l'opinione in ipotesi, già in conseguenza dell'accoglimento dell'azione di riduzione, il riservatario vedrebbe recuperato, nella sua sfera giuridica, il diritto di proprietà sul *donatum*.

[57] Al riguardo parrebbe doversi rivalutare l'opinione per cui «il risultato dell'azione di riduzione, esperita nei confronti del beneficiario della liberalità lesiva, si concreta – [*soltanto*] quando i beni colpiti si trovino nel patrimonio di esso gratificato – nell'acquisto della proprietà di essi, da parte del legittimario» (F. MESSINEO, *Azione di riduzione e azione di restituzione per lesa legittima*, in *Riv. dir. civ*., 1943, 133): secondo l'A. da ultimo citato, infatti, l'azione di riduzione «colpisce direttamente i beni *solo se essi si trovino ancora nel patrimonio del gratificato*» non potendo quest'ultimo «sottrarsi all'obbligo di restituzione in natura».

[58] A. MONDINI, *In merito all'azione di riduzione*, in *Fam. dir*., 2015, n. 12, 1166; A. TORRONI, *Azione di riduzione ed azione di restituzione: alcune riflessioni intorno al dogma della retroattività (sempre meno) reale dell'azione di riduzione nell'ottica della circolazione dei beni*, in *Riv. not*., 2011, n. 3, 690.

[59] Come scrive A. TORRONI, *op. cit.*, 702, «trascorsi vent'anni dalla trascrizione della donazione, la riduzione della donazione non scalfisce il titolo di acquisto dell'avente causa dal donatario. Per cui è assolutamente fisiologica la situazione dell'avente causa dal donatario che *mantiene proprietà e possesso del bene acquisito nonostante la riduzione della donazione*».



glimento della domanda di riduzione, la titolarità del diritto di proprietà sul bene oggetto della donazione (con conseguente *automatica* consumazione dell'evizione a scapito del terzo subacquirente), rimane da spiegare in che termini l'asserito effetto traslativo possa essere coordinato con il fenomeno – contemplato dall'art. 563, comma 1, cod. civ. – della preventiva escussione del patrimonio del donatario [60].

Dalla disposizione da ultimo evocata si ricava, infatti, che il legittimario vittorioso in riduzione, una volta escusso fruttuosamente il donatario, non potrà vantare alcuna pretesa restitutoria nei confronti dei terzi subacquirenti, poiché la sua quota di riserva può dirsi già reintegrata, seppur in termini meramente pecuniari [61]. La disciplina costruita dal legislatore per il caso in cui il bene oggetto della liberalità ridotta sia stato alienato a terzi lascia, dunque, intendere che la legittima, e correlativamente lo strumento giuridico a sua tutela [62], deve interpretarsi quale diritto successorio connotato da una peculiare (e, a dir poco, alquanto singolare) natura *ambivalente*, costantemente *obbligatoria*, almeno in una sua prima fase, e solo talvolta, ed eccezionalmente, in una seconda fase, anche *reale* [63].

---

[60] Sotto questo profilo, non può negarsi che la tesi che fa discendere dall'accoglimento della domanda di riduzione l'effetto traslativo del diritto di proprietà del bene in capo al legittimario, con contestuale automatica ed immediata caducazione del titolo di acquisto del terzo subacquirente, si presta alla critica di prospettare una ricostruzione della vicenda particolarmente artificiosa e farraginosa: dovrebbe, infatti, dirsi che il terzo avente causa abbia acquistato la proprietà dal donatario (in forza del contratto di compravendita), per poi perderla all'esito dell'accoglimento della domanda di riduzione e vederla subito dopo riacquistata per l'ipotesi in cui il donatario sia stato fruttuosamente escusso.

[61] Come autorevolmente si è sostenuto, infatti, «l'azione verso il terzo si collega ad una fattispecie complessa, costituita dal giudicato di riduzione e dalla vana escussione dei beni del donatario contro cui è stato pronunziato» (L. MENGONI, *Successione necessaria*, cit., 314).

[62] Accanto ad un'azione di restituzione di natura personale (posta a tutela del diritto di credito vantato dal legittimario, vittorioso in riduzione, nei confronti del donatario-alienante), verrebbe a delinearsi un'azione di restituzione, di natura reale, diretta ad ottenere la restituzione, da parte del terzo acquirente, dei beni oggetto della liberalità lesiva, per l'ipotesi in cui il patrimonio del donatario medesimo dovesse risultare incapiente. Secondo F. MESSINEO, *op. cit*., 136, invece, l'azione di restituzione diretta contro il terzo acquirente, «è azione schiettamente personale (di credito), proprio perché il legittimato passivo può a proprio libito commutare l'oggetto in una somma di denaro e sottrarre, così, all'azione i beni trasmessigli dal gratificato». Sul punto, si veda anche A. SCOTTI GALLETTA, *Sulla natura giuridica dell'azione di reintegrazione della quota di legittima e sul giudice territorialmente competente a decidere della questione,* in *Dir. e giur.,* 1959, II, 72-73, il quale discorre di «azione tipicamente composita, risultante dalla sovrapposizione di un'azione reale (restitutoria) su un'azione personale di accertamento».

[63] Sembrerebbe doversi dire che il carattere *reale* della tutela accordata ai legittimari lesi ovvero pretermessi non rappresenti una costante nel fenomeno della successione necessaria, potendo essa, a date condizioni prescritte dal legislatore, risultare disattivata. Mentre è certo che l'azione di restituzione esperita nei confronti del gratificato (donatario) «sbocca nell'acquisto della proprietà dei beni relitti o donati», invece, «che anche nei confronti del terzo acquirente, l'azione possa procurare al legittimario i beni in natura, *non è risultato costante*; costante e indeclinabile è l'obbligo di pagare l'equivalente» che sorge in capo al donatario convenuto in riduzione, ben potendo la legittima essere soddisfatta in termini pecuniari (F. MESSINEO, *op. cit.*, 137-138). Sulla scorta di queste considerazioni, meriterebbe di essere attentamente valutata, in una distinta indagine, se meriti di ricevere credito la diversa ricostruzione, prospettata da una parte della dottrina (A. TORRONI, *op. cit*., 696) propensa ad affermare che il bene (alienato dal donatario in favore del terzo acquirente) esplichi una mera «*funzione di garanzia* del diritto del legittimario, diritto che è di natura creditoria». Si tratta, in altri termini, di verificare se, tutto considerato, non sia finanche preferibile qualificare l'azione di restituzione *ex* art. 563 cod. civ. in termini di mero mezzo processuale finalizzato a consentire il soddisfacimento coattivo di un diritto che permarrebbe *di natura creditoria* anche all'esito dell'infruttuosa escussione del patrimonio del beneficiario (sul punto cfr. A. SCOTTI GALLETTA, *op. cit.*, 70 ss.; A. GRECO, *Brevi riferimenti sulla natura giuridica dell'azione di riduzione delle donazioni e delle disposizioni lesive della posizione legittima,* in *Temi,* 1956, 158); ovvero se – con una ricostruzione da considerarsi alternativa alla precedente – l'agire in restituzione rappresenti la concretizzazione di una tutela *reale* (a tutti gli effetti) che, seppur *eventuale* e *condizionata*, può venire in rilievo ogni volta in cui non vi sia spazio per un soddisfacimento pecuniario della legittima. Pur trattandosi di questione, che, come già anticipato, senz'altro meriterebbe – tanto per l'interesse che ingenera, quanto per la complessità che la contraddistingue – un supplemento di indagine, che esula dall'economia di queste pagine, ci si limita per il momento ad avanzare che, con buona probabilità, la tesi da ritenere preferibile resta quella per cui l'azione di restituzione *ex* art. 563 cod. civ. ha carattere *reale*: se si guarda al disposto di cui all'art. 563, comma 2, cod. civ. – che per l'ipotesi di domanda di restituzione avente ad oggetto beni mobili fa salvi gli effetti del

ISSN 2421-2563



Secondo la prospettiva in ipotesi, il diritto del riservatario vittorioso in riduzione, ove il *donatum* sia stato alienato a terzi, si paleserà *in primis* quale diritto di credito, e rimarrà tale ogniqualvolta in cui il patrimonio del donatario risulti capiente e sufficiente a reintegrare la quota di riserva spettante al legittimario leso, venendo così escluso, in radice, il sorgere del rischio di evizione in capo al terzo acquirente [64]. In tale ipotesi, il diritto alla legittima rivestirà natura *creditoria*, in quanto destinatario della pretesa volta alla sua reintegrazione è il beneficiario della liberalità ridotta che si è privato del bene, alienandolo.

Viceversa, laddove la pretesa al pagamento della summenzionata somma pecuniaria resti insoddisfatta per esser stato il patrimonio del donatario inutilmente escusso, il legittimario potrà affermarsi titolare di un diritto *reale* e pretendere la restituzione *in natura* di quei beni che, un tempo appartenuti alla persona del *de cuius*, risultano ora di titolarità del terzo avente causa (dal beneficiario della liberalità lesiva ridotta) seppur in forza di un titolo d'acquisto non opponibile a quel riservatario che sia risultato vittorioso in riduzione. In tale ipotesi, il diritto alla legittima rivestirà natura *reale*, in quanto destinatario della pretesa volta alla sua reintegrazione è il terzo che ha acquistato dal donatario, per esser stato quest'ultimo infruttuosamente escusso.

Sembrerebbe potersi affermare, dunque, che il diritto del riservatario – connotato da una natura composita di cui si sono evidenziati, seppur sommariamente, i tratti peculiari – assuma un carattere differente (di mero credito ovvero di natura reale) a seconda di quale sia il soggetto nei cui confronti debba essere fatto valere, se il donatario ovvero il suo avente causa [65].

Alla luce delle considerazioni sino ad ora svolte, merita allora di essere accolta favorevolmente quella posizione dottrinale, invero alquanto minoritaria in letteratura, secondo cui l'azione di riduzione – qualora il *donatum* sia stato alienato a soggetti terzi, ad opera del beneficiario convenuto in riduzione – è diretta a produrre, «come unico effetto, l'accertamento dell'inefficacia relativa della disposizione testamentaria o della donazione, mentre *il trasferimento del bene in favore del legittimario vittorioso non è conseguenza automatica e diretta dell'azione di riduzione*» medesima [66], occorrendo, a tal fine, che venga esperita, e conseguentemente accolta, una diversa azione, vale a dire l'azione di restituzione *ex* art. 563 cod. civ. di cui *supra* si è, seppur brevemente, detto [67].

---

possesso di buona fede – sembra, infatti, difficile negare che il fenomeno in discorso sia stato disegnato, dal legislatore, assumendo una prospettiva *petitoria* (in termini analoghi v. L. MENGONI, *Successione necessaria*, cit., 318, il quale precisa che l'eccezione *ex* art. 1153 è «una difesa propria del terzo possessore convenuto con un'azione petitoria» che «non può essere opposta a chi fa valere un'azione personale»).

[64] «È, allora, possibile che, nonostante la riduzione, non venga esercitata l'azione di restituzione contro l'avente causa dal donatario, perché il legittimario trova soddisfazione nel patrimonio di costui. Anche in questo caso, *nonostante la riduzione della donazione, l'avente causa dal donatario mantiene proprietà e possesso del bene acquistato*» (A. TORRONI, *op. cit*., 702).

[65] Si badi, tuttavia, che una simile affermazione, secondo il parere di chi scrive, non pare possa esser presa, così alla lettera, per vera. È da tenere ben a mente, infatti, che – ancorché il legittimario possa vantare, in *astratto*, una pretesa reale alla restituzione del *donatum* – è sempre riconosciuta, al terzo avente causa, la facoltà di trattenere il bene corrispondendone l'equivalente in denaro, dando così luogo, nel *concreto*, ad un soddisfacimento meramente creditorio della quota di riserva. Si ricordi, inoltre, che un'ulteriore ipotesi in cui il legittimario, pur vantando in *astratto* il diritto ad una tutela reale della propria legittima (per essere risultato, il donatario incapiente), non possa, in *concreto*, pretendere la restituzione del bene (oggetto della liberalità ridotta) da parte dei terzi subacquirenti, è quella (già menzionata) che viene a delinearsi nell'ipotesi in cui risulti spirato il termine di decadenza ventennale di cui all'art. 563 cod. civ.

[66] A. TORRONI, *op. cit*., 703.

[67] Sembra condividere una siffatta ricostruzione altresì A. TORRONI, *op. cit*., 711, il quale così scrive: «per gli aventi causa del donatario la privazione del bene non può mai derivare dall'azione di riduzione bensì dalla sussistenza delle condizioni per l'esperibilità nei confronti dei terzi dell'azione di restituzione. […] La perdita definitiva del diritto da parte degli aventi causa dal donatario consegue esclusivamente alla sentenza di restituzione che accerterà se vi sono le condizioni per l'opponibilità ai terzi aventi



Pertanto, per quanto possa dirsi senz'altro veritiero che «la riduzione si ripercuote sull'acquisto del compratore» menomandone la stabilità, non si può non esser d'accordo nell'affermare che «la sentenza [di riduzione] *non* rappresenta essa stessa fatto di evizione» [68].

4. – Sebbene si sia chiarito che il momento consumativo dell'evizione va ravvisato nel positivo esperimento dell'azione di restituzione *ex* art. 563 cod. civ., pare ora interessante chiedersi, guardando al fenomeno più da vicino, quali siano le conseguenze prodotte dalla provenienza liberale (del bene dedotto nel contratto di compravendita) nella prospettiva dell'applicabilità degli strumenti inerenti alla garanzia per evizione.

Se è vero che per effetto dell'esperimento dell'azione di riduzione il compratore si vede costretto a sopportare un *mero* pericolo di perdita del bene compravenduto, acquista senso porsi l'interrogativo se possano trovare applicazione quei rimedi dilatori previsti dal legislatore al fine di assicurare una congrua tutela all'acquirente nella fase giusto antecedente al momento consumativo dell'evizione, che trovano la loro disciplina negli artt. 1481 e 1482 cod. civ.

A proposito di *pericolo di evizione*, ad una più attenta analisi si potrà notare come esso – a seconda delle differenti circostanze fattuali che vanno a connotare il singolo caso concreto – potrà rivestire i caratteri della eventualità e dell'astrattezza, ovvero, in termini alternativi, quelli della certezza e della concretezza.

Con riguardo al primo profilo, si pensi al caso in cui il contratto di compravendita venga concluso prima dell'apertura della successione (quando ancora, cioè, alcun problema di reintegrazione della quota di riserva può porsi nella realtà, attesa l'indisponibilità dell'azione di riduzione sino a che non intervenga la morte del *de cuius*) ovvero successivamente alla morte del donante, senza che, tuttavia, il legittimario, pur essendo leso o pretermesso, abbia esperito l'azione di riduzione di cui all'art. 555 cod. civ., volendo quest'ultimo rimanere inerte.

È evidente che nelle ipotesi appena evocate, il pericolo di evizione non può affatto dirsi concreto ed attuale [69].

A fronte di una simile situazione fattuale, appare interessante chiedersi se possa trovare applicazione il rimedio di cui all'art. 1481 cod. civ., il quale attribuisce al compratore, com'è noto, la facoltà di sospendere il pagamento del prezzo, ogniqualvolta in cui abbia ragione di temere che la cosa possa essere rivendicata da terzi, purché il pericolo di evizione non gli fosse noto al momento della vendita ed il venditore non abbia prestato adeguata garanzia.

Benché nella casistica che si sta in questa sede vagliando possa senz'altro dirsi sussistente il presupposto applicativo richiesto dall'art. 1481 cod. civ., ovverosia che il pericolo di rivendica rappresenti una «vera e propria sopravvenienza» o, che ne sia, quantomeno, «sopravvenuta la rappresentazione all'acquirente» [70], pa-

causa della riduzione della donazione». Si tenga a mente, peraltro, che è proprio partendo da una simile ricostruzione che può acquisire pieno senso l'interrogativo che sta oggigiorno impegnando la dottrina (principalmente, ma non esclusivamente, notarile) se possa ammettersi la rinunziabilità anticipata (*ante mortem* del *de cuius*) della sola azione di restituzione, al fine di arginare la problematica attinente alla circolazione della ricchezza donativa.

[68] C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 850.

[69] Si consideri, a tal proposito, che non sempre appare agevole delineare la portata del rischio di evizione connesso alla riducibilità del titolo di acquisto dell'avente causa, soprattutto se si considera che «l'assenza delle condizioni per invocare una lesione di legittima al momento di stipula della compravendita, non esclude che tali condizioni possano sopravvenire successivamente e persistere al momento di apertura della successione» (M. BELLANTE, *op. cit*., 283).

[70] U. GRASSI, *Art. 1481*, in D. VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti*, *Commentario del codice civile. Artt. 1470-1547*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2011, 250. Ed infatti, si ricordi, che l'intera riflessione è orientata a comprendere se l'acquirente che abbia

ISSN 2421-2563



re invece carente un ulteriore elemento ritenuto anch'esso – perlomeno da un orientamento ampiamente diffuso tra i giudici tanto di merito quanto di legittimità [71] – essenziale ai fini dell'applicabilità del rimedio in discorso, nonostante il silenzio della legge sul punto: ovvero, la circostanza per cui il «timore sulla non piena attuazione dell'effetto reale» [72] sia concreto, serio, effettivo e non, invece, meramente putativo [73].

Nonostante il rischio sopportato dal terzo acquirente possa considerarsi (addirittura) duplice – poiché non solo egli subisce (seppur, al momento, in via meramente eventuale) il pericolo di dover restituire al legittimario il bene compravenduto, ma neppure «ha la possibilità di misurare preventivamente questo rischio» [74], ciò che lo costringe a convivere con il timore di poter essere privato del diritto acquistato, una volta apertasi la successione (ovvero una volta esperite le azioni dirette alla reintegrazione della legittima) – è da ritenersi che, nella casistica in ipotesi, il descritto rischio di caducazione dell'acquisto non presenti affatto evidenti «caratteri di serietà ed effettività» [75]. È proprio per tale ragione che la giurisprudenza [76] si è mostrata sempre ferma nell'escludere l'applicabilità di siffatto rimedio «in ragione della semplice provenienza dell'immobile da donazione e della circostanza che lo stesso possa essere teoricamente oggetto di una futura azione di riduzione per lesione di legittima» [77].

Occorre tuttavia dar conto dell'esistenza di un orientamento meno restrittivo che, al contrario, si propone di ricondurre alla fattispecie normativa di cui all'art. 1481 cod. civ. altresì «quelle ipotesi in cui non risulta in atto l'esistenza del diritto» vantato dal terzo sul bene compravenduto, ritenendo piuttosto sufficiente, perché il compratore possa sospendere la propria prestazione, «che emergano circostanze, le quali rendano attendibile – anche se non certa – l'esistenza dell'altrui diritto» [78]. A voler propendere per una simile soluzione, parimenti l'acquirente che sopporta un rischio meramente eventuale di caducazione del suo titolo di acquisto potrebbe ravvisare nell'art. 1481 cod. civ. un adeguato strumento di tutela per le sue ragioni.

Ebbene, per quanto possa dirsi che il rischio di evizione, gravante in capo all'acquirente di immobile proveniente da donazione, è «sempre presente e mai, di fatto, suscettibile di essere escluso con sicurezza» [79], ben si comprende che estendere un siffatto rimedio ad una fattispecie, quale quella in discorso, che appare con tutta evidenza connotata da un rischio di evizione meramente eventuale [80], significherebbe dare spazio a con-

---

appreso la provenienza donativa in un momento soltanto successivo al raggiungimento dell'accordo possa ricevere una qualche tutela rimediale.

[71] Oltre che in giurisprudenza: v. A. Luminoso, *op. cit*., 465; ed E. Russo, *Della vendita. Delle disposizioni generali. Delle obbligazioni del venditore*. *Artt. 1471-1482*, in *Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2013, 238, il quale afferma di condividere l'orientamento prevalente in giurisprudenza propenso a negare l'applicabilità del rimedio in discorso per l'ipotesi in cui «il compratore accerti che la cosa venduta è pervenuta al venditore per donazione».

[72] E. Russo, *op. cit.*, 238.

[73] A. Luminoso, *op. cit.,* 465.

[74] V. Barba, *Circolazione del bene di provenienza donativa e tecniche negoziali per la c.d. stabilizzazione dell'acquisto da parte di terzi*, in *Riv. giur. Molise e del Sannio*, 2018, n. 3, 52.

[75] E. Russo, *op. cit*., 238.

[76] Cass. civ. 4 maggio 1985 n. 2792; Cass. civ. 17 marzo 1994 n. 2541, tutte in *OneLegale*.

[77] F. Cappai, *Art. 1481*, in *Codice della vendita*, cit., 718.

[78] C.M. Bianca, *La vendita*, cit., 860. Sul punto, v. altresì P. Troiano, *Art. 1481*, in G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli (a cura di), *Codice civile ipertestuale*, cit., 2516.

[79] F.T. Vespasiani, *La provenienza donativa e pericolo di evizione*, in *Contr*., 2009, n. 7, 665. Sul punto v. anche R. Scotti, *Provenienza donativa e tutela dell'avente causa dal donatario*, cit., 521; M. Bellante, *op. cit*., 283, il quale si preoccupa di sottolineare come l'evizione di un bene di provenienza donativa, pur integrando «un evento futuro e ipotetico, in quanto subordinato all'imprevedibile verificarsi dei presupposti dell'azione di restituzione di cui all'art. 563 c.c.» è caratterizzato da una probabilità di verificazione che, «per quanto remota o minimale, è una probabilità reale, cioè già *attuale e concreta*, e come tale essa ammette sin da subito il terzo a reclamare tutela contro l'eventualità della sua verificazione».

[80] Perché si sta discorrendo di un pericolo meramente eventuale è intuitivo: potrebbe non configurarsi alcuna lesione (ovvero pre-



testazioni basate su mere speculazioni, alimentando così situazioni di incertezza a dir poco difficilmente tollerabili, con inevitabile nocumento al traffico giuridico: ed, infatti, anche a voler ricomprendere, nell'ambito di operatività della disposizione in esame, pure il caso in cui il rischio sopportato dal compratore sia meramente eventuale, occorrerebbe chiedersi per quanto tempo quest'ultimo potrebbe considerarsi ragionevolmente legittimato a mantenere sospesa la propria prestazione avente ad oggetto il versamento del prezzo pattuito [81]. V'è da dire, infatti, che il caso in esame presenta innumerevoli variabili che meritano (ed, anzi, devono) essere prese in considerazione al fine di disegnare, in maniera più nitida, la portata del rischio paventato dall'acquirente di bene proveniente da donazione: al riguardo si consideri, tuttavia, che, se un siffatto pericolo di evizione appare di ostica quantificazione anche una volta che la successione si è aperta, *a fortiori* ancor più arduo è pensare di poterlo misurare addirittura prima che intervenga la morte di quel futuro ereditando i cui legittimari potrebbero, appunto, porre nel nulla l'acquisto concluso dal terzo acquirente [82].

Del tutto diversa è, invece, l'ipotesi in cui il pericolo di evizione possa essere, ragionevolmente, considerato come *concreto* ed *accertato* (o, quantomeno, in fase di accertamento). Ad una simile ricostruzione, è da ricondursi – come probabilmente si ha già avuto modo di intuire dalla lettura delle pagine che precedono – il caso in cui risulti pendente ovvero definito, con esito positivo, il giudizio di riduzione diretto all'accertamento della lesione subita dal legittimario e, dunque, al riconoscimento del di lui diritto alla reintegrazione della quota di riserva in termini monetari-obbligatori nei confronti del donatario (ove questi sia titolare di un patrimonio capiente) ovvero, soltanto in via subordinata, in termini reali-restitutori, avverso il terzo avente causa dal beneficiario della donazione.

Fino ad ora si è, infatti, negato che il positivo esperimento dell'azione di riduzione integri il momento consumativo dell'evizione, ritenendo piuttosto che esso rappresenti la manifestazione concreta del pericolo di perdita del bene compravenduto: un pericolo quest'ultimo che, peraltro, può dirsi gravare in capo al terzo acquirente non *sempre* bensì soltanto *talvolta*, ove cioè ricorrano specifici presupposti individuati dal legislatore. Più precisamente, perché il positivo esperimento dell'azione di riduzione possa integrare un *concreto* pericolo di evizione e condurre, dunque, per il tramite della successiva azione di restituzione, ad un'effettiva perdita del diritto di proprietà in capo al terzo acquirente, dovrebbe ritenersi necessario (perlomeno) che: *i*) la domanda di riduzione sia stata trascritta, poco importa se prima ovvero dopo la trascrizione dell'acquisto ad opera del terzo avente causa [83], prima che siano decorsi dieci anni dall'apertura della successione; *ii*) l'azione di riduzione venga esperita in modo tale che la successiva azione di restituzione *ex* art. 563 cod. civ. (qualora il legittimario vanti una tutela reale per esser stato, il donatario, infruttuosamente escusso) possa essere pro-

termissione) al momento dell'apertura della successione; o ancora, il legittimario, ancorché leso nei suoi diritti, potrebbe decidere, in via definitiva, di rimanere del tutto inerte.

[81] Viceversa, ove il prezzo sia già stato corrisposto, si ritiene che il compratore non possa fare altro se non sperare che l'evizione non si consumi, potendo, in tale ultima ipotesi, invocare i rimedi di cui agli artt. 1483-1484 cod. civ.

[82] Prima che intervenga la morte del donante, infatti, le variabili di incertezza in ordine alla stabilità dell'acquisto sono ancora maggiori, non potendosi sapere, con certezza, chi saranno i legittimari del *de cuius*, quale sarà l'entità economica delle sostanze da quest'ultimo lasciate ovvero la capienza del patrimonio del donatario-alienante, né se vi saranno lesioni di legittima tali da spingere i riservatari ad attivarsi per veder reintegrata la quota di riserva loro spettante *ex lege*.

[83] Sul punto, si segnala che secondo un risalente orientamento della giurisprudenza, il terzo avente causa potrebbe invocare l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 563 cod. civ. soltanto ove egli abbia trascritto il suo acquisto prima della trascrizione della domanda giudiziale di riduzione (v. Cass. civ. 22 giugno 1965 n. 1309, in *Giust. civ*., 1967, I, 599). Tuttavia, la dottrina moderna si mostra propensa a negare che la priorità della trascrizione della domanda di riduzione (rispetto alla trascrizione dell'acquisto compiuto dall'acquirente) possa determinare l'effetto di precludere, al terzo avente causa, l'operatività del rimedio della preventiva escussione del donatario, nonché la facoltà di trattenere il bene corrispondendone l'equivalente in denaro, a norma di quanto prescritto dall'art. 563 cod. civ. medesimo (v. U. MORELLO, nota a Cass. civ. 22 giugno 1965 n. 1309, in *Foro. it*., 1966, I, c. 350).

ISSN 2421-2563



posta quando non siano ancora decorsi venti anni dalla trascrizione della donazione lesiva [84].

Tanto premesso, e senza comunque la pretesa di fornire una risposta definitiva al quesito, che merita un ulteriore approfondimento che ci si propone di condurre in altra sede, è interessante chiedersi se il terzo avente causa dal donatario, al ricorrere delle appena delineate condizioni in presenza delle quali può dirsi sussistere un concreto ed attuale pericolo di perdita del bene, possa invocare, in luogo del disposto di cui all'art. 1481 cod. civ. [85], l'operatività del diverso rimedio di cui all'art. 1482 cod. civ. (apprestato dall'ordinamento a tutela di chi abbia acquistato un bene gravato da garanzie reali ovvero da vincoli derivanti da pignoramento ovvero da sequestro), attesa la notevole somiglianza intercorrente tra la fattispecie in esame e quella disciplinata dalla norma da ultimo evocata. In entrambi i casi, infatti, il venditore procede ad alienare un bene di cui, al momento della stipulazione del contratto, è senz'altro l'effettivo proprietario [86], tant'è che l'acquirente diviene titolare di un pieno diritto di proprietà che si mostra, tuttavia, suscettibile d'esser perduto, nell'una ipotesi per effetto dell'esecuzione forzata sul bene, nell'altra per effetto dell'azione di restituzione *ex* art. 563 cod. civ., in ragione dell'esercizio da parte del terzo evincente (in qualità di creditore ovvero di legittimario, a seconda della fattispecie in esame) di un diritto giudizialmente accertato [87].

È appena il caso di rilevare che la possibilità di un'applicazione analogica dell'art. 1482 c.c. al caso di specie è, evidentemente, subordinata alla verifica del carattere non eccezionale della norma in esso contemplata, carattere, quest'ultimo, che potrebbe in ipotesi essere revocato in dubbio da chi intendesse attribuire rilievo allo stringente tenore letterale della previsione, in apparenza riferita solo a circoscritte ipotesi in cui il bene compravenduto sia gravato dai summenzionati vincoli, che asseritamente avrebbero, dunque, natura tassativa. Un'indagine più attenta rivela, tuttavia, come la dottrina sembri aver sviluppato la tendenza ad invocare l'attuazione del rimedio di cui si discorre anche a situazioni differenti (e non immediatamente sussumibili nella fattispecie normativa testualmente delineata dall'art. 1482 cod. civ.), tra le quali rientra proprio l'ipotesi oggetto d'indagine, vale a dire il caso in cui «sussista il pericolo che il bene venga perduto in seguito ad azione […] di riduzione» [88].

---

[84] Pertanto, da quanto appena asserito può desumersi, *a contrario*, che l'accoglimento della domanda di riduzione non può dirsi idonea ad ingenerare alcun tipo di timore di precarietà dell'acquisto, con la conseguenza per cui l'acquirente non potrà invocare gli strumenti della garanzia per evizione, in tutti quei casi in cui: *i*) il diritto del terzo avente causa resta salvo a norma dell'art. 2652 n. 8 cod. civ., e ciò «indipendentemente dal decorso del ventennio dalla pubblicità della donazione», se trattasi di acquisto «a titolo oneroso e la domanda di riduzione è stata trascritta oltre dieci anni dopo l'apertura della successione» (G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. dir. civ*., diretto da R. Sacco, Milano, 2012, 147); *ii*) al momento della proposizione della domanda di riduzione risultano già trascorsi i venti anni decorrenti dalla trascrizione della donazione *ex* art. 563 cod. civ., ed alcun atto di opposizione risulta esser stato trascritto e notificato, da parte dei legittimari *in pectore*, nei confronti del donatario e dei suoi aventi causa; *iii*) il donatario risulta titolare di un patrimonio particolarmente cospicuo tale da lasciar intendere che il riservatario, vittorioso in riduzione, vedrà senz'altro soddisfatta la propria quota di riserva in termini meramente pecuniari.

[85] Poiché nella casistica in ipotesi il pericolo di evizione è da definirsi concreto ed attuale, non pare possano profilarsi dubbi in ordine all'applicabilità del rimedio di cui all'art. 1481 cod. civ.

[86] La norma in discorso contempla il pericolo che la *res tradita* «pur non appartenendo ad altri al momento della stipula, possa tuttavia uscire nuovamente dal patrimonio dell'acquirente in conseguenza dell'esercizio, da parte di terzi, di uno *ius ad rem* derivante da garanzia reale o altro vincolo similare» (G. BEVIVINO, A. BARCA, *Art. 1482*, in G. ALPA, V. MARICONDA (a cura di), *Codice dei contratti commentato. Artt. 1321-1986*, Milano, 2020, 2° ed., 1000).

[87] La suggestione sembra accolta da A. LUMINOSO, *op. cit*., 474, per il quale pare potersi applicare il disposto di cui all'art. 1482 cod. civ. altresì «alle fattispecie in cui il diritto acquisito sia suscettibile di essere perduto a seguito della proposizione da parte di un terzo, di azioni di annullamento, risoluzione o riduzione […] tali da caducare l'acquisto del venditore in modo opponibile al compratore».

[88] È pienamente consapevole di una siffatta tendenza, pur non condividendo la prospettata applicabilità in via analogica della disposizione, U. GRASSI, *Art. 1482*, in D. VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti*, cit., 255, il quale evidenzia come «l'utilità del ricorso alla norma in disamina sarebbe limitata all'applicazione del 1° co.», dovendosi ritenere «molto dubbia la possibilità d'imporre



Infine, ove il pericolo di evizione – ingenerato, come si è tentato di dimostrare, dal positivo esperimento dell'azione di riduzione – si concreti, successivamente, in un'effettiva perdita del diritto di proprietà all'esito del giudizio di restituzione *ex* art. 563 cod. civ., non paiono sussistere (*prima facie*) particolari dubbi in ordine a quale debba essere la disciplina invocabile, dovendosi, ragionevolmente, ritenere di poter dare attuazione agli artt. 1483-1484 cod. civ.

Tuttavia, una compiuta indagine riguardo a tale ultimo profilo esige di vagliare anche un'ulteriore questione giuridica di centrale rilievo, ovvero se il venditore possa dirsi chiamato a rispondere «per legge, verso l'acquirente (che, successivamente alla riduzione della provenienza, abbia subito l'azione di restituzione) a titolo di garanzia per evizione» [89] senza limitazione cronologica alcuna, ovvero se la disciplina in esame possa considerarsi invocabile *soltanto qualora* «la vendita, pur anteriore all'introduzione del giudizio di riduzione, sia intervenuta quando il diritto del legittimario leso» [90] risultasse «già attuale», e, quando, dunque, la successione fosse già aperta.

In altri termini, sembrerebbe doversi indagare la questione (che ha formato oggetto, peraltro, di numerose riflessioni dottrinali) se la causa dell'evizione debba necessariamente preesistere alla conclusione del contratto di vendita o non, in quanto, a voler propendere per una soluzione affermativa, la disciplina della garanzia per evizione risulterebbe inapplicabile in favore di quell'acquirente che abbia «comprato quando il donante fosse ancora in vita» [91], atteso che in tale ipotesi la causa evizionale (rappresentata dalla lesione del diritto alla legittima che, com'è noto, non può dirsi esistente fino a che non intervenga la morte del donante) si è ve-

---

l'obbligo di rimuovere quei diritti caducatori» non espressamente contemplati dalla norma, tra cui figurerebbe proprio il diritto del legittimario leso. Tuttavia, ad uno sguardo più attento, ammettere l'applicabilità in via analogica del solo primo comma non rivestirebbe alcuna rilevante utilità per l'acquirente, atteso che quest'ultimo potrebbe ben domandare l'effetto sospensivo della prestazione per il tramite dell'applicazione diretta dello strumento *ex* art. 1481 cod. civ. A ben vedere, potrebbe assumere valenza l'applicazione analogica dell'art. 1482 cod. civ. per l'ipotesi in cui il compratore sopporti un *concreto* rischio di evizione, ove si voglia ritenere che l'art. 1481 cod. civ. sia esperibile solo in ipotesi di sussistenza di un timore (di perdita del bene) meramente astratto e presuntivo. In ordine alla ricostruzione da ultimo delineata, v. A. LUMINOSO, *op. cit*., 474, il quale ammette l'estensione analogica della disposizione in commento soltanto qualora l'azione di riduzione sia stata proposta in giudizio, atteso che – fino quando perduri «l'incertezza circa la futura perdita del diritto» – non parrebbe ancora applicabile la disciplina di cui all'art. 1482 cod. civ., «ma eventualmente solo quella dell'art. 1481 c.c. relativa al pericolo di evizione»: tuttavia, una simile ricostruzione difficilmente potrebbe trovare accoglimento in giurisprudenza per i rilievi che si sono già, più volte, evidenziati *supra*.

Si potrebbe immaginare, infine, di applicare in via analogica il disposto di cui all'art. 1482, comma 2, cod. civ., allo scopo di consentire al terzo avente causa di "far fissare dal giudice un termine alla scadenza del quale, se la cosa non è liberata, il contratto è risoluto con obbligo del venditore di risarcire il danno ai sensi dell'art. 1479 cod. civ.". A tal proposito, benché secondo taluni non vi sarebbe alcuna condotta che il venditore del bene di provenienza donativa potrebbe «tenere per uscire da questa gravissima impasse» causata dalla provenienza donativa dell'immobile venduto (cfr. C. CONSOLO, *op. cit*., 617), secondo chi scrive, il comportamento del donatario-alienante è tutt'altro che irrilevante, tant'è che il legittimario, lo si è visto, non avrebbe alcun potere di privare il terzo avente causa del diritto di proprietà acquistato, qualora il donatario medesimo gli abbia corrisposto l'equivalente monetario sufficiente a reintegrare la quota di riserva. Stando così le cose, si potrebbe immaginare di consentire all'acquirente (per il tramite dell'applicazione analogica del secondo comma *ex* art. 1482 cod. civ.) di domandare la fissazione di un termine entro cui il donatario-venditore possa dichiarare di essere titolare di una capienza patrimoniale sufficiente a reintegrare la legittima *in valore*, con la conseguenza per cui, soltanto in difetto di una siffatta dichiarazione positiva (ovvero in presenza di una dichiarazione negativa), il terzo avente causa – che, come tale, potrà, a buona ragione, considerarsi destinatario di un concreto pericolo di evizione – potrà domandare la risoluzione immediata del contratto, nonché il risarcimento del danno. Quale possa essere l'utilità pratica di una simile ricostruzione sarebbe, ad ogni modo, tutto da scoprire.

[89] C. CACCAVALE, *op. cit*., 463.

[90] *Ibidem.*

[91] C. CACCAVALE, *op. cit*., 469, il quale sottolinea come nemmeno la giurisprudenza pare sia mai intervenuta su un simile specifico argomento, essendosi sempre pronunciata su casistiche in cui l'azione di riduzione risultava già esperita al tempo della conclusione della vendita.

ISSN 2421-2563



rificata successivamente al perfezionamento del contratto di compravendita.

A chi scrive pare, tuttavia, difficile negare l'applicabilità della disciplina della garanzia in esame anche al caso in cui il contratto di compravendita è stato stipulato anteriormente alla morte del donante, atteso che in tali ipotesi il titolo del venditore – ancorché diventi «riducibile in concreto, in quanto effettivamente lesivo della quota di riserva, soltanto in un momento successivo alla conclusione del contratto» [92] – manifesta in ogni caso caratteri di potenziale instabilità ben prima dell'apertura della successione [93]. Nella casistica in esame, infatti, l'evizione (o il pericolo di essa) dipende da una circostanza che, sebbene vada ad esplicare la sua efficacia caducatoria del titolo di acquisto in un momento soltanto successivo alla stipulazione, risulta apprezzabile già al momento della conclusione del contratto di compravendita.

Pertanto, la tesi che volesse escludere l'operatività della disciplina legale della garanzia per evizione per l'ipotesi in cui la causa evizionale sia sopravvenuta [94] sembra, come è stato già da altri autorevolmente evidenziato, difficilmente «accettabile» [95]: a prescindere da quale sia il momento cronologico temporale in cui la causa evizionale viene in rilievo, il venditore deve considerarsi tenuto a rispondere dell'evizione, da interpretarsi quale evento lesivo conseguente alla violazione dell'impegno traslativo assunto mediante la stipula del contratto di vendita [96].

5. – Sino ad ora si è posto in evidenza come il venditore, che non abbia comunicato la circostanza per cui il bene proviene da donazione, sia tenuto, per taluni, a risarcire il danno derivante dalla violazione di un obbligo precontrattuale informativo, per altri, invece, a prestare la garanzia per evizione, ogni volta in cui il terzo acquirente si veda costretto a sopportare la sottrazione (o il pericolo di sottrazione) del bene acquistato.

A ben vedere, la difficoltà ravvisata nel ricondurre la casistica in esame all'ambito della responsabilità precontrattuale – di cui si è dato conto *supra* [97] – potrebbe essere ulteriormente avvalorata traendo argomento

---

[92] C. CACCAVALE, *op. cit*., 470.

[93] Inoltre, ad una attenta analisi, v'è da dire che, talvolta – pur dovendosi ravvisare nell'esperimento dell'azione di restituzione la causa immediata dell'evizione – la perdita del bene discende da circostanze verificatesi vivente ancora il donante. Si pensi al caso in cui il legittimario possa agire in restituzione avverso il terzo avente causa dal donatario, per aver sospeso il termine ventennale di cui all'art. 563, comma 1, cod. civ., mediante la notificazione e la trascrizione (eseguita *ante mortem* del *de cuius*) dell'atto di opposizione di cui all'art. 563, comma 4, cod. civ. Nonostante il contratto di compravendita venga concluso prima dell'apertura della successione, non v'è forse da dire che – nell'ipotesi in cui il legittimario abbia potuto agire in restituzione *ex* art. 563 cod. civ. grazie all'intervenuta sospensione del termine ventennale di cui si è detto – l'evizione venga a verificarsi per una causa *successiva* (effettiva lesione della legittima) e, al contempo, per una causa *antecedente* (intervenuta notificazione e trascrizione dell'atto di opposizione) alla stipulazione del contratto? Con una simile riflessione si vuole semplicemente sottolineare come, a parere di chi scrive, non è del tutto agevole delineare se la causa di perdita del bene (di provenienza liberale) possa definirsi «antecedente» ovvero «successiva» al contratto di compravendita: a ben vedere, nel caso oggetto di studio, il fenomeno evizionale andrebbe invero ricondotto, in pari tempo, ad una pluralità di concause tanto antecedenti quanto successive alla stipulazione del contratto di vendita.

[94] Sul punto v. C. CACCAVALE, *op. cit*., 472, il quale, negando l'applicabilità della disciplina della garanzia per evizione al caso in cui il contratto è stato stipulato prima dell'apertura della successione, propone – quale rimedio diretto ad arginare, per quanto possibile, il problema della circolazione della ricchezza donativa – l'ampliamento convenzionale della garanzia in discorso anche ai fatti sopravvenuti, sottolineando come una simile pattuizione non contrasterebbe né con il noto divieto di patti successori, né con il divieto di imporre pesi o condizioni sulla legittima.

[95] C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 840.

[96] Il tema è particolarmente complesso e meriterebbe senz'altro degli approfondimenti ulteriori, tuttavia, guardando anche agli atteggiamenti diffusi in letteratura, sembrerebbe potersi concludere, con autorevole dottrina (A. LUMINOSO, *op. cit*., 461), che «i tempi» possono oramai dirsi «maturi per riconoscere che la garanzia opera in tutti i casi in cui la perdita o il mancato acquisto del diritto sul bene venduto sia causato da un fatto riferibile alla sfera giuridica del venditore, sia esso anteriore o successivo alla vendita».

[97] Si veda *supra* al par. 2.



dalla circostanza per cui il legislatore parrebbe essersi già premurato di codificare una tutela rimediale *ad hoc* per l'ipotesi in cui il compratore dovesse subire la perdita (o sopportare il pericolo di perdita) del bene acquistato, per effetto dell'agire di un soggetto terzo evincente che, nel caso di specie, sarebbe rappresentato (appunto) dal legittimario leso ovvero pretermesso, quale attore in restituzione *ex* art. 563 cod. civ. In altri termini, viene da domandarsi – nonostante la perplessità già manifestata per una simile ricostruzione interpretativa – se possa ancora conservare rilevanza la questione se il compratore, ignaro della provenienza liberale, possa invocare l'operatività del *generale* rimedio risarcitorio a norma degli artt. 1337-1338 cod. civ. per l'asserita lesione del dovere d'agire secondo buona fede prenegoziale, ora che si è appreso che vi sono degli *speciali* strumenti di protezione che il legislatore mette a disposizione dell'acquirente, proprio per il caso in cui questi risulti pregiudicato dal fenomeno evizionale.

Sebbene le elaborazioni dottrinali appena evocate vengano di regola lette in termini antitetici, risulta in altre parole opportuno chiedersi se l'una ricostruzione non debba necessariamente escludere l'altra: un'ipotesi, questa, che sembra trovare consenso tra i fautori di quella scuola di pensiero, invero alquanto minoritaria in dottrina, propensa a ravvisare proprio nella garanzia per evizione una peculiare specificazione della responsabilità precontrattuale [98]. Più precisamente, secondo tale indirizzo interpretativo, la disciplina della garanzia per evizione (al pari della garanzia per i vizi del bene compravenduto, del resto), andrebbe ricondotta alla categoria giuridica della responsabilità precontrattuale per omessa comunicazione, da parte dell'alienante, della causa evizionale potenzialmente idonea ad impedire (ovvero a caducare) l'effetto traslativo connaturato alla stipulazione del contratto di compravendita di cui si sta discorrendo.

Si rileva, infatti, come, ad uno sguardo attento, la disciplina codicistica di cui agli artt. 1481-1489 cod. civ. si mostri costellata di una pluralità di doveri informativi gravanti in capo al venditore, come può facilmente desumersi dal dato normativo, atteso che taluni rimedi risultano esperibili, da parte del compratore evitto (o potenzialmente tale), soltanto ove questi appaia in uno stato soggettivo di buona fede per aver ignorato, al momento della conclusione del contratto di compravendita, la sussistenza di una causa evizionale idonea a pregiudicare l'acquisto perfezionatosi. A titolo esemplificativo, si consideri che in materia di vendita di cosa altrui, ai sensi dell'art. 1479 cod. civ., il compratore potrà domandare la risoluzione del contratto soltanto se, al momento della conclusione dell'accordo, egli ignorava la causa evizionale, laddove il venditore non gli abbia, frattanto, procurato l'acquisto della proprietà in adempimento dell'obbligazione di cui all'art. 1476, n. 2, cod. civ.; o, ancora, ai sensi dell'art. 1482 cod. civ., il compratore potrà sospendere il pagamento del prezzo, a condizione che i vincoli gravanti sulla cosa acquistata possano definirsi *non dichiarati dal venditore e dal compratore stesso ignorati*.

Questi rilievi, senza dubbio suggestivi, sollevano tuttavia alcune riflessioni critiche, che ci si appresta, sia pure brevemente, a svolgere.

In primo luogo, la prospettiva di cui si discorre legge le norme da ultimo evocate come espressione di «sanzioni» applicabili, a carico del venditore, per non aver quest'ultimo adempiuto quegli specifici obblighi di informazione posti a suo carico, alcuni dei quali sono stati poc'anzi evocati, «aventi ad oggetto la situazione giuridica della cosa venduta» [99]. È su tali basi che un'opinione autorevole, ancorché minoritaria, ravvi-

[98] Si veda L. MENGONI, *Risolubilità della vendita di cosa altrui e «acquisto a non domino»*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, 6, per il quale la garanzia per evizione è «una figura particolare di responsabilità precontrattuale»; di contrario avviso sembrerebbe essere G. VISINTINI, *op. cit.*, 157, per la quale il tema della garanzia per evizione non appare inquadrabile nella categoria della responsabilità precontrattuale, «perché rispetto a questo fenomeno non è immaginabile la violazione di un obbligo di informazione sulla situazione giuridica della cosa. Qui è se mai in gioco un inadempimento *sui generis* all'impegno di procurare al compratore la proprietà della cosa».

[99] P. CORRIAS, *La garanzia in generale*, in *Codice della vendita*, cit., 626.

ISSN 2421-2563



sa nella tutela di cui all'art. 1479 cod. civ. il contenuto di una *responsabilità in contrahendo* [100], con la conseguenza per cui l'azione di risoluzione invocabile dal compratore richiederebbe d'essere interpretata come rimedio esperibile, dall'acquirente, proprio in risposta all'illecito precontrattuale subito per l'omessa informazione rilevante in sede di trattative [101]. Si dovrebbe, pertanto, discorrere di responsabilità, per *culpa in contrahendo*, per non aver l'alienante preventivamente informato l'acquirente circa l'esistenza di una circostanza idonea a menomare l'effetto traslativo perfezionato con il contratto di vendita.

Non è dato, tuttavia, comprendere – ed è questa una delle principali critiche che può essere sollevata alla tesi in discorso – come possa conciliarsi una siffatta ricostruzione della garanzia per evizione (quale sanzione alla mancata comunicazione della causa evizionale) con il dato fattuale difficilmente confutabile (in quanto per implicito, e però inequivocabilmente, desumibile dall'apparato normativo) per cui i rimedi ad essa inerenti risultano dovuti anche per l'ipotesi in cui il venditore abbia, per contro, preventivamente informato il compratore «circa il possibile accadimento del fatto evizionale» [102]. È, infatti, da considerare che la garanzia, almeno se si dà credito all'orientamento pressoché unanimemente condiviso, riceve attuazione non solo nell'ipotesi in cui il compratore non si sia attivato per accertare la sicura commerciabilità del bene dedotto in accordo – impiegando quell'ordinaria diligenza viceversa richiesta per potersi dire configurata una responsabilità precontrattuale in capo alla controparte – ma altresì nel caso in cui egli fosse, in realtà, a conoscenza della causa potenzialmente idonea a pregiudicare il suo acquisto [103].

Stando a questi rilievi, dunque, sembrerebbe che, per il tramite della disciplina della garanzia per evizione, il legislatore abbia inteso reagire non tanto alla mancanza della preventiva comunicazione della causa evizionale, quanto piuttosto «all'esistenza *obiettiva* di tale anomalia» [104]. Infatti, a prescindere da quale sia la

---

[100] Così S. ROMANO, *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Tratt. dir. civ*., diretto da G. Grosso, F. Santoro-Passarelli, Milano, 1960, 83-84; L. MENGONI, *Risolubilità della vendita*, cit., 8: più precisamente, secondo l'A., ai fini dell'applicabilità della disciplina in materia di garanzia per evizione, rileva «il solo fatto oggettivo che il venditore non ha dato notizia al compratore dell'alienità della cosa» o, più in generale, della causa evizionale, con la conseguenza per cui la risoluzione del contratto è rimedio esperibile a fronte, non tanto della *rottura del sinallagma*, quanto piuttosto dell'*illecito precontrattuale* che ne è conseguito. *Contra* v. D. RUBINO, *op. cit*., 702, secondo il quale la tesi che riconduce la disciplina della garanzia per evizione alla responsabilità *in contrahendo* andrebbe respinta proprio perché, altrimenti, «si finirebbe col perdere di vista il vero fondamento della garanzia, che sta nella rottura del sinallagma funzionale» inerente al contratto di compravendita.

[101] Una simile ricostruzione della fattispecie non appare tuttavia particolarmente convincente. Dal tenore letterale della disposizione, infatti, sembrerebbe doversi desumere che il compratore, anche qualora gli sia stata taciuta l'altruità del bene acquistato, non possa domandare ed ottenere la risoluzione del contratto, laddove il venditore gli abbia comunque fatto acquistare la proprietà in adempimento dell'obbligazione assunta a norma dell'art. 1476, n. 2, cod. civ.: a ben vedere, sembrerebbe potersi ritenere, quindi, che il rimedio risolutorio sia esperibile soltanto ove la suddetta mancata comunicazione abbia determinato, nel concreto della fattispecie, la rottura del sinallagma funzionale, cui si è fatto cenno nella nota che precede.

[102] P. CORRIAS, *op. cit.*, 626.

[103] La disciplina della garanzia per evizione trova applicazione «anche qualora il compratore, al momento della stipulazione del contratto, fosse stato a conoscenza della causa dell'evizione» (M. TESCARO, *I rimedi nella garanzia per evizione*, in S. TROIANO, A. TEDOLDI (a cura di), *La vendita in generale*, Roma, 2021, 178), come desumibile dal disposto di cui all'art. 1482, ultimo comma, cod. civ., ai sensi del quale "se l'esistenza delle garanzie reali […] era nota al compratore, questi non può chiedere la risoluzione e il venditore è tenuto verso di lui solo per il caso di evizione". In termini analoghi v. M. PROTO, *op. cit*., 2521, per il quale risulta «irrilevante», ai fini della configurabilità di una responsabilità dell'alienante, «la conoscenza, da parte dell'acquirente, della possibile causa dell'evizione»; C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 802, il quale, con riguardo alla casistica disciplinata dall'art. 1489 cod. civ., in materia di cosa gravata da oneri o da diritti di godimento di terzi, afferma che la circostanza per cui il compratore non abbia consultato i pubblici registri – attività quest'ultima da cui avrebbe senz'altro appreso le limitazioni gravanti sul bene – «non incide sulla sua tutela, e ciò perché in generale non è onere del contraente quello di verificare l'attitudine all'adempimento dell'altra parte». Parimenti D. RUBINO, *op. cit*., 649, discorre di «*irrilevanza della mala fede* [da intendersi quale conoscenza della causa evizionale] *del compratore*» ai fini dell'invocabilità della garanzia per evizione di cui si sta discorrendo.

[104] A. LUMINOSO, *op. cit*., 409; D. RUBINO, *op. cit*., 639; CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983, 85 ss.



ricostruzione cui si voglia aderire – se quella che si propone di ricondurre la garanzia per evizione all'area della responsabilità (precontrattuale o contrattuale che sia) o l'altra che la intende invece come una forma assicurativa contro il rischio di privazione del bene [105] – la dottrina si è, fin da sempre, mostrata concorde nel qualificare l'istituto in discorso in termini di un rimedio *oggettivo* ed *obiettivo* che, ai fini della sua applicabilità, prescinde *in toto* dall'eventuale *colpa* del venditore [106], assumendo quest'ultima un concreto rilievo ai soli fini risarcitori [107] e non anche allo scopo di ottenere la risoluzione del contratto ovvero il rimborso delle spese sostenute per la conclusione dello stesso.

È evidente, inoltre, la difficoltà di conciliare il sistema rimediale approntato dalla garanzia per evizione con i caratteri strutturali che informano la responsabilità da *culpa in contrahendo*, atteso che quest'ultima – come si ricava dall'art. 1338 cod. civ. –, risulta integrata solo alla duplice condizione che: *i*) il contraente che sia a conoscenza dell'informazione di rilievo (nel nostro caso, il venditore) versi in colpa per non averne dato notizia all'altra; *ii*) la controparte disinformata (nel nostro caso, l'acquirente) non sia nella possibilità, per il tramite dell'impiego dell'ordinaria diligenza, di assumere autonomamente l'informazione che gli è stata taciuta.

Diversamente, nel caso oggetto di studio, i presupposti cardine della responsabilità precontrattuale – così come riassunti ai punti *i*) e *ii*) – non paiono potersi definire costanti, poiché, lo si è ormai ribadito più volte, la garanzia per evizione trova applicazione, per pacifico orientamento, a prescindere tanto dalla colpa del venditore, quanto dall'eventuale negligenza di parte acquirente.

---

[105] Per una completa ricognizione delle diverse interpretazioni formulate in dottrina in ordine alla natura della garanzia per evizione, v. almeno P. CORRIAS, *La garanzia in generale*, in *Codice della vendita*, cit., 615 ss.

Ad ogni modo, si segnala che tanto la dottrina quanto la giurisprudenza prevalentemente maggioritarie riconducono l'istituto in esame nell'ambito della responsabilità contrattuale: una responsabilità contrattuale *ordinaria* per taluni (per violazione dell'impegno traslativo e, dunque, più genericamente, per *inadempimento* dell'obbligazione di trasferire la proprietà *ex* art. 1476 n. 2 cod. civ. (per tutti, v. C.M. BIANCA, *op. cit*., 714 ss., il quale precisa che «se l'effetto reale non è tale da soddisfare esattamente la pretesa del compratore, l'impegno del venditore non può dirsi realizzato», con conseguente riconduzione della garanzia al sistema generale dell'inadempimento); *speciale* per altri (per inattuazione o imperfetta attuazione dell'attribuzione traslativa: *ex multis*, v. A. LUMINOSO, *op. cit*., 427 e 455, il quale discorre di responsabilità speciale poiché «il suo presupposto [della responsabilità, s'intende] è costituito *non dall'inadempimento di una obbligazione* (come richiede l'art. 1218 c.c.) nascente dal contratto di vendita, ma dall'inattuazione o dall'imperfetta attuazione dell'attribuzione traslativa», nozione quest'ultima che, secondo la tesi in ipotesi, è da considerarsi, dunque, «distinta, dal punto di vista strumentale, da quella di obbligazione, ma a quest'ultima funzionalmente equivalente» (M. TESCARO, *op. cit*., 161).

[106] Confermano la natura oggettiva dei rimedi (di cui alla garanzia per evizione) costituiti dalla risoluzione del contratto, dalla restituzione del prezzo versato e dal rimborso delle spese: D. RUBINO, *op. cit*., p.629, il quale afferma che «se il compratore non acquista il diritto vendutogli, o dopo averlo acquistato lo perde per una causa preesistente, il venditore ne risponde *a prescindere da una sua colpa*»; C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 714). In giurisprudenza, *ex multis*, v. Cass. civ. 19 marzo 2015 n. 5561; Cass. civ. 14 aprile 2011 n. 8536, tutte in *OneLegale*; Cass. civ. 10 ottobre 2011 n. 20877, in *Contr*., 2011, 1145 ss. Per quanto attiene al rimedio risarcitorio, v. nota successiva.

[107] Mentre i rimedi di cui si è detto alla nota precedente operano in via oggettiva ed indipendentemente da un giudizio di imputabilità e di colpa del venditore, con riguardo alla tutela risarcitoria il discorso appare differente. Secondo l'opinione pressoché costante, qualora l'evizione dipenda da un contegno non colposo del venditore, il compratore avrà diritto al risarcimento del danno commisurato all'interesse negativo e, come tale, esso andrà ad esaurirsi nel solo rimborso delle spese di vendita (al riguardo v. D. RUBINO, *op. cit*., 638; sul punto, cfr. altresì C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 744). Viceversa, secondo opinione costante il risarcimento integrale del danno (commisurato, questa volta al c.d. interesse positivo e comprensivo altresì del lucro cessante in virtù del rinvio operato dagli artt. 1479-1483 all'art. 1223 cod. civ.) potrebbe essere invocato dal compratore evitto, a condizione che la vicenda evizionale sia ascrivibile a colpa del venditore (*ex multis*, v. A. LUMINOSO, *op. cit*., 466-467; G. BEVIVINO, A. BARCA, *Art. 1484*, in G. ALPA, V. MARICONDA (a cura di), *Codice dei contratti commentato*, cit., 1019; D. RUBINO, *op. cit*., 706 e 638, il quale aggiunge che se si qualificasse la garanzia per evizione in termini di responsabilità *per culpa in contrahendo*, non si riuscirebbe a comprendere come sia possibile discorrere di risarcimento commisurato all'interesse positivo per il caso in cui il venditore versi, per l'appunto, in colpa).

ISSN 2421-2563



Inoltre, anche a voler riconoscere nella garanzia per evizione una figura peculiare di responsabilità precontrattuale che, «in eccezione al principio dell'art. 1338 cod. civ., riveste carattere oggettivo, e prescinde cioè dalla mala fede o colpa del venditore nella conclusione del contratto» [108], il rischio di cadere in contraddizione è elevato. Si è, infatti, detto che il venditore è tenuto a rispondere dell'evizione anche qualora abbia preventivamente informato il compratore dell'esistenza di una causa evizionale [109]: ci si chiede allora, come possa ravvisarsi, nell'istituto in discorso, una sanzione per la violazione di doveri informativi precontrattuali, atteso che la garanzia risulta dovuta ancorché il relativo obbligo comunicativo sia stato diligentemente assolto.

Nella scia di queste riflessioni, e per quanto in merito alla natura della garanzia per evizione manchino tuttora soluzioni univoche, potendo quest'ultima considerarsi «uno dei momenti di più incerta comprensione nello studio della vendita» [110], sembra, in conclusione, ragionevole escludere che l'istituto in discorso possa essere ricondotto alla violazione di un dovere precontrattuale (informativo) da parte del venditore.

6. – Giungendo allora al termine dell'analisi sino qui condotta, e senza pretesa di formulare una soluzione esaustiva, si intende riepilogare di seguito i principali profili di attenzione che si presentano all'interprete nel tentativo di dare risposta alla domanda se l'acquirente di bene immobile proveniente da donazione possa lamentare la violazione (da parte del venditore) di un dovere informativo ovvero se, piuttosto, debba invocare la (diversa) disciplina della garanzia per evizione.

Anzitutto, alla luce di quanto si è cercato di evidenziare nel corso della presente trattazione, risulta plausibile affermare che il dovere informativo che buona parte della dottrina ravvisa in capo alla parte venditrice, diversamente da quanto da alcuni sostenuto, riveste il carattere non tanto della *atipicità* [111] quanto, all'opposto, della *tipicità*: dalla lettura delle disposizioni vigenti in materia di garanzia per evizione (si pensi, in particolare, al disposto di cui all'art. 1482 cod. civ.), lo si è già posto in rilievo, sembra, infatti, potersi desumere la sussistenza di un vero e proprio obbligo comunicativo, avente ad oggetto le potenziali cause evizionali di caducazione dell'acquisto, in capo al venditore.

Tuttavia, sebbene si possa anche immaginare di muovere al venditore che abbia omesso di comunicare la provenienza liberale dell'immobile alienato, una valutazione negativa per la negligenza impiegata nella conclusione dell'affare [112], ad un simile comportamento non sembra possa essere attribuita un'*autonoma* rilevanza allo scopo di assicurare una tutela all'acquirente rimasto ignaro di un'informazione di rilievo per la stabilità del suo acquisto. La disciplina della garanzia per evizione insegna, infatti, che il legislatore ha, manifestamente, voluto sanzionare il venditore (che abbia omesso di comunicare la causa caducante il contratto) per l'*obiettiva* inesattezza dell'attribuzione traslativa eseguita in favore del compratore, e non, invece, perché abbia mancato di osservare un comportamento (informativo) dovuto nei confronti di chi ha concluso l'acquisto.

---

[108] L. MENGONI, *Risolubilità della vendita*, cit., 6.

[109] Sul punto, v. P. CORRIAS, *op. cit.*, 626.

[110] C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 699.

[111] Al riguardo, si consideri che è proprio traendo argomento dal difetto di una specifica norma che imponga al venditore di comunicare la provenienza da donazione quale causa evizionale, che parte della dottrina qualifica un tale obbligo comunicativo in termini di un dovere informativo *atipico* (cfr. C. RENDINA, *op. cit*., 532 ss.).

[112] A tal proposito, si consideri che una valutazione negativa in termini di diligenza impiegata potrebbe essere sollevata anche con riguardo al compratore di immobile proveniente da donazione (cfr. *supra*, par. II, note nn. 26-30): eppure, anche in tal caso, il legislatore della garanzia per evizione, è fermo nel ritenere irrilevante il contegno assunto da parte acquirente (cfr. *supra*, par. V, nota n. 103).



In altri termini, la mancata comunicazione della causa evizionale – ove, nei fatti, non segua la concreta perdita del bene acquistato da parte del compratore (e, dunque, più in generale, ove non si venga a configurare un inadempimento contrattuale in capo al venditore, restando l'acquirente nella piena titolarità del diritto di proprietà acquisito) – non può, in sé e per sé, costituire la fonte di un autonomo risarcimento del danno, potendo quest'ultimo dirsi dovuto soltanto ove l'evizione venga a perfezionarsi [113].

Appare, in secondo luogo, condivisibile la conclusione per cui la problematica sollevata nella presente indagine – se il compratore possa ricevere una qualche tutela a fronte della mancata comunicazione della provenienza donativa dell'immobile acquistato – non è, in realtà, sprovvista di soluzione, essendo anzi proprio il legislatore ad indicare, seppur implicitamente, in che termini debba essere letto il rapporto intercorrente tra donatario-alienante ed acquirente di immobile di provenienza liberale, una volta che quest'ultimo abbia perduto il bene ad opera del legittimario che, vittorioso in riduzione, abbia agito in restituzione *ex* art. 563 cod. civ.

A ben vedere, e lo si è già lasciato intendere nel corso della trattazione del presente elaborato, è pacifico che l'avente causa dal donatario «dovrebbe beneficiare della garanzia per evizione già per legge» [114]: non vi possono, allora, essere dubbi sul fatto che l'acquirente che si veda condannato a soddisfare la pretesa restitutoria avanzata dal legittimario vittorioso in restituzione, potrà invocare a sua tutela i rimedi della garanzia per evizione di cui agli artt. 1483-1484 cod. civ. [115] e, conseguentemente, domandare la risoluzione del contratto, il rimborso delle spese sostenute, nonché il risarcimento del danno [116].

---

[113] Ecco, dunque, che, nuovamente, viene ad avvalorarsi la ricostruzione dottrinale che vuole ricondurre all'area della responsabilità contrattuale la mancata informazione circa le cause di inesattezza della prestazione: v. *supra*, par. II, note n. 36-39.

[114] C. CACCAVALE, *op. cit.*, 471.

[115] Ed è proprio partendo da una simile riflessione che, secondo chi scrive, perde in parte di rilievo la questione se il contratto concluso dal compratore, nell'ignoranza della provenienza da donazione, possa considerarsi invalido, o meglio, annullabile per errore (che cade su di una qualità dell'oggetto della prestazione determinante il consenso dell'altra *ex* art. 1479 n. 2 cod. civ.; cfr. *supra* nota n. 32). Se il legislatore ha espressamente previsto i rimedi della risoluzione del contratto (tanto per l'ipotesi di vendita di cosa altrui, tanto per l'ipotesi di evizione consumata) e non, invece, lo strumento rimediale dell'annullabilità del contratto, è perché, evidentemente, il contratto concluso ignorando l'altruità della cosa (o, più in generale, ignorando la sussistenza di una causa evizionale) è da considerarsi pienamente valido. Un simile rilievo viene posto in risalto altresì da G. AMORTH, *Errore e inadempimento nel contratto*, Milano, 1967, 32, il quale nell'eseguire una compiuta disamina in ordine al rapporto intercorrente tra errore e inadempimento (e, più precisamente, nell'analizzare i profili di compatibilità tra l'annullamento del contratto per errore sulle qualità essenziali di cui all'art. 1479, n. 2, cod. civ. e la disciplina in materia di garanzia per mancanza di qualità promesse di cui all'art. 1497 cod. civ.) sottolinea come il legislatore – nel prevedere espressamente la risoluzione del contratto – sembrerebbe aver dato per scontata la validità dell'accordo, atteso che «questa [riferito alla risoluzione] presuppone un contratto valido e si contrappone all'annullamento». Inoltre, l'A. rileva come il compratore, che acquisti un bene al quale manchino le qualità essenziali o promesse a norma dell'art. 1497 cod. civ., non venga posto di fronte alla facoltà di esperire, in via alternativa, l'azione di redibitoria ovvero l'azione di annullamento del contratto. Si consideri, infine, che il contraente sembrerebbe potersi dire in errore «quando si inganna su quanto gli spetta in base al contratto» (A. LUMINOSO, *op. cit.*, 406), mentre nei casi in cui opera la garanzia per evizione, occorre dire non tanto che l'acquirente si «è ingannato su ciò che in base al contratto gli spettava», bensì che il venditore ha realizzato un'attribuzione traslativa inesatta: ecco, dunque, che, secondo chi scrive, il legislatore, mediante la disciplina della garanzia per evizione si sarebbe proposto non tanto di «tutelare la volontà del contraente, cioè la sua rappresentazione interna della volontà», quanto piuttosto, di «tutelare l'interesse patrimoniale del contraente, cioè l'equilibrio delle prestazioni» (G. AMORTH, *op. cit.*, 5). Ad ogni modo, anche a voler ritenere che il contratto concluso dall'acquirente (ignorando la provenienza donativa) sia invalido per errore, parrebbe potersi dire che la tutela dell'annullamento debba comunque dirsi «defilata, attesa l'evidente forza ed efficacia della tutela di parte speciale» rappresentata, appunto, dai rimedi inerenti alla garanzia per evizione (U. GRASSI, *Art. 1479*, in *Dei singoli contratti*, cit., 237).

[116] Per quanto sia pacifica, perlomeno secondo il parere di chi scrive, l'invocabilità, nel caso in esame, della disciplina in materia di garanzia per evizione, non può non rilevarsi come forti dubbi si nutrono in ordine alla *concreta* possibilità per l'acquirente di ricevere adeguata protezione invocando l'applicazione degli strumenti rimediali che la caratterizzano. Com'è noto, l'azione di restituzione, infatti, può essere esercitata nei confronti del terzo avente causa soltanto previa infruttuosa escussione del patrimonio del beneficiario: se il patrimonio del venditore-donatario è risultato incapiente in un momento cronologicamente antecedente a quello del-

ISSN 2421-2563



Si deve inoltre considerare che, il tema prospettato nella presente indagine esula, propriamente, dalla tematica della circolazione della ricchezza donativa, potendo esso venire in rilievo non solo quando il venditore non abbia comunicato la provenienza da donazione – sebbene, certamente, in tale ipotesi la questione assuma una maggiore complessità dettata dall'ulteriore difficoltà di comprendere quali siano gli effetti esplicati tanto dall'azione di riduzione quanto dall'azione di restituzione – ma anche, più in generale, quando egli (per negligenza, ignoranza e, dunque, più in generale, per colpa [117)] abbia taciuto a parte acquirente una qualunque altra causa evizionale.

Ora che si è giunti alle conclusioni del ragionamento, si potrebbe essere (forse) indotti a ritenere che l'indagine sino a qui condotta non fosse (addirittura) nemmeno meritevole d'esser avviata, a fronte della scarsa rilevanza che la questione – se il compratore che abbia ignorato la provenienza da donazione possa ricevere una qualche tutela – potrebbe assumere nella realtà dei fatti, atteso che ben può considerarsi raro il fatto che il compratore addivenga alla stipula del contratto di compravendita ignorando la provenienza liberale dell'immobile che ne costituisce l'oggetto, dovendosi immaginare che ne venga reso edotto (se non dalla parte venditrice, appunto) quantomeno dal notaio rogante [118].

Ma, se ci si lasciasse persuadere da una simile argomentazione, a ben vedere, perderebbe di significato altresì l'intera disciplina della garanzia per evizione che – come si è soltanto parzialmente dimostrato – sovente, presuppone l'ignoranza, da parte del compratore, di vincoli (latamente intesi) sulla *res* che possano andare a pregiudicare la stabilità e la definitività dell'acquisto concluso.

In altri termini, così come può apparire singolare che il compratore sia addivenuto alla stipulazione del contratto di compravendita ignorando la provenienza liberale dell'immobile, potrebbe ritenersi altresì insolito che l'acquirente proceda all'acquisto di un bene ignorandone (perfino) l'altruità, ovvero la circostanza per cui sia gravato da garanzie reali, sequestri, pignoramenti e via dicendo: se così fosse, la disciplina della garanzia per evizione, oltre a rappresentare uno degli istituti di più incerta e difficoltosa interpretazione del diritto dei contratti, sortirebbe il rischio di restare lettera morta nel nostro ordinamento, ciò che invero non è.

Ad ogni modo, per le considerazioni che si sono sino ad ora svolte, è più che plausibile concludere che l'avente causa dal donatario – in ogni caso, a prescindere dalla conoscenza o non della provenienza donativa dell'immobile, al momento della conclusione del contratto di compravendita – ha la piena facoltà di avvalersi *ex lege*, alle condizioni che si sono tutte precisate nel presente elaborato, dei rimedi inerenti alla disciplina della garanzia per evizione, nella speranza che il patrimonio del donatario-venditore si mostri capiente e, dunque, capace di soddisfare le sue ragioni.

---

l'esercizio dell'azione restitutoria – tanto che il legittimario si è visto costretto a rivolgersi al terzo acquirente a norma dell'art. 563, comma primo, cod. civ. – «è verosimile che lo sarà anche successivamente» e, cioè, quando il medesimo avente causa, soccombente in restituzione, agirà nei suoi confronti per essere risarcito, per ottenere la restituzione del prezzo ed il rimborso a norma degli artt. 1483-1484 cod. civ. (V. BILARDO, *Tutela reale dei legittimari*, cit., 287). È proprio la presa di consapevolezza di una simile problematica che dovrebbe spingere la dottrina a ricercare degli strumenti che consentano di stabilizzare, a priori, l'acquisto avente ad oggetto un immobile proveniente da donazione, al fine di scongiurare, il più possibile, il verificarsi di situazioni spiacevoli – quale quella, da ultimo, prospettata – che vedrebbero un terzo avente causa dal donatario, non solo privato del bene, ma altresì posto in serie difficoltà nel veder concretizzata quella tutela rimediale (rappresentata dalla garanzia per evizione) che, per legge, gli spetta.

[117] Nel caso oggetto di studio si è dato per presupposto che la mancata comunicazione della provenienza donativa non sia derivata da una reticenza mendace, tema quest'ultimo che spingerebbe l'interprete ad interrogarsi sull'ulteriore dibattuta questione concernente la configurabilità o non, nel nostro ordinamento, del c.d. dolo omissivo.

[118] Al riguardo, si consideri che particolarmente copiosa risulta essere la giurisprudenza in ordine alla responsabilità del notaio che abbia omesso di avvertire l'acquirente circa le questioni tecniche che sfuggono, di norma, alla cognizione e alla comprensibilità dell'uomo medio: *ex multis*, v. Cass. civ. 18 maggio 2017 n. 12482, in *OneLegale*.

JUS CIVILE



ALESSIA JANE THOM

Dottoranda – Università degli Studi di Palermo

L'ABF, GLI OBBLIGHI INFORMATIVI CONCERNENTI LA PRESCRIZIONE DEI BFP E LA DECISIONE DI NON DECIDERE ASPETTANDO IL TAR LAZIO: NOTA A COLLEGIO ABF DI TORINO N. 6541 DEL 26 GIUGNO 2023

SOMMARIO: *1. Il caso: Collegio di Torino, n. 6541 del 26 giugno 2023. – 2. Le questioni: preliminarmente sulle eccezioni di incompetenza. – 2.1. Il rinvio alla decisione dell'Agcm. – 2.2. Alcune incongruenze nella decisione del Collegio di Coordinamento. – 2.3. (Segue) Sulla inammissibilità "per pregiudizialità". – 2.4. Le contraddizioni della decisione torinese.*

1. – Con la pronuncia del 26 giugno 2023 il Collegio di Torino dell'ABF ha deciso sulla richiesta di rimborso e risarcimento del danno avanzata da un sottoscrittore di BFP caduti in prescrizione a causa della pratica scorretta di Poste Italiane s.p.a., consistente nella mancata tempestiva informazione circa l'imminenza della prescrizione stessa, così come del resto statuito dall'Agcm, con provvedimento di condanna del 18.10.2022.

Come ampiamente prevedibile, il discusso provvedimento dell'Agcm di condanna di Poste Italiane per pratiche commerciali scorrette inerenti Buoni fruttiferi postali ha costituito l'innesco di un contenzioso risarcitorio promosso dalla platea dei sottoscrittori dei titoli. E, benché sia ad oggi pendente il giudizio del Tar Lazio in merito alla legittimità proprio della decisione di condanna, adottata dall'*Authority*, gli stessi Collegi ABF – ivi compreso il Collegio di Torino, con la decisione in commento – si trovano a dover fronteggiare quella che rischia di essere una marea montante di ricorsi.

Questi i fatti. Un sottoscrittore di n. 5 Buoni fruttiferi postali, stante il loro mancato rimborso da parte di Poste, a cagione della eccepita intervenuta prescrizione, ha proposto ricorso all'ABF chiedendo non solo il rimborso del capitale portato dai titoli e i relativi accessori, ma lamentando altresì la violazione di obblighi informativi da parte di Poste e, per l'effetto, ne ha chiesto la condanna al risarcimento del danno per non avere essa, in sede di sottoscrizione, consegnato il Foglio informativo recante la descrizione delle caratteristiche degli investimenti; quindi, nel corso del rapporto, l'intermediario non avrebbe reso edotto il cliente/sottoscrittore circa la imminenza del termine prescrizionale del titolo, incorrendo in una pratica commerciale scorretta, così come accertato e statuito dall'Autorità antimonopolistica.[1] L'intermediario, per parte sua, ha invece eccepito l'incompetenza sotto il profilo tanto temporale quanto materiale.

Risolte le questioni preliminari di rito, l'Arbitro entra nel merito del richiamo, operato dal ricorrente, al provvedimento dell'Agcm; tuttavia, rifacendosi a quanto già deciso dal Collegio di Coordinamento dello

[1] Coll. Torino, dec. n. 6541/2023, richiamando la decisione dell'AGCM, provv. 18 ottobre 2022 – PS 11287.

ISSN 2421-2563



stesso ABF,[2] il Collegio torinese propende per la declaratoria di inammissibilità del ricorso, stante che la pendenza del gravame al Tar Lazio non consente di dire definitivo il provvedimento dell'Autorità amministrativa.

La decisione, tuttavia, sostanzialmente di *non liquet*, seppur comprensibile in punto di esigenze "di uniformità di giudizio", non manca di sollevare talune perplessità in ordine al corredo motivazionale.

Ed invero, detto della sicura esclusione di uno spazio applicativo per l'art. 7 D.Lgs. n. 3/2017, che l'ABF radica nondimeno sulla carenza del presupposto di definitività della decisione amministrativa, ma che deriva in realtà, innanzitutto, dalla non pertinenza *ratione materiae* di quel dispositivo normativo eccezionale, non vertendosi su pretesa risarcitoria da violazione antitrust; va aggiunto che l'Arbitro avrebbe forse comunque potuto pronunciarsi sulla legittimità o meno della condotta omissiva impugnata dall'intermediario e consistente, appunto, nella mancata informazione – se del caso individualizzata – rivolta alla clientela circa l'imminente spirare dei termini di prescrizione del diritto.

In altri termini, condivisibile essendo che una decisione definitiva dell'Autorità antimonopolistica presenti specifico risalto probatorio – seppure non *ex* art. 7 D.Lgs. n. 3/20117 – anche al di là dello stretto perimetro delle *antitrust damage claims*, non persuade pienamente che, carente il requisito di definitività, si segua il sentiero del *non liquet*, qui segnatamente pronunciando l'inammissibilità del ricorso.

2. – In apertura occorre brevemente soffermarsi sulle eccezioni preliminari opposte dall'intermediario, vertenti sulla esclusione della competenza dell'ABF tanto *ratione materiae* quanto *ratione temporis*.

La prima, con cui il resistente lamenta che, qualificato il titolo come contratto di raccolta del risparmio, questo esuli dalla competenza materiale dell'Arbitro, viene dal Collegio agevolmente rigettata, sulla scorta della propria consolidata giurisprudenza[3] secondo cui i Buoni fruttiferi postali, in quanto strumenti incedibili, non pensati per la negoziazione sui mercati, non rientrano nella definizione di "strumenti finanziari" e, conseguentemente, di prodotti finanziari suscettibili di collocamento, essendo pertanto esclusi dalla applicazione del T.U.F.[4] e dalla competenza dell'ACF. Essi rientrano per converso nelle attività di "bancoposta" ai sensi dell'art. 2 del D.P.R. 14 marzo 2001, n. 144 e dunque pacificamente di competenza dell'Arbitro Bancario.

Quanto invece alla sollevata eccezione di incompetenza *ratione temporis* il Collegio ricorda come la competenza temporale dell'Arbitro sia dettata dalla Sezione 1, par. 4, delle Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari.[5] Questa esclude le controversie relative a operazioni o comportamenti anteriori al sesto anno precedente alla data di proposizione del ricorso – salva applicazione della disciplina generale sulla prescrizione – in ragione evidentemente

[2] ABF, Collegio di Coord., 14 marzo 2023, n. 2460. L'orientamento parrebbe in via di consolidamento: cfr. Coll. Roma, dec. n. 658 del 16/01/2020, Coll. Roma, dec. n. 24372 del 6.11.2019; Coll. Roma, dec. n. 26741 del 20.12.2019.

[3] In questo senso si è reiteratamente pronunciato L'ABF, in sede di perimetrazione della propria competenza *ratione materiae*, cfr. Coll. Coord. n. 4656 del 21.03.2022, Coll. Bari dec. 3203 del 23.02.2022, Coll. Napoli dec. n. 4220 del 18.02.2021; Coll. Coord., dec. n. 5673/13; Coll. Roma, n. 1846/2011; Coll. Napoli, n. 1868/2012 e n. 2454/2012; Coll. Milano, n. 719/2011, n. 315/2011.

[4] Che chiarisce in sede definitoria, *ex* art. 1, lett. u), che i prodotti finanziari sono "gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria; non costituiscono prodotti finanziari i depositi bancari o postali non rappresentati da strumenti finanziari".

[5] L'articolato regola il procedimento davanti ALL'ABF, approvato dal governatore della Banca d'Italia e pubblicato in G.U. Serie Generale n. 215 del 29/08/2020.



di obiettivi di migliore funzionalità dell'organismo e della conseguente esigenza di non impegnarne l'attività nella soluzione di controversie troppo risalenti nel tempo. [6]

Nel caso di specie, la *causa petendi* verte su due ordini di violazioni imputate all'intermediario, rispettivamente in fase di sottoscrizione, ed in prossimità della estinzione del rapporto. Sulla base del principio generale per cui ha rilevanza la data in cui la violazione della regola di condotta si è consumata, [7] il Collegio opera così un distinguo tra violazioni attinenti alla fase genetica del rapporto, escluse, appunto *ratione temporis*, dalla competenza dell'Arbitro; e violazioni occorse in itinere, nel corso cioè dello svolgimento del rapporto medesimo.

Da qui, l'intervenuta prescrizione, il 31 dicembre 2017, del diritto al risarcimento del danno da omessa consegna del Foglio Informativo, in quanto violazione riconducibile alla fase genetica del rapporto, coincidendo il *dies a quo* dell'ordinario termine decennale con la data di scadenza dei titoli (sottoscritti nel 2001), intervenuta il 31 dicembre 2007; [8] peraltro, l'ammissibilità dell'eccezione di prescrizione del diritto al risarcimento del danno rappresenta una conquista recente nell'orientamento dell'ABF, superando l'opposta tesi secondo cui non decorre il termine di prescrizione allorché sia inadempiuto segnatamente l'obbligo di consegna del Foglio informativo. [9]

Parimenti, con riguardo alla domanda risarcitoria, se da un lato è ormai decorso il decennio di prescrizione del diritto sorto in conseguenza delle violazioni in sede di sottoscrizione del titolo (2001) ovvero in prossimità della sua scadenza (2007), diversa considerazione merita il danno causalmente connesso all'omessa informazione in itinere al cliente in prossimità dello spirare del termine prescrizionale, la cui doverosità il ricorrente pretende far discendere direttamente dalla buona fede.

La materia del contendere all'esame dell'organo decidente viene dunque riperimetrata dal Collegio in relazione alle sole condotte poste in essere in prossimità di estinzione del rapporto escludendo la rilevanza di tutte quelle riguardanti la fase genetica, ormai lontana nel tempo.

Tuttavia, nonostante il provvedimento dell'Agcm, richiamato dal privato a sostegno della propria pretesa,

---

[6] Pur essendo assai vasta la letteratura sull'Arbitro bancario finanziario e le finalità ad esso demandate si rinvia per tutti a F. AULETTA, *Arbitro Bancario Finanziario e "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie"*, in *Società*, 2011, 83 ss.; E. BRUSCHETTA, *Le controversie bancarie e finanziarie*, in *Contratti*, 2010, 422 ss.; E. CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in *Judicium.it*, 2011; F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 261 ss.; I. A. CAGGIANO, *L'arbitro bancario finanziario, esempio virtuoso di degiurisdizionalizzazione*, in *Nuova giur. comm.*, 2015, 439 ss.

[7] Cfr. Coll. Coord., dec. n. 4656 del 21 marzo 2022, a composizione di un contrasto insorto fra un indirizzo maggioritario, propenso a negare la competenza temporale, reputando determinante il verificarsi della condotta causativa del danno, consistente nella mancata consegna del Foglio Informativo (così Collegio di Milano, decisione n. 1140 del 17.01.2022, n. 1557 del 25.1.2022; Collegio di Palermo, decisioni n. 24711 del 6.12.2021, n. 22524 del 2.11.2021, n. 17188 del 19.7.2021; Collegio di Torino, n. 964 del 13.1.2022) e un diverso orientamento proposto dall'ordinanza del Collegio di Roma, n. 633/2021, secondo cui il *dies a quo* della prescrizione dovrebbe coincidere con la realizzazione di tutti gli elementi della fattispecie da cui sorgerebbe il diritto (al rimborso o al risarcimento), la percezione dei quali in capo all'investitore si avrebbe solo con l'eccezione di prescrizione, opposta dall'intermediario.

[8] La scadenza è fissata all'ultimo giorno del sesto anno solare successivo alla sottoscrizione, ai sensi del Decreto ministeriale 13 giugno 1986 (G.U. 28 giugno 1986, n. 148) temporalmente applicabile ai titoli oggetto della controversia. L'individuazione del *dies a quo* è stata anch'essa di recente oggetto di chiarificazione da parte del Collegio di coordinamento, con decisione n. 8056 del 21 marzo 2019 in accoglimento della tesi del Collegio rimettente per cui "*la lettera della norma che fissa il termine di scadenza dei titoli, non facendo alcun riferimento al giorno di emissione ovvero alla data di emissione, bensì esclusivamente all'anno di emissione, porta ad individuare siffatto termine alla scadenza dell'anno solare di emissione dei Buoni*".

[9] Come da ultimo riconosciuto dal Collegio di Coord., n. 17814 del 18 luglio 2019, che ha pronunciato il seguente principio di diritto: "*La mancata consegna al sottoscrittore al momento dell'acquisto dei Buoni del Foglio Informativo non impedisce all'intermediario di eccepire, allorché ne venga richiesto il pagamento, l'intervenuta prescrizione*".

ISSN 2421-2563



accerti l'infrazione compiuta dal professionista per il periodo compreso fra il 2018 e il 2022, l'ABF ne estende la portata anche al 2017, per analogia di condotte e contiguità temporale; una estensione che si direbbe dettata dal pragmatismo e dalla volontà di offrire una soluzione uniforme per questioni sostanzialmente identiche, ma che tanto più fa allora risaltare l'opzione della pronuncia di inammissibilità del ricorso stesso nelle more che il provvedimento amministrativo divenga definitivo.

2.1. – Il tema centrale all'attenzione dell'ABF ha dunque ad oggetto la possibile rilevanza, nel giudizio dinanzi all'Arbitro, del provvedimento con cui l'Agcm ha accertato la scorrettezza della pratica tenuta da Poste. [10]

Come noto, l'Autorità, avendo ritenuto applicabile lo statuto speciale consumeristico anche ai sottoscrittori di BFP, ha poi qualificato come pratica commerciale scorretta *ex* artt. 21 e 22 cod. cons. l'omissione, in fase di collocamento, di informazioni chiare e trasparenti relative alle conseguenze giuridiche dello spirare dei termini di scadenza dei titoli e della successiva prescrizione dei diritti da essi scaturenti. E, ancora, ritenuta in contrasto con l'art. 20, comma 2 cod. cons., l'omessa informazione, durante la vita del rapporto facente capo a ciascun titolo sottoscritto dai risparmiatori, circa la prossimità della prescrizione del relativo diritto di credito, tanto più avendo ricevuto Poste un numero elevato di reclami ed essendo dunque "*a conoscenza della numerosità di consumatori che, ignari delle condizioni di disciplina dei titoli in parola"* rischiassero di incorrere nella predetta prescrizione. [11]

Invero, la decisione dell'Agcm si presta in sé a taluni rilievi critici, ai quali non può qui che semplicemente accennarsi.

Il provvedimento dell'Autorità riconosce la sussistenza di un obbligo individualizzato di informazione sulla imminente prescrizione dei titoli che graverebbe su Poste, in ragion della peculiare sua posizione e dell'affidamento che ispira nella platea di consumo specie se di questa stessa si apprezzino le caratteristiche del componente medio. [12] Invero, per quanto ancora *sub iudice,* il provvedimento amministrativo presenta criticità proprio in ordine alla affermata individuazione di un generico conflitto con la c.d. *grand general clause* estratta dall'art. 20 cod. cons., per una condotta che, in disparte da ogni altra considerazione, importa

[10] Si tratta di Agcm, PS 11287 del 18.10.2022, con cui l'Autorità Garante ha accertato la scorrettezza delle condotte tenute da Poste italiane e ne ha inibito la prosecuzione, reputandole ingannevoli, *ex* artt. 21 e 22 cod. cons., oltre che contrarie alla diligenza professionale di cui all'art. 20, comma 2, cod. cons.

[11] AGCM provv. PS 11287, § 4.

[12] La decisione dell'AGCM così recita al § 66: "*Il grado di diligenza professionale che è ragionevole attendersi da un professionista come Poste non può non tener conto, inoltre, della tipologia di risparmiatori interessati (sulla base delle segnalazioni pervenute i BFP appaiono di interesse soprattutto per piccoli risparmiatori, per risparmiatori anziani, con un più basso livello di istruzione finanziaria, poco propensi al rischio), delle superiori istanze di tutela del risparmio, nonché della natura del settore di attività del professionista (caratterizzato da una particolare complessità dei servizi e prodotti offerti e da una rilevante asimmetria informativa tra professionista e consumatore)."* In senso contrario, tuttavia, deve segnalarsi l'indirizzo interpretativo secondo cui sarebbe necessaria una più vigorosa responsabilizzazione individuale del consumatore; la tesi è propugnata, fra gli altri, da D. MAFFEIS, *Il cliente deve essere consapevole delle variabili che conformano la rischiosità dello specifico investimento*, *Le Società*, 12, 2021, 1413; ID., *Disciplina degli obblighi meramente informativi dell'intermediario finanziario*, *ibid.*, 2020, 1387; G. LIACE, *L'investitore irrazionale*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 2020, I, 966 e ss. Cfr. anche A. SACCOMANNI, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE, in Le pratiche commerciali sleali,* in E. Minervini, L. Rossi Carleo (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2007, spec. 141 e ss.; C. PONCIBÒ, *Il consumatore medio,* in *Contratto e impresa,* 2007, 734 e ss.; A. GENOVESE, *Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti antitrust nella protezione (diretta e indiretta della libertà di scelta) del consumatore*, in *Aida*, 2008, 297 e ss.



il deflettere dal tratto *one to many*, che è proprio della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, il cui parametro di riferimento è l'idealtipo astratto del consumatore medio, non già il singolo consumatore il cui comportamento economico sia stato effettivamente influenzato il quale invece, al contrario, non rileva (o quantomeno non dovrebbe rilevare) affatto ai fini della configurabilità dell'*an* della scorrettezza, che prescinde dal numero di consumatori in concreto investiti dalla pratica commerciale scorretta coerentemente con la considerazione che di essa ha consolidato la giurisprudenza amministrativa, alla stregua di un illecito di pericolo. [13]

Se di illecito di pericolo si tratta, rilevando la potenziale attitudine della condotta a falsare il comportamento economico di una platea indeterminata di consumatori secondo un giudizio prognostico *ex ante* ed in astratto, appare ancor più dissonante la torsione del congegno repressivo delle PCS realizzata dall'Autorità garante in direzione di una inedita dimensione individualizzata. Non più dunque la tutela della concorrenza per il tramite della strumentale tutela del processo decisionale del consumatore medio, ma una nuova tutela del singolo consumatore, qui sottoscrittore del singolo titolo caduto in prescrizione in conseguenza della pretesa scorrettezza.

Ma quello di consumatore medio è termine astratto, che individua l'intera categoria di riferimento, non coincidente con il singolo sottoscrittore di Buoni fruttiferi postali al quale l'Autorità garante ha inteso riconoscere il diritto soggettivo a ricevere un'informazione personalizzata, imponendo per converso all'intermediario un obbligo di *facere*, appunto, individualizzato. Un siffatto obbligo si concretizzerebbe nella imposizione a carico di Poste, di un servizio aggiuntivo di assistenza in favore dei sottoscrittori lungo l'intero arco temporale di svolgimento del rapporto; non, beninteso, che sia precluso alla contrattazione individuale di pervenire alla pattuizione di obblighi e servizi aggiuntivi del genere di quelli considerati, con un costo che si riverberi sul prezzo convenuto; altra cosa è, però, l'imposizione autoritaria in sede di *public enforcement* di siffatti obblighi individualizzati a beneficio di ciascuno dei membri della vasta platea di sottoscrittori, che si rende foriera di costi eccessivi a carico dell'impresa.

Il discusso provvedimento dell'Agcm dunque, insinuandosi nella prospettiva di *market regulation* normativamente generalizzata delle pratiche commerciali scorrette, colora gli obblighi informativi di una pretesa individualizzazione di talché non è più sufficiente un'informazione spersonalizzata e rivolta genericamente a tutti i sottoscrittori – che pure l'intermediario aveva posto in essere tramite strumenti di comunicazione, appunto, *one to many* [14] – ma si rende necessaria un'informativa "*tailored*": a ciascun titolo una sua scadenza e a ciascuna scadenza una comunicazione personalizzata.

---

[13] In questi termini si è ormai consolidata la giurisprudenza amministrativa allorché richieda, per ritenersi integrato l'illecito, che la scorrettezza della pratica commerciale sia desumibile in esito ad una valutazione *ex ante* della potenzialità diffusiva degli effetti di distorsione della concorrenza; cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 16 gennaio 2024, n. 525; Cons. Stato, sez. IV, 27 febbraio 2020, n. 1428; Cons. Stato sez. VI, 15 luglio 2019 n. 4976; Cons. Stato, Sez. VI, 23 maggio 2019 n. 3347; Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050. In dottrina si è fatto notare che, non rilevando il numero di consumatori in concreto influenzati dalla scorrettezza ma soltanto l'attitudine *ex ante* ed in astratto a incidere su una platea indefinita di destinatari, l'indagine si risolve di fatto sul versante della violazione della diligenza professionale, valendo semmai da aggravante l'aver in concreto influenzato un elevato numero di consumatori, cfr. V. MELI, "*Diligenza professionale", "consumatore medio" e regola di "de minimis" nella prassi DELL'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa*, in V. Meli, P. Marano (a cura di), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, 2011, Torino, Giappichelli, 1-40, ma spec. 39-40.

[14] Come emerge dal provvedimento sanzionatorio, PS 11287, al § 33, in cui l'Autorità garante passa in rassegna le iniziative assunte da Poste per aumentare il grado di trasparenza informativa e garantire un sistema *alerting* individuale dell'approssimarsi del termine di prescrizione: fra queste, la pubblicazione di avvisi relativi alla prescrizione e alle sue conseguenze in tutti gli Uffici postali, nel sito web di Poste italiane, l'apposita realizzazione di video tutorial in cui si evidenziassero le conseguenze della prescrizione, o l'inserimento di avvisi *ad hoc* nel modulo cartaceo del BFP. Iniziative tutte reputate insufficienti dall'Autorità.

ISSN 2421-2563



Ben si comprende come un singolare obbligo aggiuntivo [15] giacché non espressamente imposto da alcuna norma bensì desunto dalla buona fede e dalla clausola generale di diligenza professionale *ex* art. 20, co. 2 cod. cons., [16] incida sensibilmente sull'equilibrio economico complessivo del regolamento contrattuale di ciascun titolo.

Ciò detto, appare il caso di ribadire che, se da un lato la decisione dell'Agcm non è ancora definitiva, attendendosi il verdetto del Giudice amministrativo, [17] dall'altro essa comunque non rientrerebbe *ratione materiae* nel perimetro di operatività dell'art. 7 D.Lgs. n. 3/2017. Ed in questo frangente di ordinaria precarietà del provvedimento amministrativo in materia di PCS *sub judice*, del quale però nessuna norma postula il requisito della definitività al fine di farne discendere ulteriori effetti anche processuali, l'Arbitro Bancario e Finanziario in luogo di spiegare i propri poteri interpretativi realizzando massimamente la legittimazione di fonte specialistica che lo caratterizza, ha optato per la prudenziale decisione di inammissibilità del ricorso, astenendosi dal prender posizione sul profilo di merito come sarebbe stato invece auspicabile.

2.2. – Ritornando ai potenziali risvolti della decisione dell'Agcm dinanzi all'Arbitro bancario e finanziario, va detto che, già prima del Collegio di Torino, era stato lo stesso Collegio di Coordinamento ad affrontare la questione, con la decisione n. 2460 del 14 marzo 2023. Questo, positivamente pronunciandosi circa la competenza – soprattutto temporale – dell'Arbitro, ha in effetti ritenuto precluso l'esame di merito della questione, sulla base però di una motivazione non priva di punti critici. E infatti, viene richiamata la recente pronuncia con cui la Corte di legittimità [18] ha reputato estensibile, anche oltre il suo terreno elettivo (ossia le *antitrust damages claims*), lo schema della prova privilegiata riferita a decisioni delle *Authorities*, precisamente affermando che pure in materia di clausole vessatorie – *rectius*, di accertamenti dell'Autorità indipendente sulla vessatorietà di clausole inserite nei contratti con i consumatori – debbano trovare riscontro le medesime motivazioni che giustificano l'esito dello speciale rilievo probatorio dell'accertamento amministrativo in sede antitrust. [19]

---

[15] AGCM Provv. PS 11287 al § 67: "*il rispetto della normativa di settore non vale ad esonerare il professionista dal porre in essere quei comportamenti ed accorgimenti ulteriori che, pur non espressamente previsti, discendono comunque dall'applicazione del più generale principio di correttezza e buona fede a cui si ispira tutta la disciplina a tutela del consumatore*."

[16] Come noto, non si registra uniformità di vedute, specie in letteratura, in ordine al significato da dare alla diligenza professionale nel quadro della disciplina sulle PCS, così come, più in generale, sulla esistenza e i termini, in essa, di una clausola generale: si rinvia, per tutti, a G. DE CRISTOFARO, voce *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. Dir.,* 2007, 1079; in senso contrario, in favore della natura propriamente di clausola generale, cfr. M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. e impr.,* 2009, 74 ss.

[17] Che sconta notoriamente sensibili limiti in punto di sindacato di sola legittimità, ancor più circoscritto dal contenuto altamente tecnico-discrezionale; per tutti, cfr. L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in *Merc. conc. regole*, 2013, 501 ss.; B. GILIBERTI, *Consulenza tecnica, pienezza del sindacato e "full jurisdiction". Brevi considerazioni a Consiglio di Stato sez. V, 17 ottobre 2013*, n. 5043, in *Dir. proc. amm*., 2015, 2, 745; A.A. ROMANO, *L'attuazione delle regole di concorrenza fra* private *e* public enforcement: *contro il vincolo del giudice civile alle decisioni delle Autorità indipendenti*, in *Il giusto processo civile*, 3/2022, 665 ss., spec. 689-693.

[18] Cass. civ., Sez. I, Sent. 31 agosto 2021, n. 23655, in *Giur. it.*, 2022, 4, 824 ss. con nota di D. FORESTA, *La possibile nullità della clausola di doppia indicizzazione dei mutui fondiari Barclays*; in *Giur. it*., 2022, 3, 579 con nota di P. GALLO, *I mutui indicizzati al franco svizzero al vaglio della Cassazione*.

[19] Il diverso trattamento che veniva riservato alla sorte probatoria degli accertamenti dell'Agcm in materia di illeciti antitrust rispetto al campo delle clausole vessatorie e PCS è tradizionalmente giustificato alla stregua del diverso grado di specializzazione, o discrezionalità tecnica, sotteso ai concetti tecnici e indeterminati la cui concretizzazione è imprescindibile ai fini dell'accertamento degli illeciti concorrenziali *sub* artt. 2 e 3 l. 287/1990 (e artt. 101 e 102 TFUE), ma non anche per le clausole vessatorie né per le



Tuttavia, mentre la Suprema Corte postula appunto l'estensione oltre perimetro di un costrutto teorico – la prova privilegiata – e delle motivazioni che lo sorreggono, l'Arbitro fa invece riferimento diretto al disposto dell'art. 7 D.Lgs. n. 3/2017, che impone di ritenere "definitivamente accertata" la violazione di cui al provvedimento inoppugnabile dell'Autorità, per escludere che se ne possano dare gli estremi nel caso sottoposto alla sua cognizione, stante appunto la carenza del tratto di definitività dell'accertamento amministrativo. [20]

Qui risiede però un evidente punto critico. La pronuncia della Suprema Corte non menziona, infatti, l'articolo 7 del D.Lgs. n. 3/2017 né, d'altra parte, avrebbe potuto farlo, giacché si tratta di una disposizione di carattere eccezionale – in quanto sensibile deviazione rispetto ai principi generali in materia di prova e di giudicato [21] – che non può dunque trovare applicazione oltre l'orizzonte normativo delle pretese risarcitorie da violazione del diritto concorrenziale; essa si limita viceversa a ritenere che i principi generali valevoli in quella materia, segnatamente lo schema pretorio della prova privilegiata, possano/debbano valere anche in tema di clausole vessatorie. Ma, appunto, di mera efficacia probatoria ancorché privilegiata si tratta, idonea al più a fondare una presunzione legale relativa e non certo una pregiudizialità che, sinché l'accertamento non diventi inoppugnabile, preclude ogni ulteriore decisione. Anche se, invero, la stessa Cassazione cade in contraddizione laddove, postulata l'efficacia presuntiva, dimostra implicitamente di rinviare comunque al meccanismo dell'art. 7, nel momento in cui ripone in capo al giudice – chiamato ad occuparsi dello stesso regolamento contrattuale oggetto di accertamento della vessatorietà da parte dell'Agcm – un obbligo rafforzato di motivazione e puntuale confutazione allorché intenda prendere da esso le distanze. Obbligo motivazionale rinforzato che, com'è noto, la prova presuntiva non conosce, pertenendo piuttosto alle ipotesi normativamente circoscritte di *binding effect* che vincola l'accertamento giudiziale con una efficacia ritenuta oggi in prevalenza assimilabile ad un "iper-vincolo". [22]

PCS; basti pensare all'individuazione del mercato rilevante, geografico o del prodotto, che richiede complesse indagini peritali. L'accertamento in ordine alla vessatorietà delle clausole, invece, rientra a pieno titolo nelle competenze giuridiche proprie e nelle capacità tecniche richieste al (e pretese dal) giudice civile, così come la scorrettezza delle pratiche commerciali.

[20] Così, il Collegio di coordinamento sul richiamo testuale dell'art. 7 D.Lgs. n. 3/2017: «*La regola è ritenuta applicabile non soltanto agli illeciti anti-trust, ma, in generale, ai provvedimenti DELL'AGCM nelle materie di sua competenza, "tenuto conto delle ragioni ispiratrici che prendono le mosse dalla funzione stessa assolta nel sistema dalla pubblica tutela erogata attraverso gli strumenti di public enforcement" (cfr. Cass., n. 23655/21)*».

[21] A.A. ROMANO, *L'attuazione delle regole di concorrenza, op. cit.,* spec. 685-692 in cui l'A., sull'art. 7 D.Lgs. n. 3/2017, nel prospettare un paragone con l'art. 651 c.p.p. che non suscita i medesimi dibattiti teorici proprio in quanto il vincolo deriva sempre da un organo giurisdizionale, evidenzia l'alterità fra l'organo da cui deriva il provvedimento vincolante, e i suoi scopi, strumenti e rimedi, rispetto al procedimento da esso avvinto. L'eccezionalità è vieppiù confermata allorché si tenga a mente la regola, e cioè la reciproca autonomia fra i diversi ordini di giurisdizione, autonomia qui soppressa, ovvero ancora l'insindacabilità in sede di legittimità dell'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati di cui si serve L'AGCM, vagliati solo nei limiti (di legittimità) della giustizia amministrativa e quindi, ai massimi livelli, dal Consiglio di Stato, sottraendosi "alla guardiania nomofilattica della Cassazione". Su tali basi l'A. esclude l'applicazione analogica della disciplina *de qua* in procedimenti che, sebbene in settori contigui, non abbiano *petitum* risarcitorio, fra questi le azioni di accertamento della nullità dei contratti a valle di un'intesa sanzionata.

[22] Vedi E. CAMILLERI, *L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio. Il rilievo delle decisioni delle Authorithies tra libero apprezzamento e presunzioni giurisprudenziali: spunti dall'arrêt Repsol*, in *NLCC*, 2, 2024. La dottrina dibatte sul valore precipuo da assegnare all'art. 7, per taluno financo superiore al giudicato *ex* art. 2909 c.c., tendente alla prova legale, v. A.A. ROMANO, *L'attuazione delle regole di concorrenza, op. cit.,* spec. 680 propende per la tesi dell'efficacia di giudicato; ma anche P. FABBIO, *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel processo civile, con particolare riguardo alle materie delle pratiche scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Conc. e merc.*, 2013, 193 e ss., spec. 200; in senso critico cfr. M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, in *NLCC*, 2018, 476 ss., spec. 487-489; ID., *Il processo di merito in materia antitrust*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, (a cura di) L.F. Pace, Milano, 2020, ma spec. 451; G. PARODI, *L'accertamento definitivo dell'illecito antitrust nella nuova disciplina del private enforcement: su alcune questioni di rilievo costituzionale*, in *Contr. e impr.*, 2021, spec. 2641; M. DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, in *AIDA*, 2015, 100 ss., spec. 117 ss.

ISSN 2421-2563



Alla giurisprudenza interna si deve la costruzione della categoria della prova privilegiata, anticipando lo stesso legislatore europeo [23] sul punto della valenza probatoria da attribuire alle decisioni delle autorità antimonopolistiche nei separati giudizi di danno, preso atto della (opportunità di riconoscere la loro) "elevata attitudine a provare" [24] la natura anticoncorrenziale. L'intenzione iniziale non è di sottrarre l'oggetto del provvedimento alla valutazione del giudice, [25] ma di attribuirvi espressamente un maggior peso specifico come dimostrato anche dall'affermarsi di orientamenti volti a rimpinguare ulteriormente tale efficacia probatoria tramite una parallela erosione degli spazi lasciati alla prova contraria. [26]

Viene dunque a plasmarsi la nozione di prova privilegiata il cui significato sostanziale è stato, e continua ad essere, oggetto di una evoluzione pretoria che discorre – quasi in un crescendo rossiniano – dapprima di presunzione semplice [27] *ex* art. 2729 c.c. dell'accertamento dell'Agcm quale elemento su cui si fonda il ragionamento inferenziale che consente al giudice, prendendo le mosse da un fatto noto, di ritenere provato un fatto ignoto in esito ad un giudizio di probabilità-normalità della connessione fra accadimenti. [28] È infatti ragionevole, *rectius* verosimile e corrispondente all'*id quod plerumque accidit*, che l'accertamento ad elevato contenuto tecnico dell'Agcm nell'ambito del procedimento istruttorio nel quale gode di forti poteri inquisitori, corrisponda al vero; salva sempre la prova contraria. [29]

---

[23] Con la direttiva 2014/104/UE, dir. *enforcement*; per un commento alla normativa cfr. V. MELI, *Introduzione al D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 2014/ 104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, in *NLCC*, 119 ss.; G. ALPA, *Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le Corti nazionali e la Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Contr. e impr*., n. 6, 2015, 1227. Un presidio del tipo di quello consacrato nell'art. 9 dir., recepito nell'art. 7 era già stato fortemente auspicato dalla dottrina, cfr. P. FABBIO, *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità, op. cit*., che illustra le opzioni interpretative, dalla irrilevanza alla efficacia persuasiva, dalla prova privilegiata alla vincolatività; spec. 208-209 predilige la tesi dell'efficacia vincolante e promuove *de iure condendo* una "*disciplina legislativa dei rimedi civili in materia di antitrust e di pcs con la previsione esplicita di un'efficacia vincolante dei provvedimenti dell'Agcm, che accertano in via definitiva l'infrazione e siano divenuti inoppugnabili*", auspicio solo parzialmente accolto, stante l'esclusione delle pratiche commerciali scorrette.

[24] Cass., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, *Il Foro it*., Vol. 133, n. 6, 1901 ss. Più di recente, Cass., Sez. 1, n. 18176 del 05/07/2019; Sez. 1, n. 13846 del 22/05/2019; Sez. 1, n. 12551 del 22/05/2013; Sez. 3, n. 7039 del 09/05/2012; Sez. 3, n. 17362 del 18/08/2011; Cass. 28 maggio 2014, n.11904, con nota di R. PARDOLESI, *Danno antitrust e (svuotamento) dell'onere probatorio a carico del consumatore,* in *For. It.,* 1994, 1729 e ss.

[25] Come già avversato dalla dottrina che rimarca l'intrinseco primato qualitativo delle valutazioni del giudice cui non potrebbero legittimamente sostituirsi gli accertamenti di organi amministrativi tramite indiretti vincoli alla giurisdizione: sulla indebita commistione di diversi poteri dello Stato, PASQUARELLI, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento DELL'AGCM a seguito della Dir. 2014/104/UE*, in *Dir. ind.,* 2016, 252 ss. ma spec. 261 accusa la surrettizia trasformazione del giudizio amministrativo in una sorta di fase "pre-processuale" della successiva azione *follow on*; cfr. anche RORDORDF, *Il ruolo del giudice e quello dell'Agcm*, in *Società*, 2014, 784 ss.

[26] Cass. 10 maggio 2011, n. 10211, in *Foro it.,* I, 2675 con nota di PALMIERI: secondo questo orientamento, opinabilmente restrittivo del diritto di difesa dell'impresa, questa avrebbe potuto offrire soltanto la contro-prova di circostanze ulteriori che non fossero state già espresso oggetto di accertamento dell'Autorità, e non anche contestare i medesimi fatti accertati e riversati nel provvedimento. Cfr. inoltre S. PATTI, *Note in tema di presunzioni semplici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2020, 891.

[27] Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305, con note di G. AFFERNI e M. CARPAGNANO, in *Danno e resp*., 2007, I, 755 ss. e S. BASTIANON, in *Corr. giur.,* 2007, I, 641 ss.

[28] Viene definitiva come la «supposizione della verità di un fatto (ignoto) per conseguenza indiretta e probabile di un altro fatto (noto)» da L. RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni in diritto civile,* Torino 1890, 6; cfr. anche M. TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, *Il Foro It*., 1974, 97, p.83 ss.; v. A. DE CUPIS, *Sulla distinzione tra presunzioni legali assolute e finzioni*, in *Giur. comm.*, 1982, II, 227; A. LA TORRE, *La finzione nel diritto*, in *Riv. dir. civ*., 2000, I, 316, 322.

[29] Il contenuto tecnico scientifico degli accertamenti dell'Autorità antimonopolistica ha consentito l'accostamento al ruolo del giudice in punto di valutazione di prove ad alto contenuto peritale: cfr. E. SALOMONE, *Sulla motivazione con riferimento alla consulenza tecnica d'ufficio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 1026; V. ANSANELLI, *Problemi di corretta utilizzazione della «prova scientifica»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 1337; CARRATTA, *Prova scientifica e ragionamento presuntivo*, in *Riv dir proc*. 2022, 24. Per il significato precipuo di "prova scientifica" un'autorevole proposta ritiene di escludere dal novero tutte le scienze, umane o sociali,



La presunzione gode nel nostro ordinamento della dignità di mezzo di prova "completo",[30] e cioè strumento rappresentativo del fatto costitutivo della pretesa,[31] idoneo a fondare anche in via esclusiva la decisione del giudice. Il Codice distingue la presunzione semplice dalla presunzione legale, strumenti identici quanto a struttura, divergendo solo in relazione alla fonte da cui discende la notorietà del fatto base: nell'un caso affermata giudizialmente in base alle acquisizioni probatorie o ai fatti allegati e incontestati dalla controparte; nell'altro caso da una previsione normativa puntuale che individua il *factum probans* dal quale il giudice potrà inferire in via deduttiva la prova del fatto rilevante.

Ebbene, proprio sul fondamento legale del *factum probans* è intervenuta di recente la Cassazione allargandone le maglie oltre il consueto perimetro della previsione puntuale di legge.

Il riferimento è in particolare ad una decisione dell'aprile 2020[32] in materia di violazione degli obblighi informativi da parte dell'intermediario finanziario in conseguenza della quale il cliente abbia sofferto un danno di cui ha chiesto giudizialmente ristoro: in quell'occasione la Corte ha qualificato alla stregua di una presunzione legale la sussistenza del nesso causale fra la violazione degli obblighi informativi gravanti sull'intermediario e il danno da investimento rivelatosi svantaggioso, rinvenendo la fonte non già in una norma puntuale bensì estraendola *dalla funzione assegnata dal sistema normativo all'obbligo informativo* violato.

Nel medesimo solco argomentativo si colloca il successivo intervento della Cassazione del 2021[33] nella discussa vicenda della vessatorietà delle clausole di indicizzazione al franco svizzero inserite dalla banca nei contratti di mutuo stipulati con i consumatori: la Corte ha esteso ulteriormente l'ordito della presunzione, bensì legale ma *sui generis* giacché desumibile appunto da "esigenze di sistema", per attribuire un'efficacia probatoria privilegiata – già riconosciuta agli illeciti antitrust in via pretoria e successivamente positivizzata

---

in quanto non verificabili empiricamente né ripetibili tramite esperimenti, cfr. M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2005, 59, 4, 1079 ss.

[30] Lo strumento probatorio delle presunzioni ha dimostrato la sua centralità sin dal diritto romano quale mezzo per acquisire al processo la prova di fatti ignoti, cfr. V. ANDRIOLI, voce *Presunzioni* (*Dir. rom., civ. e proc. civ.*), in *Noviss. Dig. it*., XIII, Torino 1966, 76; G. DONATUTI, *Le* preaesumptiones iuris *in diritto romano (loro origine),* in *Ann. Perugia,* XLII, 1931; R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ*., 1957, I, 420; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova 1966, 199; A. CONIGLIO, *Le presunzioni nel processo civile*, Palermo, 1920, 204; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale*, I, Padova, 1936; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004; S. PATTI, Probatio *e* praesumptio: *attualità di un'antica contrapposizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I; F. DANOVI, *Le presunzioni nel sistema delle fonti di prova e nei rapporti con la prova contraria*, in *Foro pad.*, 2006, I; G. FABBRINI, *Presunzioni*, in *Dig. civ.*, XIV, Torino, 1996.

[31] S. PATTI, *Le prove*, in *Tratt. Dir. priv.,* Iudica e Zatti, II ed., Milano, 2021, 164; M. TARUFFO, *Il regime probatorio: i principi generali,* in *Contr. e impr.*, 2014, I, 1.

[32] Cass. 17 aprile 2020, n. 7905, ha ritenuto di poter desumere dal sistema normativo complessivamente inteso la presunzione legale relativa di sussistenza del nesso causale fra la condotta dell'intermediario, che sia provata essere contraria agli obblighi impostigli *ex lege* e il danno sofferto dal cliente; al punto 4.7 "*La presunzione di sussistenza del nesso causale così delineata, pur suscettibile di prova contraria, scaturisce dalla funzione assegnata dal sistema normativo all'obbligo informativo gravante sull'intermediario, che è preordinato al riequilibrio dell'asimmetria strutturale del patrimonio conoscitivo-informativo delle parti in favore dell'investitore, al fine di consentirgli una scelta di investimento realmente consapevole. A tale presunzione, anche se non espressamente prevista dalla legge, deve riconoscersi natura legale* ex *artt. 2727 e 2728 c.c., come si è detto* juris tantum*, in quanto essa discende complessivamente dal sistema normativo e in particolare dalla funzione specifica degli obblighi accollati dalla legge all'intermediario finanziario.*" Decisione in linea con un percorso interpretativo già avviato dalla Corte, v. Cass. civ., sez. I, 28 febbraio 2018, n. 4727 (ord.), in *Giur. it.*, 2019, 293, con nota di G. CARDARELLI, *Viraggio in chiave oggettiva per la responsabilità degli intermediari finanziari*, spec. 295-300,

[33] Cass. civ., Sez. I, Sent. 31 agosto 2021, n. 23655, al 2.6.7: "*Gli stessi principi così enunciati con riferimento agli illeciti antitrust,* mutatis mutandis*, valgono anche in materia di clausole vessatorie o abusive e dei relativi accertamenti e valutazioni da parte dell'Autorità Garante, tenuto conto delle ragioni ispiratrici che prendono le mosse dalla funzione stessa assolta nel sistema dalla pubblica tutela erogata attraverso gli strumenti di public enforcement, tanto più che a fronte dell'attività amministrativa dell'Autorità Garante l'imprenditore gode del diritto alla difesa al contraddittorio e all'impugnazione in sede giurisdizionale."*

ISSN 2421-2563



nell'art. 7 D.Lgs. 3/2017 – anche agli accertamenti dell'Autorità garante in materia di clausole vessatorie, per medesimezza delle "ragioni ispiratrici" del costrutto della prova privilegiata.

Tali ragioni ispiratrici, che alimentano l'orientamento per cui è imprescindibile il riconoscimento di un qualche utile effetto probatorio alle decisioni dell'Agcm, sono da rinvenire in ultima istanza nella sempre più sentita necessità di assicurare da un lato una maggiore consequenzialità fra *public* e *private enforcement*, [34] e dall'altro, l'effettività della tutela dei diritti individuali azionati davanti al giudice civile, in settori in cui le asimmetrie informative, la esiguità dei danni in prospettiva individualizzata, la difficoltà probatoria e l'intrinseca debolezza unilaterale rendono strutturalmente complessa la garanzia di tale effettività. [35] In particolare è proprio l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti individuali che, in più occasioni, si è dimostrata elemento dirimente i nodi interpretativi derivanti dalle propalazioni del principio di autonomia procedurale sovente confliggenti con gli obiettivi imposti dal diritto unionale. [36]

Ma il Collegio di Coordinamento va oltre.

Da un lato amplia il raggio d'azione di quelle medesime ragioni ispiratrici dell'estensione, oltreché alle clausole vessatorie, altresì alle pratiche commerciali la cui scorrettezza sia stata oggetto di accertamento amministrativo; dall'altro, come anticipato, esplicita un rimando all'art. 7, attribuendone surrettiziamente la paternità alla sentenza del 2021 che, a rigore, un simile richiamo non realizza, ancorché parrebbe sottenderlo

---

[34] M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di "public" e "private enforcement" in materia antitrust,* in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione dei mercati*, (a cura di) Maugeri e Zoppini, Bologna, 2009, 171 ss.; A.A. ROMANO, *L'attuazione delle regole di concorrenza, op. cit*., spec. 686, come d'altronde il legislatore stesso, nel *Considerando* n. 34 dir. 2014/104/UE e nella relazione illustrativa al D.Lgs. n. 3/2017, 11. Si rileva odiernamente uno spostamento dell'asse della complementarità che collima, in misura sempre crescente, con la collettivizzazione delle tutele quale strumenti del diritto privato regolatorio: cfr. H.W. MICKLITZ, *The visible hand of European Regulatory Private Law. The Transformation of European Private Law from Autonomy to functionalism in competition and regulation*, in *Yearbook of European Law*, 28, 1, 2009, 3 ss.; ID. *The Transformation of Enforcement in European Private Law: Preliminary Considerations, in European Review of Private Law*, 2015, 491 ss.

[35] Vedi E. CAMILLERI, *L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio*, *op. cit*. L'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei singoli ha assunto oggi un ruolo preminente di guida delle decisioni dei giudici, ancor più in presenza di accertamenti probatori complessi e squilibri di forza fra le parti: proprio le difficoltà probatorie hanno infatti ispirato la categoria delle presunzioni giurisprudenziali, da taluno avversate quali precostituzione dell'esito del giudizio per mezzo di un'arbitraria allocazione degli oneri (cfr. M. TARUFFO, *L'onere come figura processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2012, 425); in generale sulle presunzioni giurisprudenziali, v. M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1992, 736 ss.; G. BIANCHI, *La prova civile. Onere e ammissibilità della prova nel codice civile*, Padova, 2009, 206; E. BENIGNI, *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, Torino, 2014, 173 ss.; in materia di responsabilità medica, M. FACCIOLI, "*Presunzioni giurisprudenziali" e responsabilità sanitaria*, in *Contr. e impr*., 2014, 79 ss.; in materia di licenziamenti illegittimi, A. VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro,* Cedam, Padova, 1988; l'effettività indirizza anche la materia della tutela dei dati personali, cfr. S. PAGLIANTINI, *L'interferenza ascosa tra GDPR e diritto dei consumatori: appunti per una tassonomia,* in *Giur. it.,* 2023, 2212 e ss. ma spec. 2215 e D. D'ALBERTI, *Tutele ''multilivello'' e l'effettività dei rimedi per gli utenti online*, in *Nuova Giur. Comm*., 2021, I, 1079 e ss. in commento alle sentenze del Consiglio di Stato 29 marzo 2021, nn. 2630 e 2631

[36] Emblematica la vicenda decisa dalla Corte di giustizia il 17 maggio 2022, cause riunite C-693/19 e C-831/19, della cedevolezza del giudicato implicito nel procedimento per decreto ingiuntivo sull'altare della tutela del consumatore ritenuta assiologicamente superiore, v. i commenti di C. RASIA, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, in *Riv. trim. dir. proc*., 2023, 65 e ss.; S. VINCRE, *La Corte di Giustizia e le Sezioni Unite della Cassazione sulle nullità consumeristiche*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2023, 1487. I principi del Giudice europeo sono poi stati recepiti dalla Suprema Corte, Cass., Sez. Un., 6 aprile 2023, n. 9479, in *Giur. it.* 2023, 1053 ss., con note di C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria "ricarburata" e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica "rimaneggiata" (specie) su invito del g.e.*; di A. CARRATTA, *Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi. A proposito della sentenza 9479 del 2023,* in *Riv. esec. forz.*, 2023, 2, 357, che a 360 ritiene *«pienamente condivisibile dal punto di vista dell'effettività della tutela del consumatore, alla luce della considerazione che il giudicato in tanto può ritenersi anche sostanzialmente corretto (in relazione alla tutela del consumatore, parte processualmente debole) in quanto l'accertamento sull'eventuale abusività delle clausole contrattuali sia stato effettivamente compiuto dall'organo giurisdizionale che ha emesso la decisione.*»



là dove impone al giudice un obbligo di motivazione rafforzata, onere tipicamente collaterale al *binding effect* del dispositivo in questione, ma appunto non anche alle presunzioni.

L'impressione è di trovarsi in presenza di una serie di scatole cinesi in cui il problema centrale – della configurabilità o meno di siffatti obblighi in itinere personalizzati – si dissolve sino a perdersi di vista. Infatti, il Collegio di Torino dichiara l'inammissibilità su indicazione del Coordinamento il quale a sua volta, per giustificare una sorta di pregiudizialità, rimanda alla Cassazione la cui statuizione però si limita al piano probatorio. Invece, il richiamo all'art. 7 del Coordinamento, benché possa ritenersi concretizzazione di quanto già latente nella sentenza del 2021 ma da questa omesso – d'altronde necessariamente attesa l'eccezionalità dello strumento – ha la funzione pragmatica nelle intenzioni dell'Arbitro, tramite un auto-vincolo, di permettere l'accesso allo strumento della sospensione necessaria *ex* art. 295 c.p.c. nell'attesa che l'accertamento del Garante acquisti la tanto anelata definitività.

2.3. – La sospensione necessaria per pregiudizialità costituisce uno strumento cui il giudice deve obbligatoriamente ricorrere nel processo civile ogni qualvolta egli stesso o altro giudice debba risolvere una controversia dalla cui definizione dipenda la decisione della causa: trattasi di casi-limite in cui sorge la necessità di evitare il rischio di un contrasto giuridico fra giudicati, dovendosi sospendere la causa pregiudicata in attesa della risoluzione di un'altra, pregiudiziale, da cui la prima appunto dipende.[37] Ed invero, nella questione oggetto di cognizione dell'Arbitro, non può dirsi integrata tale pregiudizialità[38] stante sia la parziale diversità soggettiva delle due controversie, davanti al Tar Lazio e all'Arbitro, che impedisce giuridicamente la configurabilità di un contrasto fra giudicati, sia la diversa natura e finalità perseguita dal *public enforcement*, di cura dell'interesse pubblico ad un assetto concorrenziale dei mercati,[39] rispetto al *private enforcement,* di tutela giurisdizionale del diritto soggettivo del privato, leso da specifiche condotte anticoncorrenziali.

Il Collegio di Coordinamento richiama l'operatività dell'art. 295 c.p.c. proprio innalzando l'accertamento definitivo dell'Autorità a questione pregiudiziale da porsi a fondamento della propria decisione stante la "*na-*

[37] Sull'art. 295 c.p.c., si v. S. MENCHINI, voce *Sospensione del processo civile di cognizione*, in *Enc. dir.,* XLIII, Milano 1990, 6 ss.: la necessarietà richiesta ai fini della sospensione postula una pregiudizialità in senso stretto, il cui significato ha lungamente impegnato la dottrina, cfr. S. SATTA, *Accertamento incidentale*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958; M. TARUFFO, Collateral estoppel *e giudicato sulle questioni*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1972, II; L. MONTESANO, *Questioni e cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1988; ID., *La sospensione per dipendenza di cause civili e l'efficacia dell'accertamento contenuto nelle sentenze*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1983; S. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, 1999.

In giurisprudenza si è consolidato l'orientamento secondo il quale solo la pregiudizialità in senso tecnico-giuridico è idonea a giustificare la sospensione, i.e. una pregiudizialità-dipendenza configurabile in presenza di un vincolo di consequenzialità tra due questioni, una delle quali costituisca un indispensabile antecedente logico-giuridico dell'altra. *Ex multis,* Cass. civ., Sez. I, sent. n. 12999, 15/05/2019: "*La sospensione necessaria del giudizio, ex art. 295 c.p.c., ha lo scopo di evitare il conflitto di giudicati, sicché può trovare applicazione solo quando in altro giudizio debba essere decisa con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale in senso tecnico-giuridico, non anche qualora oggetto dell'altra controversia sia una questione pregiudiziale soltanto in senso logico, soccorrendo in tal caso la previsione dell'art. 336, comma 2, c.p.c. sul cd. effetto espansivo esterno della riforma o della cassazione di una sentenza sugli atti e i provvedimenti (comprese le sentenze) dipendenti dalla sentenza riformata o cassata.*"

[38] Le questioni pregiudiziali sono quelle che "potrebbero formare oggetto d'un giudizio autonomo e dar luogo in questo a cosa giudicata" secondo la definizione di CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, 353, 373.

[39] La finalità del *public enforcement* si è evoluta, in uno con la concezione della natura dell'Agcm, non più quale funzione di sola *adjudication* – reazione repressiva *ex post* al verificarsi della violazione del diritto della concorrenza – ma sempre più quale funzione di *competition advocacy* esercitata dall'organo amministrativo preposto alla cura di un interesse pubblico, di cui vengono accentuati i poteri *ex ante*, pro-attivi, che plasmano in capo all'Autorità "una vera e propria funzione regolatoria": in questi termini M. RAMAJOLI, *La tutela antitrust nel XXI secolo*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2020, 221 e ss., ma spec. 223.

ISSN 2421-2563



tura decisiva o, comunque, rilevante della definizione della controversia",[40] cadendo già in una prima contraddizione allorché, ritenuta applicabile la sospensione necessaria, precisa subito che la questione pregiudiziale possa essere anche meramente "rilevante" ai fini della decisione il che già, di per sé, giustificherebbe al più una sospensione facoltativa alla stregua del Codice di rito. Inoltre, l'applicazione dell'art. 295 c.p.c. è rimodulata conformemente alle linee di funzionalità dell'ABF che, non contemplando la sospensione, ha concluso per l'inammissibilità in quanto non preclude la possibilità di riproposizione del ricorso, opzione ispirata al pur meritevole pragmatismo di assicurare maggior coerenza decisionale nei diversi settori dell'ordinamento. Sul punto sono possibili almeno due rilievi. Preliminarmente, la devianza rispetto al paradigma di funzionamento dell'Arbitro ispirato alla massima celerità ed efficienza, cui si impronta l'intera procedura, che conclude per la soluzione *in re ipsa* inefficiente, in quanto antieconomica, traducendosi di fatto in un incentivo alla duplicazione del contenzioso.

Ancora, emerge una eterogenesi dei fini della inammissibilità piegata a scopi di pregiudizialità ad essa tradizionalmente estranei. Questa strumentalizzazione di situazioni (latamente) di litispendenza-connessione ricorre con frequenza nei contenziosi internazionali in cui similmente è rinvenibile una sorte di eterogenesi della sospensione *ex* artt. 29 ss. del Regolamento UE 1215/2012 sui conflitti di giurisdizione fra gli Stati membri, che disciplina il potere o dovere, a seconda dei casi, del giudice di sospendere la controversia dinnanzi a sé ove la "medesima causa" – che richiederebbe a rigore una coincidenza tanto soggettiva, quanto di *petitum* e di *causa petendi*[41] – o causa connessa penda davanti ad un altro giudice dell'Unione: la sospensione viene intesa dalla giurisprudenza sovranazionale in modo duttile, adattabile alle esigenze ritenute prevalenti.[42]

Da canto le ragioni pratiche e le esigenze di uniformità, però, la pretesa necessità di sospendere declamata dall'Arbitro in realtà non trova alcun fondamento giustificativo, né giuridico né logico. E ciò perché la Cassazione non postula alcuna applicazione estensiva o analogica dell'art. 7, per cui non vi sarebbe comunque alcuna statuizione idonea ad essere considerata "definitivamente accertata" e anzi, sancisce proprio la pre-

---

[40] P. 7 della decisione del Collegio di Coord n. 2460., 14 marzo 2023.

[41] Coincidenza soggettiva sempre più fumosa come dimostra una recente decisione di sospendere il processo italiano pendente fra più parti di cui solo alcune, e solo per alcune delle domande, erano parti di una controversia pendente all'estero, del Tribunale di Torino, sez. II civ., ord. 12 aprile 2023, con nota di P. MAZZA, *Pregiudizialità-dipendenza e continenza secondo l'art. 7, comma 3°, l. n. 218/1995*, in *Riv. dir. proc*., 4, 2023, 1691 ss. Diversamente in altre occasioni, i giudici nazionali, ritenendo prevalenti altre esigenze, si sono dimostrati più rigidi: cfr. Tribunale Milano Sez. spec. in materia di imprese, 4 giugno 2013, in *Danno e resp.,* 3, 2014, 310 ss., con nota di V. MOSCA, *Recenti sviluppi nelle azioni civili antitrust stand-alone: il caso Viaggiare c. Ryanair* in cui il giudice ha rigettato l'eccezione del vettore aereo di sospensione per litispendenza internazionale attesoché "seppur aventi *petita* e *causae petendi* simili al procedimento italiano, non si svolgevano tra le stesse parti", coinvolgendo diversi soggetto di diritto, ancorché del medesimo gruppo societario.

[42] Nelle ipotesi considerate dal Regolamento, le cause sono ritenute connesse qualora presentino un collegamento così stretto da rendere opportuna un'unica trattazione e decisione per evitare il rischio di giungere a decisioni incompatibili derivante da una trattazione separata. Per la duttilità della nozione di litispendenza, *ex* art. 7 l. 218/1995 – propria anche del diritto internazionale, cfr. A. MILLS, *The Identities of Private International Law: lessons from the U.S. and EU revolutions*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2013, 23, 445-475, spec. 472 – non sovrapponibile quanto a presupposti alla disciplina municipale *ex* art. 39 c.p.c., v. A. DI BLASE, voce *Litispendenza internazionale*, in *Enc. giur*., Agg., XIX, Roma, 1995, 2 ss.; ID., *Art. 7*, in *NLCC,* 1996, 950; R. LUZZATTO, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995 n. 218. Commentario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, 946; nella giurisprudenza euro-unitaria, cfr. C. Giust. CE, 8 dicembre 1987, C-144/86, e C. Giust. CE, 6 dicembre 1994, C-406/92, in *Giur. it*. 1995, I, 1, cc. 929 ss., con nota di A. PESCE, *Materie speciali, litispendenza e connessione di causa nella interpretazione della Corte di giustizia della CE*; e nazionale, Cass., 21 agosto 2018, n. 20841, in *Giur. it*. 2019, 830 ss., con nota di C. SCALVINI, *Litispendenza comunitaria: nozione di* lis alibi pendens *e di identità di cause*; in *Danno e resp*. 2019, 537 ss., con nota di P. MERLI, *Tempo di forum shopping? La Cassazione "sconta" il danno risarcibile dall'identità oggettiva delle cause litispendenti.*



senza, ancorché solo *quoad effectum*, di una presunzione legale che in quanto relativa ammette prova contraria, in quel caso della non vessatorietà delle clausole nel singolo contratto; nel caso all'attenzione dell'Arbitro, invece, della conformità della pratica alla diligenza professionale e della sua non idoneità a falsare il comportamento economico del cliente/ricorrente.

Ed infatti sono altri gli strumenti che l'ordinamento predispone per garantire le pur sempre meritevoli ragioni di uniformità e non contraddizione, di matrice giurisprudenziale, a partire dal raccordo tramite la prova privilegiata, e anche legislativa: in più d'una occasione la legge infatti disciplina la sospensione facoltativa del procedimento davanti ad un giudice allorché questi ritenga ciò conveniente od opportuno nell'attesa della definizione di un'altra questione che vede margini di interferenza o sovrapposizione con la materia oggetto della propria cognizione.

Proprio prendendo le mosse dalle diverse finalità cui rispondono i due binari dell'*antitrust enforcement*, la legge, in altre sedi, attribuisce al giudice civile la *facoltà*, e non anche l'obbligo, di sospendere il procedimento giurisdizionale instaurato sia tramite l'azione rappresentativa di nuova introduzione nel Codice del consumo,[43] artt. 140-ter ss., e segnatamente l'art. 140-septies, comma 7, sia con l'azione di classe inserita nell'art. 840-bis ss. c.p.c., che ha generalizzato il raggio d'azione sostituendo la previgente disciplina di cui all'art. 140-bis cod. cons.: l'art. 840-ter, al terzo comma, consente al giudice di sospendere il giudizio collettivo dinnanzi a sé quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere sia in corso un'istruttoria davanti ad un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo, con espressa salvezza delle disposizioni del D.Lgs. n. 3/2017.

Peraltro, in senso contrario alla sospensione necessaria, pare invalicabile[44] l'argomento sistematico e letterale dello stesso D.Lgs. n. 3/2017 che, pur prevedendo all'art. 7 un meccanismo che senza dubbio è dato accostare almeno descrittivamente alla questione pregiudiziale, nella stessa sede l'art. 4, comma 8, costituente *lex specialis*, esclude la sospensione necessaria delle controversie *stand alone* in favore di una prudenziale sospensione discrezionalmente rimessa al giudice.

All'evidenza, dunque, la sospensione configurata dal legislatore quale raccordo processuale fra il *public enforcement* e il *private enforcement* è soltanto facoltativa, in quanto rispondente ad esigenze di opportunità e uniformità logica dell'ordinamento oltreché di agevolazione e strategia probatoria, ma non di stretta necessarietà.[45]

Stando così le cose, allora, neanche la scelta di sospendere (*rectius*, dichiarare l'inammissibilità) si mostra coerente con le regole del rito: le contraddizioni insite nella decisione del Collegio di Coordinamento impongono una scelta ermeneutica di fondo tra l'ammettere la vincolatività dell'accertamento amministrativo con-

---

[43] In argomento v., per tutti, G. De Cristofaro, *Le «azioni rappresentative» di cui agli artt. 140– ter ss. c.cons.: ambito di applicazione, legittimazione ad agire e rapporti con la disciplina generale delle azioni di classe di cui agli artt. 840– bis ss. c.p.c.,* in *NLCC*, 1, 2024, 1 ss.; E. Camilleri*, L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto, ibid.*, 2.

[44] Così argomenta A.A. Romano, *L'attuazione delle regole di concorrenza, op. cit.*, spec. 682.

[45] Ciò appare del resto coerente anche con il funzionamento del generale dispositivo previsto dal Codice di rito che, all'art. 337, ammette la sospensione facoltativamente disposta dal giudice allorché l'autorità di una sentenza sia invocata in un diverso processo, questo può essere sospeso, se tale sentenza è impugnata; *mutatis mutandis* per quanto oggetto di disamina, l'autorità dell'accertamento dell'AGCM – autorità che l'Arbitro, ma non la Cassazione, fa derivare dall'applicazione dell'art. 7 cit. – può giustificare una sospensione, ma pur sempre discrezionale. La dottrina aveva già proposto un inquadramento della questione nell'alveo della sospensione facoltativa del giudizio di danno in seguito alla proposizione del gravame contro la decisione sanzionatoria della Commissione europea, M. Negri, *Procedimenti paralleli in materia antitrust: (ir)ragionevoli corollari processuali del vincolo dei giudici nazionali alle decisioni della Commissione CE*, in *Int'l Lis*, n. 3-4, 1° novembre 2009, 133; Id., *L'efficacia delle decisioni, op. cit.*, spec. 512.

ISSN 2421-2563



tenuto in una decisione definitiva in una materia diversa dal perimetro operativo dell'art. 7, che consente di ritenere provato il *factum probandum* e per questa via giustificare la sospensione, sebbene permangano frizioni con la pretesa necessarietà della stessa, in realtà assente; ovvero, maggiormente in aderenza con il dato positivo, in mancanza tanto di decisione definitiva quanto a rigore di ogni pregiudizialità, non potendo ritenersi operante il meccanismo dell'art. 295 c.p.c., il Collegio di Coordinamento avrebbe dovuto decidere nel merito la tanto dibattuta e ancora irrisolta questione della configurabilità di doveri informativi in itinere e personalizzati.

2.4. – Il Collegio torinese infine, mutuata la *ratio decidendi* del Collegio di coordinamento, dimostra di cadere nel medesimo equivoco di fondo quanto ai presupposti argomentativi e alla decisione da assumere, optando acriticamente per l'inammissibilità del ricorso.

Dopo aver riproposto la particolare rilevanza probatoria degli accertamenti dell'Agcm, salvo però estenderne il *dictum* anche nella materia *de qua* oltre che nel settore degli illeciti antitrust, ed avere esplicitato senza lasciare ulteriore margine di interpretazione che «il valore probatorio delle decisioni dell'Autorità nei giudizi civili di risarcimento del danno è regolato dall'art. 7, co. 1, D.Lgs. n. 3/2017» decide nel senso della inammissibilità, salvo riproponibilità.

Così, pur non facendo diretta applicazione dell'art. 295 c.p.c., forse consapevole dei limiti giuridici del richiamo, [46] sostanzialmente mette capo al medesimo risultato. Dà in altri termini per sussistente una pregiudizialità che invece tecnicamente non sussiste, in quanto è bensì la definitività del provvedimento di accertamento amministrativo a spiegare effetti probatori sul piano del giudizio civile o di quello ADR, ma non anche la sua carenza. Non sussistono, in altri termini, i margini per la sospensione necessaria di cui all'art. 295 c.p.c. dovendosi piuttosto trattare la domanda alla stregua di una *stand alone action* seppur con le conseguenze del caso in punto di prove e decisioni susseguenti. [47]

Ma il Collegio di Torino va ancora oltre, ritagliandosi uno spazio di manovra ulteriore per decidere eventualmente in contrasto con quanto definitivamente statuito dal Giudice amministrativo, innescando un vero e proprio cortocircuito. Infatti, ammette in chiusura che quand'anche la decisione dell'Autorità divenisse definitiva, ciononostante potrebbe non derivarne alcun vincolo per l'Arbitro, affermando che – attesa la diversa natura del giudizio – resta da definire *entro quali limiti e in che misura possa dirsi vincolata l'autonomia di giudizio,* vertendosi in materie non ricomprese nell'art. 7, [48] quasi a voler far rientrare l'errore in cui è caduto il Coordinamento.

---

[46] Cfr. in senso critico F. RUSSO, *Tra AGCM e ABF il Collegio Coordinamento sceglie il* non liquet, in *Riv. dir. banc*., II, 2023, 1-22, spec. 19-20, in cui sottolinea l'impossibilità di assimilare i provvedimenti nelle materie *ex* art. 7, per cui è prevista l'efficacia (secondo la tesi prevalente) *pro iudicato*, ai provvedimenti in materia di clausole vessatorie cui, diversamente, si riconosce solo efficacia probatoria: attendere l'inoppugnabilità ha senso solo dal punto di vista strategico dell'agevolazione dell'onere, non anche come misura necessaria per evitare contrasti interni all'ordinamento giuridico.

[47] Al giudice ordinario sarebbe stato precluso un simile argomentare in quanto, diversamente dal funzionamento DELL'ADR ispirato all'autodisciplina, ove si fosse rifiutato di decidere una controversia per ragioni non vincolanti e di mera opportunità sarebbe incorso in responsabilità per diniego di giustizia *ex* art. 2, l. 117/1988.

[48] A 6, in chiusura della dec. 6541/2023 del Collegio di Torino: "*Dal punto di vista, tuttavia, della qualificazione e dell'interpretazione resta da definire – attesa la diversa natura del giudizio – entro quali limiti e in che misura possa dirsi vincolata l'autonomia del giudizio che si svolge in una qualunque altra sede di carattere giurisdizionale, o anche dinanzi a questo Arbitro, rispetto all'accertamento svolto dall'Autorità e alle conclusioni in tale circostanza raggiunte dalla stessa in materia di clausole vessatorie o, come nella specie, di scorrettezza delle pratiche commerciali*."



Questo il cortocircuito: dapprima in applicazione (pretesa) dell'art. 7, il provvedimento definitivo vincola il giudizio dinnanzi all'Arbitro, e lo vincola a tal punto da rendere financo necessario il ricorso alla sospensione *ex* art. 295 c.p.c. in attesa della definitività del medesimo; di seguito, però, ammette la sussistenza di margini di interpretazione anche in contrasto con l'accertamento dell'Agcm riconoscendo, non proprio fra le righe, la possibilità di un disallineamento rispetto all'accertamento amministrativo attesa appunto "la diversa natura" di questo dal giudizio civile o stragiudiziale di danno.

Pur apprezzabile il pragmatismo di addivenire a decisioni improntate a uniformità logica, l'argomentare dell'Arbitro si presta ad un bivio interpretativo in cui in realtà nessuna strada va del tutto esente da criticità.

Secondo una prima ricostruzione volta a ricondurre la decisione a coerenza, per quanto il dato testuale lo consenta, l'inciso può leggersi quale volontà di rimarcare l'alterità fra il vincolo che scaturisce dall'art. 7 e l'efficacia meramente presuntiva, di presunzione legale relativa appunto, dell'accertamento dell'Autorità.

Tuttavia, accogliendo questa interpretazione in cui si manifesta una invero corretta presa di distanze dalla vincolatività *ex* art. 7, non si comprende però perché quella stessa norma venga richiamata: l'unica spiegazione potrebbe desumersi dalla volontà di giustificare, con evidenti forzature, la sospensione *ex* art. 295 c.p.c., pur non potendo ritenersi necessaria, ma soltanto opportuna giacché ispirata alla pragmatica volontà di assicurare coerenza fra i diversi plessi ordinamentali.

È possibile però addivenire ad una lettura alternativa della decisione, per così dire "in malam partem", scorgendo nell'inciso finale – che di fatto nega la vincolatività per l'Arbitro tanto della decisione amministrativa quanto dell'esito del vaglio giurisdizionale – la volontà di degradare l'accertamento dell'Autorità ad una prova semplice, senza alcun rilievo particolare, stante proprio la separatezza dei binari, per natura e finalità. [49]

Una simile soluzione però vanifica sia la premessa, di perseguimento della coerenza fra *public* e *private enforcement* cui tende la primigenia elaborazione del congegno della prova privilegiata e la sua costante tensione espansiva, sia la stessa decisione di sospendere nell'attesa della definitività, per "esigenze di uniformità". La dequotazione a prova semplice, prova fra le prove liberamente valutabile dal giudice *ex* art. 116 c.p.c., si presterebbe infatti ad una eccessiva instabilità e potenziale eterogeneità nel decisionismo dei giudici in materie *lato sensu* afferenti al diritto della concorrenza, frustrando in ultima istanza le esigenze di deterrenza nei confronti delle scorrettezze delle imprese; alle stesse obiezioni del resto si esporrebbe l'opzione ermeneutica della presunzione *hominis,* che rimette al giudice ampia discrezionalità nella individuazione del *factum probans*. [50]

Ed ancora, a voler ritenere l'accertamento amministrativo alla stregua di una semplice prova o presunzione *hominis*, che non vincola il giudice, ancor più incomprensibile appare la scelta della inammissibilità quale rimodulazione della sospensione necessaria *ex* art. 295 c.p.c. della quale, si è visto, mancherebbero i presupposti.

---

[49] Soluzione invero non unanimemente avversata in dottrina: A.A. ROMANO, *L'attuazione delle regole di concorrenza, op. cit.*, spec. 698-706 ritiene al contrario che l'opzione della prova valutabile insieme ad altre prove, adottata dal legislatore limitatamente alla efficacia delle decisioni di autorità antimonopolistiche straniere (art. 7 cit., al comma secondo), possa piuttosto rappresentare la soluzione che assopisce le più incisive critiche al *binding effect*, restituendo al giudice la propria autonomia costituzionalmente garantita.

[50] Tanto più considerando la sindacabilità in sede di legittimità del governo che il giudice abbia fatto dei requisiti normativi di gravità, precisione e concordanza, costituenti le linee di demarcazione *ex* art. 2729 delle presunzioni semplici: cfr. A. D'ANGELO, *Il controllo della Cassazione sui requisiti delle presunzioni semplici*, in *Foro it.,* 1973, I, 149 ss.; W. BIGIAVI, *Il controllo di logicità da parte della Corte di cassazione*, in *Foro it*., 1940, IV, 33 ss.

ISSN 2421-2563



Pertanto, delle due, l'una: o il giudice/Arbitro è vincolato all'accertamento definitivo dell'Agcm, ovvero non lo è. Nel primo senso, sarebbe in contrasto con la logica aristotelica l'argomentare conclusivo dell'ABF che, prima vincolatosi, lascia spazio a decisioni confliggenti; nel secondo caso, potrebbero recuperarsi margini di coerenza ritenendo che, benché non di vincolo si tratti, un certo valore probatorio – di presunzione legale scaturente da valutazioni di sistema – debba comunque ammettersi, rendendo di conseguenza meramente opportuna la sospensione (inammissibilità con riproponibilità) in attesa della stabilità dell'accertamento del Garante.

In conclusione, l'incongruenza insita nella decisione dell'Arbitro che, nel solco del Coordinamento, si astiene dal prendere qualsivoglia posizione sul merito della sussistenza, o meno, dei tanto discussi doveri informativi in itinere ed individualizzati, appare ancor meno giustificabile prendendo le mosse proprio dalla funzione assolta dall'ABF – ferma la sua dibattuta natura – di organo altamente specializzato posto a presidio della risoluzione stragiudiziale delle controversie insorgenti fra gli intermediari del credito e i privati, con sfumature secondo qualche dottrina quasi regolatorie,[51] volto al perseguimento di finalità pubbliche afferenti alla vigilanza bancaria, tramite l'effetto persuasivo e di deterrenza che fa leva sul valore anche di sanzione reputazionale delle decisioni onde indirizzare in chiave conformativa, e non solo reattiva, l'attività degli intermediari del settore. Ispirandosi il suo funzionamento a questi obiettivi, è oltremodo criticabile il dissimulato *non liquet* dell'Arbitro bancario e finanziario.

[51] P. SIRENA, *I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario, in NGCC*, 2018, II, 1370 ss. (e cfr. anche ID., *Il ruolo dell'Arbitro*

Bancario Finanziario nella regolazione del mercato creditizio, in *Oss. dir. civ. e comm*., 2017, 3 ss.) spec. 1372, attribuisce all'Arbitro una funzione che va ben oltre il mero ausilio alla giurisdizione civile in chiave deflativa, non potendo costui sostituirsi al giudice per ovvie ragioni di ordine costituzionale, non assicurando peraltro il medesimo standard di garanzie della *rule of law.* L'organismo tuttavia permette di veicolare e indirizzare le condotte degli intermediari nel settore bancario (come l'ACF nel settore vigilato dalla CONSOB) con sanzioni dal forte impatto reputazionale, anche tramite la raccolta di un elevato numero di reclami che, intercettando le preferenze dei privati per celerità e costi, consente una maggior raccolta di informazioni al Regolatore, oltre alla erogazione di sanzioni che ingenerano meccanismi di deterrenza e di incentivo a condotte virtuose. A tale stregua si è parlato del consumatore quale attore partecipe nella regolazione: WAGNER, *Private Law Enforcement Through ADR: Wonder drug or snake oil?,* in *Common Market L.R*., vol. 51, 2014, 165 ss.; HODGES, *The Consumer as Co-Regulator*, in *The Images of the Consumer in EU Law. Legislation, Free Movement and Competition Law*, ed. Leczykiewicz and Weatherhill, Oxford-Portland, 2016, 245 ss. V. inoltre per il valore delle decisioni dell'Arbitro, G. GUIZZI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Società*, 2011, 1221; D. DALFINO, *L'Abf e i principi del processo civile: contestazione, "contumacia", onere della prova,* in *Il Processo*, I, 2019, 27 ss.

JUS CIVILE



LUCA STRAZZERA

Dottorando – Università degli Studi di Cagliari

VEICOLI AUTONOMI E RESPONSABILITÀ CIVILE: UNA PROSPETTIVA FUNZIONALE, INTENZIONALE E CIBERNETICA

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. Sistemi di sicurezza attiva e ruolo del conducente. – 3. Sistemi di guida semiautomatizzata. – 4. Sistemi di guida automatizzata –* Automated driving systems *(ADS). – 5. La normativa in tema di veicoli a guida automatizzata e semiautomatizzata. – 6. L'individuazione del conducente del veicolo dotato di sistemi di guida automatica. – 6.1. – Segue: il Sistema di guida come mero strumento secondo una prospettiva "causalista". – 6.2. Segue: il software come (co)conducente del veicolo; la prospettiva funzionale, intenzionale e cibernetica. – 7. La responsabilità per i danni cagionati dal veicolo a guida automatica secondo la prospettiva funzionale. – 7.1. La responsabilità del proprietario del veicolo. – 7.2. La responsabilità del produttore e del manutentore del sistema automatico di guida. – 7.3. La responsabilità del (co-)conducente umano e dell'utilizzatore del veicolo. – 7.4. La responsabilità della "*smart road*": cenni. – 8. Scelte etiche dei software e responsabilità giuridica. – 9. La tutela dei danneggiati, l'*accountability *e la ripartizione "interna" della responsabilità. – 10. Conclusioni.*

1. – L'evoluzione costante nella tecnologia automobilistica – come è noto – è oramai giunta a sviluppare sistemi di supporto alla guida sempre più incisivi, fino al punto di condurre in totale autonomia un veicolo. I vantaggi di tale progresso sono diffusamente preconizzati dalle istituzioni e dalla letteratura specializzata [1]: si prevede una drastica riduzione nel numero complessivo di incidenti, i quali sono, nella maggior parte dei casi, frutto di errori, distrazioni, imperizia (o finanche deliberata assunzione del rischio o dolo) da parte dei conducenti umani. Pur essendo vero che, al contempo, l'introduzione di sistemi di guida automatici possa comportare la creazione di nuovi rischi, legati alle caratteristiche intrinseche dei software, quali malfunzionamenti, attacchi hacker o limiti di programmazione, l'innovazione tecnologica farà sì che il bilancio complessivo dei sinistri stradali vada progressivamente a ridursi, con enormi vantaggi sociali ed economici [2]. Non irrilevanti, inoltre, sono i possibili effetti positivi relativi alla sostenibilità ambientale dei trasporti [3], all'ac-

[1] Per un'analisi approfondita sull'evoluzione storico-sociale dell'automobile e sugli effetti presenti e futuri delle nuove tecnologie si veda, in particolare, l'opera di G. CALABRESI, E. AL MUREDEN, *Driverless Cars: Intelligenza artificiale e futuro della mobilità*, Bologna, 2021.

[2] V. COMMISSIONE EUROPEA, *Verso la mobilità automatizzata: una strategia dell'UE per la mobilità del futuro*, COM(2018) 283 final, in cui si dedica ampio spazio alle prospettive di sviluppo, sotto molteplici aspetti, legate alla diffusione di veicoli automatizzati. In dottrina v. M.C. GAETA, *Automazione e responsabilità civile automobilistica*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 5, 2016, 1718 ss.

[3] M. BADAGLIACCA, *L'evoluzione della politica europea dei trasporti nell'ottica dello sviluppo sotenibile e dell'integrazione dei trasporti*, in *Giureta*, 2013, 165 ss., F. PELLEGRINO, *Sviluppo sostenibile dei trasporti marittimi comunitari*, Milano, 2010. Da non escludere, in tal senso, una possibile rilevanza anche del principio di sostenibilità ambientale (oggi fornito di copertura costituzionale) con riferimento alla diffusione di tecnologie che possano avere un impatto ambientale positivo.

ISSN 2421-2563



cessibilità a nuove forme di mobilità anche per soggetti affetti da patologie e disabilità [4], oltre allo sviluppo a forme di mobilità condivisa e pubblica che consentano una maggiore inclusione anche per le fasce più povere della popolazione. Non se, dunque, ma come e quando le forme più avanzate di conduzione automatica dei veicoli si diffonderanno è la domanda da porsi oggi, e il giurista è già chiamato a ragionare sui profili giuridici rilevanti in considerazione di questa evoluzione, tra cui spicca la responsabilità civile, ambito della quale intende occuparsi la presente riflessione [5].

Al fine di analizzare al meglio il fenomeno dei veicoli a conduzione automatica, è utile innanzitutto individuare i diversi livelli di automazione, ricavabili in funzione delle tipologie di sistemi che possono intervenire nella guida, la cui relazione con l'utilizzatore umano del veicolo è suscettibile di assumere, come si vedrà, una differente e progressiva rilevanza giuridica. Grande riscontro, in tal senso, ha avuto la classificazione operata dalla *Society of Automotive Engineers International* (SAE *International*), la quale ha individuato sei livelli di automazione, da 0 a 5: la guida senza automatizzazione (liv. 0), la guida assistita (liv. 1), la guida parzialmente automatizzata (liv. 2), la guida automatizzata condizionata (liv. 3), la guida altamente automatizzata (liv. 4) e, infine, la guida pienamente automatizzata (liv. 5) [6].

Questa classificazione (che verrà più ampiamente esaminata *infra*) consente non solo di studiare le tecnologie in questione, onde comprendere con maggiore chiarezza il fenomeno della automazione nella conduzione dei veicoli, ma permette altresì di procedere a un'analisi giuridica basata sul rapporto tra l'umano (conducente, utilizzatore o produttore) e la macchina [7]. In questo modo, a ciascuna tipologia di intervento tecnologico sulla guida sarà possibile riconoscere una distinta rilevanza giuridica, cui ricollegare precise conseguenze sul piano della responsabilità civile [8]. Nel prosieguo, pertanto, si procederà all'esame graduale e crescente del livello di automazione automobilistica, valutandone di volta in volta il significato giuridico.

2. – I veicoli moderni sono già oggi dotati di numerosi software che incidono sulla guida, al fine di incrementarne la sicurezza e migliorare l'efficienza dell'azione del conducente sul veicolo, così potenziando il controllo da costui esercitato [9]. Osservando tali sistemi, sembra possibile distinguere (pur senza pretese di rigore tecnico) due tipologie: la prima ricomprenderebbe quegli strumenti di segnalazione, avviso e allerta, fi-

[4] S. VANTIN, *Automobili a guida autonoma: un'inedita opportunità per le persone con disabilità fisiche?* In S. SCAGLIARINI, Smart roads *e* driverless cars: *tra diritto, tecnologie, etica pubblica*, Torino, 2019, 55 ss.

[5] F.P. PATTI, *The European road to autonomous veichles, in Fordham International Law Journal*, 43, 125 ss., riassume i tre principali nodi relativi alla responsabilità civile derivante dall'impiego di automobili a guida automatizzata: individuare chi debba farsi carico del rischio dei danni, stabilire le modalità di regolazione della responsabilità civile e individuare gli interessi da proteggere.

[6] Vedasi il documento SAE INTERNATIONAL, *Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles*, Warrendale, 2021 (la prima versione risale al 2014), disponibile gratuitamente al sito www.sae.org. La classificazione in esame è stata ripresa anche da molteplici organismi istituzionali, tra cui l'HNTSA (National Highway Traffic Safety Administration, U.S.A.), dall'*European Road Transport Research Advisory Council* (ERTRAC), organismo riconosciuto dalla Commissione Europea (v. il documento *Automated Driving Roadmap* (2015), disponibile al sito www.ertrac.org), nonché da quest'ultima: v. COMMISSIONE EUROPEA, *Verso la mobilità automatizzata,* cit., *passim*. A seguire nel corso del paragrafo, le informazioni di natura tecnica saranno ricavate dal sopra citato documento di SAE International.

[7] Come si vedrà, il rapporto uomo-macchina e la rispettiva ripartizione dei compiti rappresenta uno dei fili rossi della tematica in esame.

[8] Sul piano metodologico sembra dunque opportuno (se non necessario) conoscere in modo chiaro le tecnologie di cui si tratta, poiché ciò diviene propedeutico alla ricostruzione della rilevanza giuridica di determinate loro caratteristiche: v., in tal senso, anche S. PELLEGATTA, *Automazione nel settore* automotive: *profili di responsabilità civile*, in *Contratto e Impresa*, 2019 4, 1418 ss.

[9] Per una panoramica sintetica sui sistemi di assistenza alla guida v. S. PELLEGATTA, *ibid.*



nalizzati a mettere il conducente nella condizione di possedere una cognizione la più ampia possibile della strada e dei possibili ostacoli, nonché a mantenerne attiva la concentrazione durante la guida. In tal senso opererebbero i sistemi quali i sensori di parcheggio (*park distance control* – PDC), gli allarmi di fuoriuscita dalla corsia stradale (*lane departure warning* – LDW) o di potenziale collisione (*front collision warning* – FCW), il rilevamento di pedoni, l'*alcolock* (ossia il sistema che non consente di avviare il motore qualora rilevi un tasso alcolemico superiore alla norma), il *cruise control* (limitato al mantenimento di una velocità fissa, eliminando la necessità di un intervento costante sull'acceleratore), i sensori di rilevamento degli angoli ciechi e di potenziali ostacoli (*lane keeping assistance* – LKA), i sistemi di controllo intelligente dei fari e, infine, gli avvisi anti-sonnolenza e anti-distrazioni (*Driver Monitor System*) e di riconoscimento della segnaletica stradale (*Traffic Sign Recognition*).

In una seconda tipologia, invece, si potrebbe inserire quegli strumenti che intervengono sui comandi del veicolo. A loro volta, essi potrebbero essere distinti in due sottospecie: una prima, ricomprendente i sistemi finalizzati ad agevolare l'esercizio manuale dei comandi e aumentare così il comfort e l'efficacia dei gesti di guida, come il servosterzo, il sistema di ausilio alla partenza in salita ("*hill holder*"), il servofreno e il cambio automatico; una seconda, invece, formata da quei meccanismi volti a impedire il verificarsi di incidenti o di condizioni critiche, le quali cagionino una perdita del controllo sulla stabilità e sull'andatura del veicolo (quali slittamenti e rollii). In tal senso opererebbero il sistema di frenata di emergenza automatica (*automatic emergency breaking* – AEB), che si attiva in caso di rilevata collisione imminente, e il controllo elettronico di stabilità (ESP – *Electronic Stability Program*, ossia) [10], che costituisce a sua volta l'evoluzione e l'integrazione dei sistemi di controllo della trazione (TCS – *Traction Control System*) e di antibloccaggio dei freni (ABS – *Anti-Lock Braking System*).

Dato l'effetto positivo sulla sicurezza e sul comfort di guida, spesso si parla, a proposito degli strumenti sopra descritti, di "sistemi avanzati di assistenza alla guida" ("*Advanced Driving Assistance System"* – ADAS) o, più semplicemente, di "guida assistita" [11]. Alcuni di essi sono stati resi obbligatori per le automobili di nuova omologazione, prima, e di nuova immatricolazione, poi, spesso mediante normative di matrice comunitaria [12].

Tutti questi strumenti concorrono a determinare una certa automatizzazione della conduzione dei veicoli e, soprattutto, consentono un notevole incremento della sicurezza attiva, in quanto intervengono nella fase della prevenzione degli incidenti. In ciò essi si distinguono dai sistemi di sicurezza meramente passivi, come gli airbag, le cinture di sicurezza e la carrozzeria a deformazione controllata, che riducono gli effetti dannosi dei sinistri (ma, appunto, non li prevengono).

---

[10] Il sistema ESP è stato introdotto obbligatoriamente per tutti i veicoli di nuova omologazione dal 2011 e per quelli di nuova immatricolazione dal 2014 dal Regolamento CE/661/2009.

[11] Tale terminologia, tuttavia, secondo la SAE International peccherebbe di eccessiva ampiezza e imprecisione, potendosi riferire sia a certi sistemi di livello 0 che ad altri di livello 1 di automazione (come l'*active cruise control*, di cui si dirà *infra*), quindi non avrebbe un'effettiva valenza tecnica: v. SAE INTERNATIONAL, *Taxonomy and Definitions,* cit., 31.

[12] Il sistema ESP è stato introdotto obbligatoriamente per tutti i veicoli di nuova omologazione dal 2011 e per quelli di nuova immatricolazione dal 2014 dal Regolamento CE/661/2009. In seguito, il Regolamento UE/2019/2144 ha introdotto, per i veicoli immatricolati dal 7 luglio 2022, l'assistenza intelligente sulla velocità, il controllo sugli ostacoli in retromarcia mediante videocamera o sensori, i segnali di allerta in caso di distrazione o stanchezza del conducente, i sistemi di registrazione dei dati sulla guida e sui sinistri, i dispositivi di cybersicurezza, i segnali di frenata d'emergenza, la frenata d'emergenza automatica, l'assistenza per il mantenimento della corsia e, per i veicoli pesanti, i rilevatori di ostacoli e oggetti per i punti ciechi. Tra I sistemi di sicurezza passiva, poi, è stata introdotta la chiamata di emergenza automatica (eCall) per i veicoli immatricolati dal 31 marzo 2018 in poi, con Regolamento UE/758/2015. Su questi profili è possibile consultare la voce *Vehicle Safety and automated/connected vehicles* nel sito https://single-market-economy.ec.europa.eu/, tenuto dalla Commissione Europea.

ISSN 2421-2563



Tuttavia, sul piano tecnico (e, come si vedrà meglio in seguito, anche sul piano giuridico) occorre precisare che i sistemi fin qui descritti non intervengono attivamente e autonomamente sulla guida, nel senso che è lo stesso conducente umano colui che rimane pienamente al comando del veicolo e che ne stabilisce la direzione e la velocità. In buona sostanza, essi agiscono incidentalmente al solo fine di attuare comportamenti di guida decisi dall'uomo, contribuendo a mantenere un'andatura stabile del veicolo ed eventualmente correggendola parzialmente o evitando le collisioni, ma non svolgono una vera e propria funzione di conduzione del veicolo [13]. Pertanto, essi non si sostituiscono al guidatore in quelle azioni necessarie al fine di mettere in moto il veicolo e condurlo verso una determinata destinazione [14]. Sul piano tecnico si parla, a proposito, di conduzione dinamica del veicolo (DDT – *Dynamic Driving Task*), la quale si esplica nello svolgimento di quelle funzioni operative e tattiche necessarie per condurre un veicolo da un luogo iniziale a uno finale: controllo longitudinale (accelerare e decelerare), laterale (sterzare), osservazione e studio della carreggiata al fine di pianificare le manovre di evitamento, effettuazione delle stesse.

Infine, SAE International evidenzia come l'intervento degli strumenti appena descritti si caratterizzi per essere puramente momentaneo, e quindi ciò non consenta di ridimensionare il ruolo del conducente umano nella guida dinamica del veicolo.

Per queste ragioni, i tecnici classificano i software fin qui descritti come "sistemi attivi di sicurezza" (*active safety systems* – ASS) [15], non rientranti nel novero degli strumenti di guida automatica. Essi, pur svolgendo funzioni automatizzate connesse alla guida, non effettuano in automatico la conduzione dinamica continuativa del veicolo (che resta esclusivamente affidata al conducente umano), limitandosi a svolgere mere funzioni ausiliari di sicurezza [16]. Conseguentemente, i veicoli dotati di tali sistemi rientrerebbero ancora in un livello di automazione zero ("*no driving automation*" o "*driver only*"), nei quali il rapporto uomo-macchina ("*human-machine interface*") rimane nettamente incentrato sul ruolo attivo e costante del conducente umano [17].

Traslando le osservazioni appena svolte dal piano tecnico a quello giuridico, il mantenimento del controllo dinamico del veicolo in capo al conducente umano sembra giustificare una sostanziale continuità nel regime applicabile. Detto in altri termini, non emergerebbero profili di particolare novità e rilevanza con riferimento a queste tecnologie sul piano della fattispecie giuridica, che possano portare a nuove considerazioni

---

[13] Appare efficace l'espressione usata da S. PELLEGATTA, *Automazione nel settore* automotive, cit., 1418 ss., che si riporta per una maggiore chiarezza: "(I sistemi di guida assistita, ndr.) *agevolano il controllo (manuale) del veicolo da parte del conducente, senza però avere la pretesa di sostituirsi ad esso. Tali sistemi infatti non assumono il controllo del veicolo, ma si limitano ad assistere la persona che in quel momento è alla guida della macchina*".

[14] Si veda, in tal senso, la definizione di "veicolo a guida automatica" contenuta nel d.m. 28/02/2018 del MIT, all'art. 1, lett. f), dove si evidenzia come: "(…) *Non è considerato veicolo a guida automatica un veicolo omologato per la circolazione sulle strade pubbliche italiane secondo le regole vigenti e dotato di uno o più sistemi di assistenza alla guida, che vengono attivati da un guidatore al solo scopo di attuare comportamenti di guida da egli stesso decisi e che comunque necessitano di una continua partecipazione attiva da parte del conducente alla attività di guida*".

[15] SAE INTERNATIONAL, *Taxonomy and definitions*, cit., 6: "*Active safety systems are vehicle systems that sense and monitor conditions inside and outside the vehicle for the purpose of identifying perceived present and potential dangers to the vehicle, occupants, and/or other road users, and automatically intervene to help avoid or mitigate potential collisions via various methods, including alerts to the driver, vehicle system adjustments, and/or active control of the vehicle subsystems (brakes, throttle, suspension, etc.)*".

[16] SAE INTERNATIONAL, *Taxonomy and definitions*, cit., 28: "*(The) driving automation system (if any) does not perform any part of the DDT on a sustained basis (although other vehicle systems may provide warnings or momentary emergency intervention)".*

[17] La descrizione dei sistemi rientranti nel livello di automazione zero è molto chiara nel documento ERTRAC, *Automated Driving Roadmap*. V. anche M.C. MARQUÈS, *Vehiculos autonomos y semiautonomos,* in AA.VV., *Inteligencia Artificial: Tecnologia y Derecho*, Valencia, 2017, 101 ss. Per una descrizione sintetica si rinvia anche a AA.VV., *ADAS: cosa sono e quali sono i più importanti*, in www.alvolante.it



di tipo interpretativo e applicativo, o finanche a far sorgere criticità nell'assetto di interessi sotteso alle norme [18].

Si segnala, comunque, come il crescente intervento dei software nell'assistenza alla guida possa generare un'espansione dell'area di responsabilità dei produttori dei veicoli e dei sistemi di sicurezza [19]: infatti, qualora tali strumentazioni si presentino difettose, ossia non garantiscano il livello di sicurezza legittimamente attendibile, e laddove tale difetto cagioni (o, più verosimilmente, concorra a cagionare) un danno, allora è ben possibile che il produttore sia chiamato a risponderne ex artt. 114 ss. cod. cons. [20]. Sembra verosimile, dunque, che la responsabilità da prodotto difettoso sia destinata ad acquisire una crescente rilevanza anche nell'ambito della r.c.a., andando ad arricchire una casistica che, finora, è rimasta molto limitata [21].

Trattasi, comunque, di profili che non appaiono caratterizzati da elementi di novità dal punto di vista qualitativo [22]: essi andrebbero semplicemente ad aumentare la probabilità (quindi, sul piano quantitativo) che certi eventi dannosi siano imputabili (anche) al produttore di una tecnologia di assistenza alla guida, senza modificare sostanzialmente il ruolo del conducente, il quale resterebbe, come si è detto, integralmente al comando del veicolo, *ergo* responsabile. Non nuoce ricordare, peraltro, come la legge preveda la responsabilità oggettiva del conducente e del proprietario del veicolo anche per i difetti di costruzione o manutenzione di esso (art. 2054, c. 4, c.c.).

3. – Considerazioni differenti, invece, varrebbero per quei sistemi capaci di intervenire sulla conduzione del veicolo, e quindi sulle funzioni di guida dinamica (DDT), sostituendo in misura crescente l'umano nel controllo attivo del veicolo in un intervallo di tempo continuativo [23]. Conseguentemente, dal momento in cui

---

[18] S. PELLEGATTA, *Automazione nel settore* automotive, cit., 1418 ss.

[19] Osserva S. PELLEGATTA, *automazione nel settore* automotive, cit., 1418 ss., che una rilevanza crescente potrebbe essere rivestita dalle azioni esperite dai conducenti, danneggiati da difetti dei sistemi di guida.

[20] Il discorso, comunque, si presta a diventare più articolato in relazione alle emergenti criticità della disciplina della responsabilità da prodotto difettoso, in particolare con riferimento al problema della prova liberatoria della non conoscibilità del difetto in base alle conoscenze scientifiche e tecniche esistenti al momento della messa in circolazione del bene (art. 118, c. 1, lett. e)): in tal senso, v. F.P. PATTI, *The European road,* cit., 137 ss. Trattandosi di una questione specificamente attinente alla ricostruzione di tale fattispecie di responsabilità, nonché alle proposte *de jure condendo* volti a eliminarne i "difetti", in questa sede ci si limita a segnalare la potenziale estensione della sua portata applicativa, rinviando a contributi più specifici in materia.

[21] F.P. PATTI, *The European road,* cit., 137 ss., in particolare, ravvisa condivisibilmente le possibili ragioni della scarsa rilevanza della responsabilità del produttore nell'ambito della r.c.a. innanzitutto nel fatto che la vittima possa già agevolmente tutelarsi domandando il risarcimento all'assicurazione del veicolo danneggiante. A quel punto, l'azione contro il produttore acquista una sua importanza nel momento in cui è l'assicurazione stessa a intraprendere un'azione in rivalsa nei suoi confronti. A seguire, si aggiunge la difficoltà nel dimostrare l'esistenza del difetto (soprattutto in un prodotto ad alta complessità tecnica) e il nesso causale tra difetto e danno.

[22] Si ritiene condivisibile, dunque, l'osservazione di RUFFOLO U., AL MUREDEN E., *Intelligenza Artificiale e diritto* – Autonomous veichles *e responsabilità nel nostro sistema ed in quello statunitense*, in *Giur. It*., 2019, 7, 1657 ss., nella parte in cui rilevano che i sistemi automatici di supporto alla guida (quali quelli appena descritti) non comportino una novità sul piano qualitativo, rispetto al panorama tecnologico e giuridico già esistente. Viceversa, come si vedrà *infra*, non sembra sostenibile quanto sostenuto dagli stessi Autori in relazione a livelli di automatizzazione superiori, i.e. quando affermano che "(…) *l'auto self-driving rappresenti un incremento quasi esclusivamente quantitativo, e non qualitativo, della automazione nella guida*". Come si vedrà subito *infra*, infatti, vi sono ragioni sia di ordine tecnico che giuridico che portano a sostenere il contrario. In senso analogo agli Autori citati si esprime C. INGRATOCI, *Autonomous veichles in smart roads: an integrated management system for road circulation*, in *Diritto dei Trasporti*, 2020, 501 ss.

[23] Coerentemente con l'impostazione tecnica di SAE International, il d.m. n. 70 del 28 febbraio 2018 del MIT (c.d. decreto "*smart road*", sul quale v. anche *infra*) definisce il "veicolo a guida automatica" come "*un veicolo dotato di tecnologie capaci di adottare e*

ISSN 2421-2563



il software è in grado di eseguire autonomamente almeno parte di tali funzioni si può iniziare a parlare, sul piano tecnico, di "*driving automation systems*", ossia di sistemi di automatizzazione della guida in senso proprio [24]. Con il progredire dei livelli di automazione, i sistemi possono svolgere automaticamente sempre più funzioni nell'ambito della DDT e in contesti di guida sempre più ampi. Questi ultimi vengono indicati con la terminologia "*operational design domain*" (ODD), e per ciascun tipo di software automatico di guida ricomprendono quelle situazioni ambientali, geografiche e strutturali (si pensi al livello di traffico, alla tipologia di strada, alla presenza di determinate infrastrutture o segnaletiche, etc.) entro le quali il sistema è in grado di operare automaticamente [25].

Al livello 1 di automazione ("*Driver Assistance*"), il sistema è in grado di eseguire un singolo compito specifico, agendo alternativamente sulla velocità o sulla direzione del veicolo (e, quindi, non su entrambe contemporaneamente), mentre il conducente umano esegue le restanti azioni di guida. Rientrano in tali ipotesi: il controllo adattivo della velocità (*adaptive cruise control* – ACC), che consente di selezionare e mantenere automaticamente una velocità di crociera del veicolo e una distanza di sicurezza (il sistema, quindi, può accelerare fino alla velocità impostata e, a differenza del *cruise control* di base, anche decelerare, frenare e fermarsi per mantenere la distanza di sicurezza), l'assistenza al mantenimento della corsia (*lane keeping assist* – LKA), che corregge la direzione del veicolo per mantenerlo all'interno della corsia stradale, e il sistema di parcheggio assistito (*park assist* – PA), che effettua le manovre di parcheggio intervenendo sul volante, mentre il conducente umano aziona l'acceleratore e il freno [26].

Incrementando l'incidenza quantitativa e qualitativa sulle funzioni di guida, si identifica un secondo livello di automazione ("*Partial Driving Automation*") in quei sistemi capaci di controllare contemporaneamente sia la velocità che la direzione del veicolo, sancendo così il passaggio a un controllo totale delle funzioni dinamiche di guida, seppure in contesti limitati. Il conducente, una volta attivato il sistema automatico, deve mantenere una vigilanza costante e attiva dell'andamento del veicolo, in quanto i limiti del software rendono necessario un potenziale intervento diretto in qualsiasi momento.

Esempi di sistemi automatici di liv. 2 sono rappresentati dal *park assistance*, il quale è in grado di effettuare la manovra di parcheggio in modo totalmente automatico, e il *traffic jam assist*, che consente di condurre automaticamente il veicolo in caso di traffico intenso a lento scorrimento. I limiti di utilizzo di tali strumenti si possono apprezzare efficacemente se si considerano i contesti specifici di utilizzo (appunto, il parcheggio del veicolo o lo scorrimento lento in colonna) e le velocità massime imposte (5 km/h per la manovra di parcheggio, 30 km/h per la conduzione in colonna).

Questi due livelli di automazione si caratterizzano per la presenza di parti delle funzioni dinamiche di guida ancora affidate al conducente umano, il quale continua perciò a essere chiamato tecnicamente "driver".

---

attuare comportamenti di guida senza l'intervento attivo del guidatore, in determinati ambiti stradali e condizioni esterne" (art. 1, lett. f)), e le "tecnologie di guida automatica" come "*le tecnologie innovative per la guida automatica basate su sensori di vario tipo, software per l'elaborazione dei dati dei sensori e l'interpretazione di situazioni nel traffico, software di apprendimento, software per assumere decisioni d guida e per la loro attuazione, componenti per l'integrazione con il veicolo tradizionale, che rientrano nell'oggetto della sperimentazione su strada di cui al presente decreto*".

[24] La terminologia relativa alla classificazione dei sistemi di automatizzazione, comunque, resta foriera di sovrapposizioni (come si vedrà anche in seguito); perciò si cercherà di specificare al meglio possibile i termini tecnici, cui si riferiscono specifiche caratteristiche delle tecnologie in questione, cercando anche di ovviare il più possibile alle difficoltà di traduzione e ai limiti della varietà lessicale disponibile.

[25] Mantenendo la metodologia già proposta in precedenza, si procederà ora a descrivere i *driving automation systems* da un punto di vista tecnico, per poi esaminare i profili giuridici, a partire dalla normativa tecnica per poi affrontare il nodo principale della trattazione, ossia la responsabilità civile.

[26] V. ERTRAC, *Automated driving*, cit., 8; M.C. MARQUÈS, *Vehiculos autonomos*, cit., 105.



Nel livello 2, in particolare, egli è comunque chiamato a prestare attenzione agli ostacoli o a quegli "eventi" che possano verificarsi sulla strada e incidere sulla regolare mobilità (si parla, in tal senso, di "*Object and event detection and response*"). La circostanza che parte della DDT resti manuale è ciò che consente, dunque, di distinguere i livelli 1 e 2, detti "semiautomatici" o di supporto al conducente ("*driver support features*"), da quelli superiori, detti ADS ("Automated Driving System"), ossia, più propriamente, sistemi automatici.

4. – A partire dal liv. 3 ("*Conditional Driving Automation*"), i sistemi di guida effettuano continuativamente tutte le funzioni di guida dinamica (DDT) in contesti progressivamente più estesi; l'ampliamento dell'ambito operativo (ODD), dunque, è ciò che caratterizza il passaggio ai successivi livelli 4 e 5. Questa caratteristica (ossia, lo svolgimento automatico dell'intera DDT) è ciò che consente di distinguere questi livelli da quelli inferiori, di guida semiautomatizzata, passando così al concetto di guida automatizzata tout court. Da questo punto in poi si parla, dunque, di *Automated driving systems* (ADS), concetto distinto da quello generale di *driving automation system*, che ricomprende anche i livelli 1 e 2.

I sistemi di liv. 3 esistenti svolgono una conduzione automatizzata sia in caso di traffico intenso, incrementando la velocità massima raggiungibile dal software a 60 km/h (*traffic jam chauffeur*), sia in autostrada, potendo raggiungere il limite standard di velocità di 130 km/h (*highway chauffeur*)[27]. In queste ipotesi, dunque, l'utilizzatore (a questo livello di automazione si parla tecnicamente di "*user*", non più di "driver") cessa di intervenire direttamente sulla guida in specifici contesti tipizzati, nei quali il software è in grado di svolgere tutte le ordinarie funzioni di guida. L'intervento umano, dunque, potrà essere richiesto dal sistema in caso di necessità, oppure si renderà doveroso in situazioni peculiari, in relazione alle quali è richiesto perciò l'esercizio di un'attenzione costante, finalizzata a subentrare al software quando il caso concreto lo richieda. In quest'ultima situazione, l'utilizzatore del veicolo dovrà immediatamente riassumere il controllo diretto del mezzo, onde proseguire nella guida o, in caso di avaria, compiere le conseguenti azioni necessarie per raggiungere una situazione di sicurezza (ad esempio, accostare al lato della carreggiata e accendere i segnali di emergenza). Si parla, in tal senso, di "DDT *fallback*" (ossia "ripiego" o "ritirata"), per identificare l'attività consistente nell'interruzione della guida dinamica da parte del software e nella conseguente riassunzione totale della guida da parte dell'umano[28]. Tale transizione al liv. 3 di automazione deve essere svolta dall'utilizzatore, il quale, una volta avvertito dal sistema o accortosi della condizione di necessità, deve immediatamente intervenire per riprendere il controllo del mezzo e condurlo in sicurezza. Proprio per tale ragione, l'utente umano viene identificato tecnicamente come "DDT *fallback-ready user*" (ossia un utente che sia pronto in qualunque momento a riprendere attivamente il controllo del veicolo per mantenerlo in sicurezza).

Incrementando l'ambito operativo (ODD), il passaggio al liv. 4 ("*High Driving Automation*") consente la conduzione automatica del veicolo potenzialmente in qualsiasi contesto: autostrade (funzione "*highway pi-*

[27] Il primo veicolo omologato dotato di sistemi di liv. 3 è prodotto da Mercedes (Classe S e EQS) e, al momento, può circolare solo in Germania in virtù della normativa interna che lo consente: v. F. PESCE, *Record Mercedes: omologato il primo sistema di guida autonoma di livello 3*, in *Repubblica.it*, Roma, 2021. disponibile su www.Repubblica.it

[28] SAE International descrive la DDT *fallback* come "*The response by the user to either perform the DDT or achieve a minimal risk condition (1) after occurrence of a DDT performance-relevant system failure(s), or (2) upone operational design domain (ODD) exit, or the response by an ADS to achieve minimal risk condiion, given the same circumstances*": v. SAE INTERNATIONAL, *Taxonomy and definitions*, cit., 10.

ISSN 2421-2563



lot"), strade ordinarie, sia urbane che periferiche ("*urban and suburban pilot*"), e, infine, le manovre di parcheggio ("*parking garage pilot*"). Rispetto al liv. 3, dunque, l'intervento umano è previsto come meramente eventuale ed eccezionale, dal momento che il sistema automatico è in grado di svolgere tutte le ordinarie funzioni di guida. L'utilizzatore del veicolo, pertanto, dovrà intervenire solo se ciò sia richiesto dal sistema o qualora si renda necessario in base al caso concreto, in particolare quando si debba condurre il veicolo in un ambito non ricompreso nel suo ODD. Perfino la sopra menzionata fase di transizione (DDT *fallback*), necessaria affinché l'utente umano riprenda il controllo del mezzo, può essere compiuta direttamente dal software di liv. 4 nel caso in cui un utente umano non intervenga: il sistema, infatti, può provvedere automaticamente a produrre una condizione minima di rischio ("*minimal risk condition*"), ossia a far sostare il veicolo in uno spazio e con modalità che riducano al minimo le possibilità di incidente [29]. Per tali ragioni, dunque, i tecnici denominano l'umano presente a bordo (e dotato di poteri di intervento sul veicolo) come mero "*passenger*". Peraltro, sul piano tecnico non è nemmeno più necessario che vi sia un umano dentro al veicolo, potendo egli trovarsi anche a dare istruzioni al software da remoto.

Rispetto ai livelli precedenti, dunque, il liv. 4 produce un potenziale cambiamento radicale nella dinamica del veicolo, dal momento che esso deve essere tecnicamente in grado di mettere in moto e far sostare il veicolo in sicurezza in qualunque caso, senza bisogno di un intervento diretto umano. Ciò fa sì che il sistema possa agire in totale autonomia all'interno del suo ambito operativo e, quindi, che sia possibile mettere in funzione il veicolo anche senza che vi sia alcun umano a bordo. Può darsi il caso, infatti, che uno o più mezzi dotati di sistemi di liv. 4 siano azionati da remoto da una "*driverless operation dispatching entity*" (i.e. un software centrale o un operatore umano), che stabilisce gli obiettivi e le destinazioni per i software di bordo [30]. Nei casi di sopravvenienze di problemi o limiti operativi che impediscano ai sistemi di effettuare il tragitto impostato, questi saranno in grado di mettere automaticamente in sosta i veicoli in condizioni di sicurezza, di modo che non siano necessari né alcun intervento improvviso sul veicolo, né, conseguentemente, alcuna forma di sorveglianza costante volta a consentire un tale intervento.

Infine, l'ultimo stadio di automazione prevede una conduzione totalmente affidata al software (liv. 5 – "*Full Driving Automation*"), dove l'intervento umano si limita alla scelta puramente discrezionale in merito alla attivazione o disattivazione del software [31]. Qualora egli scelga di condurre personalmente il veicolo rivestirà, secondo la terminologia tecnica, il ruolo di "*driver*"; al contrario, quando la conduzione sia integralmente automatizzata ed egli si trovi a bordo del veicolo, allora sarà qualificato come un mero "*passenger*". Rispetto al liv. 4, l'evoluzione riguarda sostanzialmente l'ambito operativo del sistema, il quale non incontra potenzialmente alcun limite, potendo così dispiegarsi in qualsiasi contesto urbano ed extraurbano.

---

[29] Si noti come vi possono essere sistemi di livello inferiore programmati in modo da far fermare il veicolo in caso di mancata risposta del conducente umano (ossia, di mancato compimento delle operazioni di "*fallback*"). Ciò si distingue nettamente, tuttavia, dalla capacità di condurre automaticamente il veicolo in una posizione sicura (una cosa è limitarsi a fermare il veicolo, un'altra è raggiungere una posizione di sicurezza).

[30] In questo modo è possibile azionare contemporaneamente più veicolo da remoto, privi di un conducente/sorvegliante a bordo. Si pensi a una flotta di taxi, operanti in una città dotata di infrastrutture idonee alla circolazione autonoma di veicoli di liv. 4. Senza spingersi troppo oltre, comunque, la *dispatching entity* potrebbe essere anche una persona che ordini al proprio veicolo di andare a parcheggiarsi autonomamente, per poi richiamarlo a sé al momento del bisogno.

[31] Ad ogni modo, non corrisponde alla definizione di veicolo di liv. 5 data da SAE International l'assunto, riportato da alcuni Autori, secondo cui esso non sarebbe affatto conducibile in modalità manuale, neanche potenzialmente, essendo sprovvisto di comandi manuali. In realtà, secondo SAE International è ben possibile che il passeggero umano decida di disattivare il sistema, assumendo il ruolo di "driver": v. SAE INTERNATIONAL, *Taxonomy and definitions*, cit., 29. Vero è, però, che il software potrebbe non consentire al passeggero di assumere direttamente il controllo del veicolo qualora ciò non possa avvenire in sicurezza.



5. – La circolazione dei veicoli automatizzati in Italia è oggetto di una normativa multilivello, internazionale e interna.

In ambito internazionale, l'Italia ha aderito alla Convenzione di Vienna del 1968, la quale è stata recentemente novellata proprio al fine di consentire la circolazione di veicoli dotati di sistemi di guida automatici. All'art. 8 della convenzione, infatti, si prevede che "*ogni veicolo in movimento o ogni complesso di veicoli in movimento deve avere un conducente*" (comma 1), e che questi debba "*avere costantemente il controllo del proprio veicolo*" (comma 5). La presenza di un conducente umano, dotato di un effettivo e costante controllo sul veicolo, dunque, costituisce un requisito necessario affinché esso possa circolare [32]. L'ammissibilità dei sistemi automatici di guida è stata introdotta con il nuovo comma 5-bis dell'art. 8, il quale prevede due ipotesi: innanzitutto si consente l'utilizzo di software "*conformi alle disposizioni in materia di costruzione, montaggio e utilizzo previste negli strumenti giuridici internazionali riguardanti i veicoli a ruote e gli equipaggiamenti e componenti montati e/o utilizzati sugli stessi*"; a seguire, in via generale e in assenza di specifiche disposizioni internazionali che li ammettano, sono fatti comunque salvi i sistemi che "*possono essere neutralizzati o disattivati dal conducente*". Si può ritenere, dunque, che la Convenzione di Vienna consenta in generale l'impiego di sistemi automatizzati di guida, purché disattivabili, e che preveda inoltre la possibilità che specifiche disposizioni normative internazionali individuino i requisiti di costruzione, montaggio e utilizzo di software non disattivabili da chi si trova a bordo del veicolo [33]. Inoltre, ancora più di recente [34] è stato introdotto un nuovo art. 34-bis, il quale consente a ciascun paese aderente alla Convenzione di autorizzare al proprio interno (e con effetto limitato a tale ambito) la circolazione di veicoli dotati di sistema di guida ancora non omologati a livello internazionale. La conformità alla normativa nazionale, infatti, fa sì che debba essere ritenuto "*soddisfatto il requisito della presenza di un conducente*".

Per quanto concerne l'ambito comunitario, allo stato non si è ancora giunti a adottare una normativa specifica in materia di autoveicoli a guida autonoma. L'interesse delle istituzioni comunitarie e degli Stati membri nei confronti dello sviluppo comune della ricerca e della diffusione delle nuove tecnologie si è manifestato in modo rilevante innanzitutto con la Dichiarazione di Amsterdam 2016, nella quale sono stati stabiliti gli obiettivi comuni da raggiungere per lo sviluppo di una mobilità connessa e automatizzata [35]. A seguire, vi sono state Dichiarazioni e Risoluzioni degli organi europei, cui però non ha fatto seguito l'adozione di uno specifico atto normativo in materia [36]. Per tale ragione, gli Stati membri sono intervenuti autonomamente con proprie normative di diritto interno [37].

---

[32] La natura necessariamente "umana" del conducente ai sensi della Convenzione non sembra discutibile, posto che esso deve "*possedere le qualità fisiche e psichiche necessarie ad essere in stato fisico e mentale atto a condurre*" (art. 8, c. 3), nonché "*avere le cognizioni e l'abilità necessarie per la guida del veicolo*" (art. 8, c. 4); caratteristiche, queste, che non appaiono ragionevolmente riferibili a un sistema informatico. Ad ogni modo, posto che la ratio della normativa in questione consiste nell'individuare i requisiti necessari affinché un veicolo possa circolare legalmente, non sembra che essa sia d'ostacolo alla prospettiva ermeneutica che verrà proposta infra al fine di ricostruire lo specifico profilo della responsabilità civile, mediante l'assimilazione analogica del software a un (co)conducente del veicolo.

[33] Nel senso che quest'ultima previsione dell'art. 8, c. 5-bis rappresenti una "clausola aperta" che permetterebbe alla Convenzione di adeguarsi automaticamente alle future disposizioni UNECE v. A. DI ROSA, *Il* legal framework *internazionale ed europeo*, in Smart Roads *e* driverless cars: *tra diritto, tecnologie, etica pubblica*, a cura di S. SCAGLIARINI, Torino, 2019, 65 ss. Non sembra condivisibile, peraltro, quanto sostenuto dallo stesso A. in relazione ai veicoli di liv. 4, ossia che essi non sarebbero consentiti, in quanto strumenti di guida completamente automatici: come si è visto, infatti, anche al liv. 4 il software può (e, anzi, in caso di necessità deve) essere disattivato; pertanto, l'umano può riprendere il diretto controllo del veicolo.

[34] Emendamento alla Convenzione di Vienna del 14 dic. 2020, entrato in vigore dal 14 lug. 2022.

[35] D. CERINI, *Dal decreto* Smart Roads *in avanti: ridisegnare responsabilità e soluzioni assicurative*, in *Danno e responsabilità*, 2018, 4, 401 ss.

[36] V. la già richiamata COMMISSIONE EUROPEA, *Verso la mobilità automatizzata,* cit., e, inoltre, la Risoluzione del Parlamento Europeo del 15 gennaio 2019 sulla guida autonoma nei trasporti europei (2018/2089(INI)). Altri atti normativi rilevanti, anche se non

ISSN 2421-2563



Sul piano delle fonti interne, una specifica regolamentazione per le auto a guida automatizzata è stata introdotta con il d.m. n. 70 del 28 febbraio 2018 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, recante "*Modalità attuative e strumenti operativi della sperimentazione su strada delle soluzioni di* Smart Road *e di guida connessa e automatica*" (c.d. "Decreto *Smart Road*"), adottato in forza dell'art. 1, c. 72, l. 205/2017 (legge di bilancio 2018) [38]. La normativa consente la sperimentazione di veicoli dotati di sistemi di guida automatizzata diversi da quelli già omologati, subordinandola all'ottenimento di un'autorizzazione del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti [39]. Posto che al momento i software omologati più avanzati non superano il livello 2 di automazione, la disciplina riguarda quindi essenzialmente i sistemi dal terzo livello in poi.

Non risulta ancora possibile, invece, la sperimentazione di veicoli privi di un umano a bordo, dal momento che la normativa rende obbligatoria la presenza costante di un "supervisore" a bordo, "*il quale dovrà essere sempre in grado di assumere il controllo del veicolo indipendentemente dal grado di automazione dello stesso, in qualunque momento se ne presenti la necessità, agendo sui comandi del veicolo in assoluta precedenza sui sistemi automatizzati e che, pertanto è il responsabile della circolazione del veicolo. Quando ne assume la guida effettiva, in modalità manuale, assume il ruolo di conducente*" (art. 1, lett. j), d.m. 70/2018).

Non sono ancora presenti, invece, disposizioni specifiche all'interno del Codice della Strada, del quale si attende la riforma al fine di adeguare la normativa di natura tecnica al progresso tecnologico [40]. Fino ad allora, comunque, la lettura sistematica delle disposizioni del d.m. 70/2018 e della Convenzione di Vienna (a seguito delle modifiche intervenute) sembra già consentire di aggiornare sul piano ermeneutico la nozione di "veicolo", la quale quindi si estenderebbe anche a quelli dotati di sistemi di guida automatizzata [41].

6. – Passando ora all'esame dei profili propri del Diritto Civile, si impone innanzitutto la riflessione su chi sia, ai sensi dell'art. 2054, c 1, c.c., il "conducente" del veicolo a guida automatizzata: ciò, infatti, costituisce una premessa fondamentale per poter delineare l'ambito di applicazione, con riferimento ai veicoli automatizzati, della disciplina codicistica sulla responsabilità civile per la circolazione di veicoli privi di ro-

---

specificamente relativi alla mobilità connessa e automatizzata, verranno di volta in volta richiamati *infra*. Per quanto concerne, invece, l'iter di elaborazione della disciplina europea DELL'IA, per il quale non è possibile dedicare un'apposita trattazione in questa sede, v. L. M. LUCARELLI TONINI, *L'IA tra trasparenza e nuovi profili di responsabilità: La nuova proposta di* "AI liability directive", in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2023, 2, 327 ss.

[37] Per quanto riguarda l'analisi delle normative introdotte nel diritto interno di altri paesi, che in questa sede non è possibile analizzare dettagliatamente, si rinvia, ad esempio, a: F.P. PATTI, *The European road,* cit., 131 ss., e M.M. COMENALE PINTO, E. G. ROSAFIO, *Responsabilità civile per la circolazione degli autoveicoli a conduzione autonoma. Dal Grande Fratello al Grande Conducente*, in *Diritto dei Trasporti*, 2019, 368 ss.

[38] La disposizione in questione, infatti, autorizza "*la sperimentazione su strada delle soluzioni di Smart Road e di guida connessa e automatica. A tale fine, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro dell'interno, sono definiti le modalità attuative e gli strumenti operativi della sperimentazione*". Relativamente alla disciplina in questione si vedano S. SCAGLIARINI, *La sperimentazione su strada pubblica dei veicoli autonomi: il "decreto* smart road*"*, in Smart Roads *e* driverless cars: *tra diritto, tecnologie, etica pubblica*, a cura di ID., Torino, 2019, 15 ss.

[39] Per un'analisi dettagliata dei requisiti e del procedimento di autorizzazione si rinvia alla lettura del testo del decreto, oltre ai contributi di S. SCAGLIARINI, *La sperimentazione su strada pubblica*, cit., 15 ss., e di A. DI ROSA, *Il* legal framework, cit., 65 ss.

[40] Appare ormai in parte superata, dunque, la definizione di veicolo di cui all'art. 46, c. 1, C.d.S., la quale resterebbe ancorata a una guida puramente manuale: "(…) *si intendono per veicoli tutte le macchine di qualsiasi specie, che circolano sulle strade guidate dall'uomo*". Si vedano anche le disposizioni di cui agli artt. 140 ss., nel cui senso letterale imporrebbero un controllo sempre diretto del veicolo da parte del conducente, e che ormai devono essere interpretate sistematicamente, alla luce delle più recenti disposizioni che consentono la circolazione di veicoli a guida automatizzata.

[41] Non sembra condivisibile, perciò, la tesi di chi ritiene che la nozione di veicolo non possa ricomprendere anche quelli a guida automatizzata, sulla base del solo dato letterale delle disposizioni del C.d.S.



taie [42]. Sul piano giuridico, il conducente di un veicolo può essere identificato in "*colui che ha la direzione e la responsabilità della guida di un veicolo e si trovi quindi nella possibilità di compiere tutte quelle manovre che sono necessarie per la guida*" [43].

Osservando dapprima i livelli inferiori di automazione (c.d. semi-automazione), la dottrina si mostra sostanzialmente concorde nel continuare a incardinare tale ruolo nell'umano, il quale sia deputato allo svolgimento di parte delle funzioni di guida (pur in misura decrescente all'aumentare del livello di automazione) e alla sorveglianza costante del software di bordo, onde poter riassumere prontamente il pieno controllo del veicolo in qualsiasi situazione di necessità [44]. In buona sostanza, il potere effettivo o potenziale, anche parziale, sulle funzioni dinamiche del veicolo giustificherebbe un mantenimento della qualifica di conducente in capo all'umano che si trovi in tale situazione [45].

In relazione alla tesi del mantenimento della qualifica giuridica di conducente del veicolo in tale soggetto umano, pur progressivamente esonerato dallo svolgimento diretto delle funzioni di guida, non sembra siano opponibili ragionevoli contestazioni. Egli, infatti, continua a dover essere necessariamente presente a bordo del veicolo e, anche nei casi di conduzione totalmente automatizzata, ha il dovere di intervenire manualmente e con la massima prontezza esigibile, al fine di riassumere il totale controllo diretto del veicolo e impedire il verificarsi di sinistri stradali [46]. Da un lato, dunque, la nozione di conducente appare ancora compatibile con il ruolo dell'umano, per quanto ridotto dall'intervento dei sistemi di guida; dall'altro lato, la *ratio* della norma poc'anzi citata, consistente nell'impedire che da un'attività pericolosa [47] possano derivare danni, po-

---

[42] Sulla necessaria riflessione preliminare in merito alla nozione di conducente per poter verificare l'applicabilità dell'art. 2054 c.c. v. S. PELLEGATTA, *automazione nel settore* automotive, cit., 1418 ss., S. POLLASTRELLI, Driverless cars: *i nuovi confini della responsabilità civile automobilistica e prospettive di riforma*, in *La decisione nel prisma dell'Intelligenza Artificiale*, a cura di E. CALZOLAIO, Padova, 2020, 103 ss., R. LOBIANCO, *Veicoli a guida autonoma e responsabilità civile: regime attuale e prospettive di riforma – I parte*, in *Resp. civ. e prev*., 2020, 3, 724 ss., e ID., *Veicoli a guida autonoma e responsabilità civile: regime attuale e prospettive di riforma – II parte*, in *Resp. civ. e prev*., 2020, 4, 1080 ss.

[43] Cass. 7 novembre 1976, n. 4568, in *Resp. Civ. prev*., 1977, 316; v. anche S. POLLASTRELLI, Driverless cars, cit., 108. Parallelamente, il concetto giuridico di "conduzione" ricomprenderebbe *"quel complesso di attività che concorrono a far si che un veicolo si muova da un punto ad un altro, seguendo un determinato percorso, con l'osservanza delle norme di comportamento previste dal codice della strada e di quelle di comune prudenza, secondo regole tecniche di guida ben definite e rese necessarie dalle circostanze che via via si presentino*"; "(…) *la conduzione di un veicolo non si esaurisce nella manovra dei comandi ma comprende anche una serie di operazioni psichiche (sia di natura cognitiva sia di natura volitiva), che vanno dalla scelta del percorso, alla velocità da tenere, alla scelta della marcia e così via, dalle quali dipendono non solo le manovre da eseguire ma anche la scelta contingente di una di esse rispetto ad un'altra ritenuta meno idonea con riferimento allo stato di fatto esistente in quel momento*" (Cass. civ. n. 11296/1992).

[44] V., in tal senso, R. LOBIANCO, *Veicoli a guida autonoma e responsabilità civile*, cit., 724 ss., S. PELLEGATTA, *automazione nel settore* automotive, cit., 1418 ss., G. RUSSO, *La responsabilità civile auto nell'era digitale. Inapplicabilità dell'art. 2054 c.c. e reinterpretazione dell'attuale assetto normativo*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2023, 18, 1218 ss.

[45] Appare condivisibile, salvo quanto si vedrà meglio *infra*, il punto di vista di S. PELLEGATTA, *automazione nel settore* automotive, cit., 1418 ss.: "*Elemento chiave per una distinzione in termini giuridici dei due fenomeni* (guida assistita e guida autonoma, ndr.) *ritengo sia allora piuttosto da ravvisare nella sussistenza (o meno) di un perdurante ed effettivo potere di controllo sul veicolo in capo al* driver".

[46] Un'ipotesi simile di mantenimento della qualifica (e della responsabilità) del conducente è offerta dal caso dell'istruttore di guida: "*La norma* (art. 83 C.d.S., ndr) *pone a carico dell'istruttore non solo un obbligo di intervento verbale, ma prevede anche che lo stesso possa intervenire materialmente sui comandi, naturalmente nei limiti in cui ciò sia possibile*" (Cass. civ. n. 11296/1992). V. anche Cass. civ. n. 6049/1990 (la quale evidenzia il profilo del concorso causale della condotta dell'istruttore di guida e dell'allievo) e Cass. civ. n. 10121/2011. Inoltre, si può considerare anche come la qualifica di conducente non cessi di essere rivestita neppure quando la vettura sia in sosta: v. Cass. 4568/1976 e, in dottrina, per tutti, M.M. COMENALE PINTO, E. G. ROSAFIO, *Responsabilità civile per la circolazione degli autoveicoli*, cit., 368 ss.

[47] La responsabilità ex art. 2054 c.c., infatti, viene ricondotta dalla giurisprudenza e da parte della dottrina nell'alveo della responsabilità per esercizio di attività pericolose: v. Cass., SS. UU., n. 8620 del 29 aprile 2015; v. anche G. BENELLI, *Auto a guida autonoma: profili di responsabilità civile e prospettive di riforma*, in *Diritto dei trasporti*, 2019, 351 ss.,

ISSN 2421-2563



nendo in capo al conducente un'ipotesi di responsabilità severa (oggettiva per alcuni, aggravata per altri), si dimostrerebbe ancora coerente con la situazione di fatto derivante dall'impiego delle nuove tecnologie. Sono gli stessi limiti tecnici dei sistemi di guida automatici esistenti, infatti, che impongono un'attività di sorveglianza e di pronta riassunzione dei comandi del veicolo, qualora la situazione lo richieda.

Appare più complesso, invece, ragionare sui veicoli dotati di sistemi di liv. 4 o 5, dove il software è programmato in modo da essere in grado di condurre il veicolo anche senza alcun intervento umano, potendo completare un percorso in modo autonomo, quantomeno nel senso di giungere a porre il veicolo in una condizione di sosta sicura (*minimal risk condition*). Sul piano tecnico, questi sistemi consentirebbero all'utilizzatore di non occuparsi più della guida e lo esimerebbero (salvo quanto si dirà *infra*) dal sorvegliare costantemente il software, in quanto quest'ultimo avrebbe la capacità di mantenere sempre il veicolo in condizioni sicure, eventualmente ponendolo in sosta. Ciò è ancor più vero, se si tiene conto di come questi veicoli automatizzati potrebbero essere attivati anche da remoto e senza alcun umano a bordo. Si è visto, dunque, come nel caso di questi livelli di automazione i tecnici degradino l'utilizzatore umano a mero passeggero o "*dispatcher*".

Dal punto di vista giuridico, però, occorre porsi il problema dell'ammissibilità e della liceità sia della condotta di un utilizzatore che si disinteressi della sorveglianza dei sistemi di guida, sia, in misura ancora maggiore, dell'eventualità che il veicolo possa circolare senza alcun supervisore a bordo. Come si è visto, la legge oggi non consente, nemmeno in regime sperimentale, la circolazione di veicoli privi di un operatore umano a bordo, al quale è demandata la supervisione costante e attenta del veicolo, nonché l'obbligo di intervenire al fine di riassumere il pieno controllo della vettura in qualsiasi caso di necessità. Sotto il profilo del diritto positivo, pertanto, nel nostro ordinamento l'impiego dei massimi livelli di automazione non esonera il conducente umano dal suo ruolo di controllo (anche se indiretto) del veicolo. Il potenziale tecnico di questi sistemi di guida, allora, non è ancora pienamente ammissibile sul piano della liceità, in forza evidentemente del principio di precauzione, che impone un approccio graduale all'automazione nella circolazione stradale; fine, questo, che viene perseguito mediante il mantenimento di un ruolo attivo (pur se indiretto) dell'umano e di una corrispondente posizione di garanzia, che si estrinseca nei suddetti obblighi di sorveglianza costante e pronto intervento [48]. In tal modo, si può ritenere che anche i sistemi di livello 4 e 5 mantengano, sul piano giuridico *de jure condito*, caratteristiche di impiego simili ai livelli inferiori. Sembra allora possibile riaffermare le stesse considerazioni espresse supra, nel senso di ritenere che il supervisore (necessariamente presente a bordo del veicolo) mantenga, sul piano civilistico, la qualifica di conducente ai sensi dell'art. 2054, c.c. [49].

---

[48] In tal senso v. anche S. PELLEGATTA, *automazione nel settore* automotive, cit., 1418 ss.

[49] Sembra dunque possibile ritenere superate certe perplessità espresse, ad esempio, da LOBIANCO R., *Veicoli a guida autonoma e responsabilità civile*, cit., 724 ss., il quale sostiene che dal liv. 4 di automazione in poi sarebbe "(…) *complesso immaginare come un obbligo siffatto di prevenzione unilaterale del sinistro* (ossia quello *ex art*. 2054, c. 1, c.c., ndr) *possa essere assolto e soprattutto provato da un soggetto che, concretamente, non sarà né tenuto a vegliare sulle prestazioni della vettura né probabilmente in grado di riassumerne il controllo in caso di necessità*". Al contrario, si sottolinea come sia il legislatore a stabilire che vi debba essere un supervisore del veicolo, al quale non è consentito distrarsi. Ciò non toglie, comunque, come in concreto si possa bilanciare il ruolo assunto dal software con quello dell'umano e da ciò farne derivare conseguenze in punto di ripartizione di responsabilità, come verrà evidenziato *infra*. In buona sostanza, ciò che le norme vigenti non consentono di escludere è l'esistenza in sé di una posizione di garanzia in capo a chi deve sorvegliare il sistema di guida, il quale dunque allo stato attuale non può essere qualificato come un mero passeggero. In conclusione, su questo aspetto, si può osservare in chiave comparatistica come anche in altri ordinamenti siano state introdotte disposizioni specifiche per mantenere la qualità di conducente in capo a un umano, onde imporre a suo carico doveri di controllo o supervisione sul software di guida, e le conseguenti responsabilità. È il caso, ad esempio, dell'ordinamento tedesco: v. M.G. LOSANO, *Verso l'auto a guida autonoma in Italia*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2019, 2, 423 ss.



La dottrina, comunque, ha anche esaminato l'ipotesi in cui fosse ammessa la circolazione di veicoli privi di un supervisore a bordo [50]: ciò potrebbe darsi sia nel caso in cui all'interno del veicolo non fossero presenti umani, sia nel caso in cui questi, pur presenti, fossero privi del dovere (o, finanche, della concreta possibilità) di intervenire nella conduzione del veicolo [51].

In tali casi, gli orientamenti si dividono tendenzialmente tra chi ritiene che il conducente debba essere, comunque, il soggetto che attiva il veicolo, e chi, invece, ritiene che il veicolo debba ritenersi *tout court* privo di un conducente umano. In tale ultima ipotesi, l'umano che si trova a bordo del veicolo potrebbe essere considerato come un mero passeggero o, al più, come un utilizzatore [52]. Questa seconda ricostruzione sembra la più condivisibile, per quanto attiene alla qualificazione del ruolo dell'uomo (in relazione al ruolo del software si dirà meglio infra): egli, infatti, nel momento in cui cessa di svolgere qualsiasi concreta operazione sia di guida dinamica che di sorveglianza attiva del veicolo, evidentemente può rivestire soltanto, e alternativamente, o il ruolo di un mero passeggero trasportato, oppure di un utilizzatore (*user*). Nel primo caso si tratterebbe di un ruolo meramente passivo, dove al più si interagisce col sistema di guida al fine di impostare un percorso o una destinazione (si pensi al passeggero di un taxi) [53]; nel secondo caso, invece, potrebbero rientrare le ipotesi in cui un soggetto rivesta una posizione di maggior controllo sul software, pur rimanendo estraneo alle operazioni dinamiche di guida. Egli potrebbe, ad esempio, impartire istruzioni al sistema in merito al metodo di conduzione del veicolo, o potrebbe, in funzione del particolare rapporto giuridico col bene-veicolo, essere portatore di compiti di custodia o di manutenzione (si pensi, per esempio, al comodatario del veicolo).

L'esclusione della presenza di un conducente umano del veicolo automatizzato, comunque, porta a un problema applicativo fondamentale, in quanto (come si è visto poc'anzi) il conducente è uno dei soggetti principali nei cui confronti trova applicazione la responsabilità ex art. 2054 c.c. [54]. È sostanzialmente per questa ragione, dunque, che un differente orientamento ritiene che il conducente del veicolo automatizzato debba essere comunque identificato in colui che lo attiva e che ne stabilisce l'ambito operativo (percorsi, orari, etc.) [55]: la principale preoccupazione, di solito, è quella di evitare un "vuoto di responsabilità", ossia una

---

[50] S. PELLEGATTA, *automazione nel settore* automotive, cit., 1418 ss., LOBIANCO R., *Veicoli a guida autonoma e responsabilità civile*, cit., 724 ss.

[51] V. in particolare la posizione, già richiamata, di LOBIANCO R., *ibid.*, che fa riferimento a un umano privo di concreti doveri di intervento. Pone in luce il problema dell'individuazione del conducente (ovvero se si tratti dell'umano o del software) anche G. BENELLI, *Auto a guida autonoma*, cit., 362.

[52] Ad esempio, S. PELLEGATTA, *automazione nel settore* automotive, cit., 1418 ss., parla di "soggetto trasportato"; propone il ricorso alla qualifica di "utilizzatore" LOBIANCO R., *Veicoli a guida autonoma e responsabilità civile*, cit., 724 ss.; esclude la presenza di un conducente del veicolo dotato di automazione superiore al livello 2 G. RUSSO, *La responsabilità civile auto nell'era digitale*, cit., 1218 ss., il quale su tale base sostiene l'inapplicabilità per i danni cagionati da tali veicoli dell'art. 2054 c.c.

[53] Il paragone col passeggero del taxi è proposto anche da LOBIANCO R., *Veicoli a guida autonoma e responsabilità civile*, cit., 724 ss.; sembra ricondurre in ogni caso al ruolo di un mero passeggero colui che utilizzi il veicolo automatizzato M.C. GAETA, *Automazione e responsabilità civile*, cit., 1726.

[54] La conseguenza, dunque, per alcuni sembra essere quella di ritenere applicabile l'art. 2054 c.c. al solo proprietario del veicolo (e alle figure ad esso assimilate): così S. POLLASTRELLI, Driverless cars, cit., 109 ss.; per altri, invece, come si vedrà, la norma cesserebbe del tutto di essere applicabile, rendendo necessaria l'introduzione di specifiche nuove norme.

[55] V., ad esempio, M. TAMPIERI, *L'intelligenza artificiale: una nuova sfida anche per le automobili*, in *Contratto e Impresa*, 2020, 2, 732 ss., la quale sostanzialmente identifica l'utilizzatore del veicolo *driverless* come un conducente, il quale però rimane estraneo alla dinamica del veicolo; per tale ragione, secondo l'A., nei suoi confronti dovrebbe trovare applicazione solo l'art. 2054, c. 4, c.c., e non il c. 1. È appena il caso di evidenziare, comunque, come la tecnica adottata dal legislatore italiano con il d.m. 70/2018 si allontani dalla prospettiva appena descritta: la normativa, infatti, non si limita a stabilire che vi sia un soggetto ("supervisore") che risponda dei danni (e che in questa sede abbiamo qualificato anche come "conducente", ai sensi del c.c.), ma ha disposto espressamente che egli svolga delle effettive funzioni di controllo sul veicolo. Non una mera *fictio iuris*, pertanto, bensì la definizione positiva di un concreto ruolo di sorveglianza, riconducibile al concetto di conduzione.

ISSN 2421-2563



lacuna nel sistema della responsabilità civile che lasci i danneggiati sprovvisti di tutela. Occorre, tuttavia, evidenziare come questo approccio si traduca sostanzialmente in una finzione giuridica [56]: nel momento in cui l'utilizzatore risulti privo di un controllo sul veicolo, sia diretto (fino al livello 2, incluso) che indiretto (nel livello 3 e, in presenza di un obbligo di legge, anche nei livelli 4 e 5), allora la conclusione non potrà che essere nel senso di escludere che egli svolga alcuna attività rientrante nel concetto di "conduzione" di un veicolo (ergo, non potrà essere considerato un "conducente"). Attribuire oggettivamente le attività compiute dal software all'umano, come se le avesse eseguite direttamente lui, non può dunque che costituire una mera finzione, la quale, come si vedrà meglio a seguire, non consente di apprezzare e disciplinare al meglio il fenomeno delle automobili a guida automatizzata [57].

6.1. – Esaminato il ruolo dell'umano cui sia riferibile l'utilizzo del veicolo, occorre ora interrogarsi sulla qualificazione giuridica del sistema di guida. L'approccio comunemente adottato in dottrina consiste nel considerare il software in chiave puramente strumentale e causalista, quale *longa manus* di altri agenti (umani) [58]. Di conseguenza, si esclude che il software possa essere qualificato come conducente, poiché esso *non agit sed agitur*. L'osservazione, allora, si concentra usualmente sulle condotte umane, allo scopo di individuare i "veri" autori degli errori o dei malfunzionamenti del sistema e, in ultima istanza, attribuire loro la responsabilità giuridica per i danni cagionati da tali deficienze. Le posizioni giuridiche e le condotte esaminate, perciò, consistono sostanzialmente in quelle del conducente (umano), del proprietario del veicolo e del produttore o programmatore del software, osservate singolarmente e mediante la valutazione della sfera di controllo da essi esercitata o esercitabile sul sistema di guida.

Un motivo di fragilità di questo metodo è rappresentato dal livello di complessità cui sono giunti i sistemi informatici, i quali elaborano informazioni provenienti da diverse fonti contemporaneamente e secondo criteri e procedimenti articolati, che non sempre è possibile ricostruire con precisione ex post: è il c.d. "effetto *black box*", dove la "mente" del software complesso appare come una scatola nera, imperscrutabile [59]. Soprattutto, ciò che diventa particolarmente complesso da ricostruire diviene l'effettivo contributo causale degli umani che esercitano a vario titolo un controllo o una influenza sul software, dal momento che tali azioni si mescolano e tendono a produrre risultati che non sono più in rapporto di stretta dipendenza e prevedibilità rispetto a ciò che l'agente umano si è potuto rappresentare. Questo si ripercuote non solo sul piano dei nessi causali ma, in misura ancora più evidente, su quello dell'elemento soggettivo e della diligenza esigibile. La

[56] Così F.P. PATTI, *The European road,* cit., 136, e G. TEUBNER, *Responsabilità civile per i rischi della digitalità*, in *SMART: la persona e l'infosfera*, a cura di U. SALANITRO, Pisa, 2022, 13 ss.

[57] Il problema si ripropone, pur con caratteristiche proprie, anche nell'ambito delle navi e degli aeromobili dotati di sistemi di navigazione automatizzata: v. C. SEVERONI, *Preliminary remarks on the legal regulation of the unmanned vessels*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2020, 17, 61 ss.

[58] Esemplare in tal senso l'approccio di M. D'AMBROSIO, *AI e ruolo dell'interprete*, in *Tecnologie e diritto*, 2023, 2, 275 ss., il quale assume una posizione marcatamente causalista e distingue due ipotesi: i danni causati dal software conseguentemente a scelte illecite degli umani, da un lato, e i danni cagionati da errori della macchina, che la portino ad agire diversamente da quanto voluto dall'uomo. Per una più ampia disamina di questa prospettiva "tradizionale" e per un confronto con la materia del contratto si rinvia a V. CAREDDA, *Intelligenze artificiali e contratti*, in *Il lavoro attraverso piattaforme digitali tra rischi e opportunità*, a cura di P. LOI, Napoli, 2021, 259 ss.

[59] G. TEUBNER, *Responsabilità civile per i rischi della digitalità,* cit., 13 ss., parla a proposito di "rischio di autonomia". Si evidenzia come il termine *black box* è ambiguo, in quanto indica sia il caso di un processo decisionale informatico non spiegabile a posteriori, sia il caso della "scatola nera" comunemente nota, ossia sostanzialmente un hard disk che raccoglie i dati di navigazione al fine di ricostruire *ex post* la dinamica di un sinistro.



conseguenza, evidentemente, è che diviene estremamente arduo ricostruire le condotte (e, perciò, le corrispondenti responsabilità) degli umani coinvolti, in quanto gli eventi di danno cagionati dal software (*rectius*, secondo questa prospettiva, *mediante* il software) tendono a non essere loro riconducibili né sul piano causale, né tantomeno sul piano soggettivo [60]. Ciò fa sì che il collegamento giuridico tra gli output del software e la posizione giuridica dei soggetti, che con esso hanno a che fare a vario titolo, tenda a diventare sfuggente, difficile da spiegare e da giustificare quale fonte di responsabilità.

Si pensi, in primo luogo, alla posizione dell'utilizzatore del veicolo: se, come si è visto in precedenza, fino ai livelli più alti di automazione e in presenza di un espresso obbligo di supervisionare il sistema di guida egli mantiene la sostanziale qualifica di conducente, nel momento in cui questi presupposti vengono meno (e dunque cesserebbe di essere applicabile l'art. 2054 c.c.) allora non è più possibile dire altrettanto (salvo ricorrere a una finzione giuridica). Come ricostruire, allora, il collegamento giuridico tra la sua posizione e quella del software, in base al quale potergli ascrivere una qualche responsabilità giuridica? Poco spazio, evidentemente, può riconoscersi a una responsabilità diretta basata sul generale criterio della colpa, *ex art*. 2043 c.c., dal momento che la condotta dell'utilizzatore tende a non avere più un diretto collegamento causale con l'evento di danno e, anche quando in ipotesi esso venga accertato, diviene difficile ravvisare un effettivo profilo di colpa: i malfunzionamenti dei sistemi di guida diventano complicati sia da prevedere sia, soprattutto da correggere in tempo reale, nel breve lasso di tempo di reazione che può intercorrere tra la rilevazione del malfunzionamento da parte dell'utilizzatore e il verificarsi dell'evento, ed entro il quale dovrebbe inserirsi la condotta impeditiva dell'utilizzatore stesso [61].

Per ovviare a tali difficolta, si cerca piuttosto di inquadrare la posizione dell'utilizzatore ricorrendo alle ipotesi di responsabilità aggravata e oggettiva esistenti nell'ordinamento. Una prima possibilità sembra offerta dalla responsabilità per attività pericolose (art. 2050 c.c.): il rapporto tra l'umano e il sistema di guida, dunque, verrebbe ricostruito nel senso di ritenere che l'impiego di veicoli automatizzati costituirebbe un'attività pericolosa [62]. Resterebbe però da dimostrare, innanzitutto, l'effettiva natura pericolosa di tale attività, dal momento che i suddetti veicoli dovrebbero, al contrario, garantire un deciso aumento del livello di sicurezza rispetto alla circolazione di quelli a guida manuale (è, invero, il motivo per cui si auspica la futura diffusione della guida automatizzata, come si è visto in incipit) [63]. A seguire, resterebbe comunque da capire quali debbano essere "tutte le misure idonee a evitare il danno", che l'utilizzatore debba adottare. Salvi usi

[60] Rendono efficacemente l'idea della complessità dell'*agere* dei software complessi G. F. SIMONINI, *L'intelligenza artificiale guida le nostre vetture. Profili di responsabilità*, Modena, 2018, 88 G. COMANDÉ, *Responsabilità ed accountability nell'era dell'Intelligenza Artificiale*, in F. DI CIOMMO, O. TROIANO, *Giurisprudenza e Autorità Indipendenti nell'epoca del diritto liquido*, Piacenza, 2018, 1001 ss.

[61] Le difficoltà in cui incorre questa prospettiva di tipo tradizionale emergono chiaramente dal quadro delineato da V. CAREDDA, *Intelligenze artificiali e contratti*, cit. 259 ss.

[62] V. U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale ed* automotive: *le responsabilità da veicoli* self-driving *e* driverless, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di ID., Milano, 2020, 153 ss.

[63] Così F. SIMONINI, *L'intelligenza artificiale guida le nostre vetture*, cit., 61. Cfr., invece, U. RUFFOLO, *ibid.*, secondo cui l'applicazione dell'art. 2050 c.c. potrebbe comunque giustificarsi in ragione di picchi di pericolosità asimmetrica, dovuti ai limiti intrinseci dei software, che spesso li rendono ancora inadatti ad agire in situazioni che richiedono capacità adattive e pensiero laterale, e che per gli umani risultano più semplici da comprendere e affrontare. In questo modo, secondo l'A., risulterebbe "*solo apparente la contraddizione tra minore pericolosità generale, e generica, del veicolo autonomo e al tempo stesso più elevata pericolosità specifica, idonea a consentire il ricorso al regime di responsabilità aquiliana per attività pericolosa*". Ad ogni modo, la tesi dell'A. si espone alle criticità di base dell'approccio causalista e strumentale, come si vedrà meglio *infra*. Sembra più corretto, dunque, ricostruire l'attività di guida automatizzata come pericolosa, sì, ma riferendola al punto di vista del sistema di guida (e quindi applicando l'art. 2054 c.c., che rappresenta, appunto, un'ipotesi peculiare di responsabilità per attività pericolosa), e non ai produttori, ai proprietari o agli utilizzatori dei veicoli.

ISSN 2421-2563



impropri del veicolo, infatti, egli si limiterebbe a utilizzarlo in contesti ordinari di circolazione stradale (in ipotesi, adatti alla circolazione dei veicoli automatizzati) e non avrebbe alcuna concreta possibilità di incidere né sulle infrastrutture (per ovvie ragioni, in quanto mero utente della strada), né sul software (non essendo l'utente medio un tecnico informatico, né, peraltro, essendo autorizzato a incidere su un programma tutelato da diritti industriali e protetto da sistemi anti-hacker). Il ruolo meramente passivo dell'utilizzatore, dunque, non sembra lasciare spazio a particolari condotte esigibili ex ante, che siano idonee a evitare i sinistri (ergo, potrebbe essere per lui facile, in sede difensiva, dimostrare di aver effettivamente adottato tutte le misure che, in concreto, potevano essere adottate, i.e. nessuna).

Un'altra tipologia di responsabilità che è stata presa in considerazione in dottrina è quella per i danni da cose e animali in custodia (artt. 2051 e 2052 c.c.): in ipotesi, dunque, l'utilizzatore del veicolo automatizzato dovrebbe essere qualificato come custode dello stesso, e risponderebbe per i danni cagionati dal veicolo, salva la prova del caso fortuito [64]. La tesi sembra offrire spunti interessanti, in quanto consentirebbe di valorizzare l'intrinseco dinamismo del software, nonché di prescindere dalla condotta (e dalla diligenza o negligenza) dell'utilizzatore. Interessante, inoltre, il paragone con i veicoli a trazione animale, dove i conducenti umani interagiscono con un'entità, l'animale da tiro appunto, dotata di una propria intelligenza e autonomia (pur nei limiti propri dell'animale).

Anche in questo caso, tuttavia, potrebbe essere problematico ravvisare un effettivo rapporto di custodia tra l'umano e il sistema automatizzato di guida: a differenza delle macchine tradizionali e degli animali, il caso dell'automobile automatizzata è caratterizzato da una delegazione di decisioni al software, che comporta una graduale e progressiva riduzione del controllo esercitato dall'utilizzatore. In buona sostanza, mentre le cose e gli animali sono entità da "custodire", controllare (onde evitare che cagionino danni a terzi), e le cui "azioni" non sarebbero predicabili secondo criteri di diligenza "antropomorfa", i software cibernetici (tra cui quelli di guida automatizzata) nascono proprio per comportarsi come umani e poter replicare la stessa diligenza esigibile nei confronti dei loro creatori (se non una diligenza addirittura superiore) [65].

Si aggiungerebbe, poi, il problema della ricostruzione della portata della prova liberatoria del caso fortuito, la cui nozione viene variamente individuata in senso più oggettivo (e, dunque, sul piano della causalità) o soggettivo (nel senso di situazione imprevedibile). Anche sotto questo aspetto, si apre alla possibilità che il "custode" possa fin troppo agevolmente invocare il fatto altrui o l'autonomia del software quali ipotesi di caso fortuito [66].

Perfino il paragone tra i sistemi informatici evoluti e gli schiavi (considerati, in base al loro statuto giuridico, "cose" intelligenti), autorevolmente addotto a sostegno dell'applicabilità (ai primi) della logica sottesa agli artt. 2051 e 2052 c.c. [67], sembra in realtà provare troppo: lo schiavo umano, infatti, è in grado di comportarsi secondo canoni di diligenza e senza un costante e diretto controllo del "padrone" o sorvegliante (e, del resto, se si fa il paragone con gli animali da tiro, lo schiavo non necessita di essere "manovrato" al pari delle bestie) [68]. In altri

---

[64] U. Ruffolo, *Intelligenza artificiale ed* automotive, cit., 153 ss., e Id., Self-driving car, *auto* driverless *e responsabilità*, in *Intelligenza artificiale e responsabilità*, a cura di Id., Milano, 2017, 31 ss.; v. anche G. Russo, *La responsabilità civile auto nell'era digitale*, cit., 1218 ss.

[65] Appaiono degne di nota le considerazioni espresse in merito da C. Della Giustina, P. de Gioia Carabellese, *Il futuro dell'assicuratore nei rischi legali dei veicoli automatici*. Unmanned veichles, trolley problem and data protection, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2023, 4, 1235 ss.

[66] V. Caredda, *Intelligenze artificiali e contratti*, cit. 259 ss.

[67] Così, nelle opere poc'anzi menzionate, U. Ruffolo, *ibid.*

[68] Infatti, lo stesso A. ricostruisce la logica sottesa alla responsabilità dello schiavo secondo il ben più adatto schema dell'art. 2049 c.c., che, come si vedrà infra, sembra essere la norma più adatta per ricostruire il rapporto uomo-macchina nel caso dei sistemi informatici complessi.



termini, l'intelligenza dello schiavo umano e la sua autonomia sono quantitativamente e qualitativamente superiori rispetto a quella delle macchine se-agenti tradizionali e degli animali. Parimenti, i software evoluti (e "intelligenti") sono in grado di realizzare comportamenti ben più complessi di quelli degli animali, e predicabili di diligenza. Il rapporto umano-software, cui si è fatto riferimento all'inizio di questa riflessione, sembra dunque qualitativamente differente da quello umano-cosa e umano-animale su cui si incentrano le norme in esame.

Infine, la sostanziale totalità della dottrina prende in considerazione la posizione del produttore, in quanto quest'ultimo viene considerato dai più quale il principale artefice delle azioni del software, *ergo*, secondo una prospettiva di tipo strumentale e causalista, colui che dovrebbe maggiormente rispondere dei danni cagionati dal sistema di guida [69]. Tuttavia, posto che il software complesso risulta aperto a una serie indefinita di informazioni e "stimoli" provenienti dall'ambiente (sia fisico che digitale) e dagli altri umani con cui esso interagisce, si può legittimamente dubitare della possibilità di ricondurre effettivamente gli eventi dannosi cagionati dal software alla sfera di controllo del produttore. Risulta, dunque, problematico stabilire un nesso causale tra la condotta di quest'ultimo e l'output del software. Inoltre, posto che la responsabilità da prodotto difettoso si fonda sulla presenza di un difetto (e sul nesso causale tra quest'ultimo e il danno), non è nemmeno così sicuro che si possa sempre ricondurre una condotta dannosa del software all'effettiva esistenza di un difetto [70]. Le difficoltà, poi, si accentuano ulteriormente se si pensa al fatto che il difetto debba essere sussistente già al momento della messa in circolazione del prodotto, e a come i software complessi siano soggetti a continui aggiornamenti e modifiche, non necessariamente provenienti dal produttore iniziale. Per non parlare, ancora, della possibilità, attualmente offerta dalla disciplina in materia di responsabilità da prodotto difettoso, di andare esente da responsabilità qualora il difetto non fosse conoscibile in base allo stato dell'arte tecnico-scientifico (c.d. rischio di sviluppo). Anche l'ipotesi di responsabilità in esame, dunque, sembra andare incontro a notevoli difficoltà applicative, ulteriormente aggravate dalla particolare complessità e onerosità degli accertamenti tecnici necessari per raggiungere la prova in giudizio [71].

Qualcuno, allora, ha proposto di ritenere cumulabili i regimi della responsabilità da prodotto difettoso e quella da attività pericolosa (art. 2050 c.c.), riferita alla produzione di veicoli automatizzati [72]. Tuttavia, anche in questo caso riemergerebbero i già evidenziati possibili problemi interpretativi, legati sia all'effettiva qualificazione di tale attività come pericolosa, sia alle effettive misure da adottare per evitare i danni, posta la mutabilità del software nel tempo e la sua apertura alle influenze esterne (umane e ambientali).

Alla luce di quanto si è detto fin qui, sembra che la logica causalista e strumentale non sia adatta a ricostruire, interpretare e qualificare giuridicamente il fenomeno tecnologico in esame [73]. A riprova di ciò, si può

---

[69] Oltre agli Autori già richiamati, si v., ad esempio, A. DAVOLA, R. PARDOLESI, *In viaggio col robot: verso nuovi orizzonti della r.c. auto* ("driverless")?, in *Danno e Responsabilità*, 5, 2017, 616 ss., R. LOBIANCO, *Veicoli a guida autonoma e responsabilità civile: regime attuale e prospettive di riforma – I parte*, in *Resp. civ. e prev*., 2020, 3, 724 ss., II, ID., *Veicoli a guida autonoma e responsabilità civile: regime attuale e prospettive di riforma – II parte*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 4, 1080 ss.

[70] In relazione al problema di come rapportare la nozione di difetto alle peculiari caratteristiche dei software complessi v. U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale ed* automotive, cit., 163.

[71] Su tale difficoltà v., per tutti, A. DAVOLA, R. PARDOLESI, *In viaggio col robot,* cit., 625. Altre problematiche, invece, sembrano più facilmente risolvibili in via ermeneutica, come la possibilità di invocare la responsabilità del creatore dell'algoritmo in qualità di produttore di una componente del prodotto finale: v. U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale ed* automotive, cit., 159 ss.

[72] Così U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale ed* automotive, cit., 164 ss., il quale ritiene che il cumulo delle due ipotesi di responsabilità possa consentire di superare alcune criticità applicative della responsabilità da prodotto difettoso, come quella dell'esimente da rischio da sviluppo.

[73] Appare perciò condivisibile l'affermazione di L. ARNAUDO, R. PARDOLESI, Ecce robot. *Sulla responsabilità dei sistemi adulti di intelligenza artificiale*, in *Danno e responsabilità*, 2023, 4, 409 ss., secondo cui "*le soluzioni generalmente proposte tradiscono un*

ISSN 2421-2563



osservare come diversi Autori tentino di superare il problema dell'accertamento del nesso causale (tra le condotte umane e gli output dei software) mediante il ricorso a tecniche di responsabilità oggettiva, fondate su considerazioni di natura talvolta assiologica, talaltra più marcatamente economica e utilitaristica. In particolare, l'intento comune a queste proposte sarebbe quello di pervenire a un bilanciamento accettabile tra il principio di prevenzione e la tutela dei danneggiati, da un lato, e l'esigenza di incentivare lo sviluppo e la produzione di tecnologie destinate a produrre effetti sociali positivi (di cui si è già dato conto supra), dall'altro lato [74]. All'uopo, si prende spesso in considerazione la possibilità di ciascun soggetto di prevenire *ex ante* e gestire *ex post*, nell'ambito della propria sfera economica, i rischi e i danni cagionati dalle nuove tecnologie: la soluzione al problema posto dalla responsabilità per i danni cagionati dall'impiego di veicoli automatizzati, pertanto, consisterebbe nell'introdurre *ex novo* un'ipotesi di responsabilità oggettiva in capo al soggetto che si trovi nella posizione più agevole per prevenire, attenuare o risarcire tali conseguenze dannose. Tale figura viene identificata, di solito, nel produttore del veicolo "intelligente".

Come ulteriore soluzione alternativa o in *extrema ratio*, di frequente si suggerisce l'istituzione di fondi pubblici di garanzia (sul modello del fondo vittime della strada) o l'ampliamento delle ipotesi di assicurazione obbligatoria, al fine di garantire in ogni caso un risarcimento alle vittime e, al contempo, socializzare il costo di tecnologie socialmente necessarie [75].

Si può osservare, pertanto, come queste tesi affondino le proprie radici nella prospettiva causalista e, una volta rilevati i limiti applicativi e sistematici cui essa va inevitabilmente incontro, tentino di porvi rimedio a posteriori, in una prospettiva necessariamente *de jure condendo*, onde colmare una (presunta) lacuna dell'ordinamento [76].

Ad ogni modo, non può non evidenziarsi una sostanziale criticità di metodo alla base di queste posizioni: esse, infatti, mostrerebbero un'eccessiva inclinazione verso un'interpretazione formalista e letterale del dato normativo, che sfocia in un atteggiamento passivo di fronte alle novità tecnologiche. Infatti, la tendenza sembra quella di ravvisare lacune normative ogniqualvolta un'innovazione tecnica sfugga dal tenore testuale delle disposizioni. Alla novità tecnologica, in altre parole, corrisponderebbe sovente una lacuna nel sistema ordinamentale. Così facendo, però, il giurista sembra rinunciare al proprio ruolo di interprete del Diritto positivo, disertando la sfida della riconduzione a sistema delle problematiche sollevate dalle nuove tecnologie e non valorizzando gli strumenti interpretativi esistenti [77]. Parrebbe emergere, allora, una criticità di fondo nel

---

gusto, se non antiquario, fortemente condizionato dall'inveterata abitudine a concepire la responsabilità, rispetto al danno – secondo le circostanze: imprevisto, sistemico, collaterale – prodotto della macchina, come ricerca dell'imputazione ottimale in capo a chi quella macchina ha fabbricato, acquistato o comunque utilizzato".

[74] V., in tal senso, la concezione del *Market Enterprise Responsibility*, proposta da G. CALABRESI, E. AL MUREDEN, Driverless cars, cit., 150 ss.

[75] V. per esempio A. DAVOLA, R. PARDOLESI, *In viaggio col robot,* cit., 616 ss., e M. RATTI, *Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo*, in *Contratto e Impresa*, 2020, 3, 1174 ss. Sembra il caso di avvertire, tuttavia, che un'eccessiva fiducia in simili meccanismi di socializzazione dei danni non solo potrebbero non abbattere i costi e non incentivare lo sviluppo tecnologico, dal momento che di fatto essi finirebbero comunque per spalmarsi indirettamente in via alternativa (imposizioni sui produttori, incremento dei costi di vendita o di assicurazione), ma altresì non rappresenterebbero un vero incentivo alla realizzazione di sistemi di guida più sicuri, poiché i frequenti "danni anonimi" finirebbero sempre con l'essere "scaricati" sul fondo pubblico, in questo modo non promuovendo un incremento della sicurezza nella realizzazione nell'uso delle tecnologie.

[76] Cfr. G. CALABRESI, E. AL MUREDEN, Driverless cars, cit., 130 ss. In senso critico nei confronti di un metodo che si incentri eccessivamente sulle ragioni di natura etica e socioeconomica, trascurando così l'obiettivo della coerenza sistematica, v. U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale ed* automotive, cit., 154.

[77] Sul ruolo del giurista nel rapportarsi con l'evoluzione storica e sociale v. P. PERLINGIERI, *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*, II, Napoli, 2020, 278 ss.



modo di concepire il rapporto tra il Diritto e la tecnica: sarebbe corretto, infatti, che fosse quest'ultima a essere osservata attraverso la lente dei principi giuridici, e non il Diritto a dover (passivamente) prendere atto delle proprie lacune ogni qualvolta emerga una novità sul piano tecnologico [78]. Viceversa, il rischio è quello di non ricondurre a sistema il fenomeno tecnologico in esame, rendendo necessaria la continua introduzione di nuove regole speciali e "strappi al sistema" in un ordinamento già eccessivamente articolato, che vedrebbe così ulteriormente ridotta la sua coerenza sistematica [79].

Non indifferente, poi, è la constatazione che le proposte *de jure condendo* rendono pur sempre necessario attendere l'intervento del legislatore, il quale (come è tristemente noto) da tempo non dà dimostrazione di particolare rapidità, qualità ed efficacia nel produrre nuovi testi normativi [80]. Resterebbe, pertanto, aperto il problema di ricostruire una disciplina equilibrata *de jure condito*, in attesa delle riforme auspicate da tali Autori.

Le criticità finora evidenziate nella logica tradizionale nell'approccio alle problematiche derivanti dai sistemi software complessi rende necessario, evidentemente, ripensare il rapporto uomo-software.

6.2. – Adottando una prospettiva radicalmente differente da quella fin qui descritta, si potrebbe tentare di considerare direttamente il software quale (co)conducente del veicolo. Un'interpretazione, questa, che pure sembra suggerita dagli stessi studi ingegneristici del settore [81], se non addirittura dal legislatore [82], e che a volte viene osservata anche in dottrina, ma spesso scartata quasi a priori [83]. Il tema affonda le radici in quello, più ampio, della natura giuridica dei software complessi (ambito che, a sua volta, include la riflessione sulla soggettività giuridica delle Intelligenze Artificiali) [84]. Trattasi di una problematica che aveva riscontrato am-

[78] Sembra opportuno, peraltro, mettere in guardia dal rischio che l'intenzione di "governare" il fenomeno tecnologico (soprattutto sul piano economico e produttivo) distolga l'interprete dal suo ruolo, portandolo a guidare l'interpretazione secondo ciò che egli ritenga più opportuno sul piano politico, piuttosto che in base ai dati normativi esistenti. Da ciò deriva la possibilità di ravvisare lacune ogni qualvolta il dato normativo non rispecchi il proprio quadro ideale (non sembra un caso, perciò, la diffusa tendenza ad appellarsi al legislatore), oppure il rischio di invertire il processo motivazionale, cioè di ricostruire il processo logico in funzione del risultato auspicato, e non, al contrario, ricavare il risultato mediante argomentazioni propriamente giuridiche. Cfr. A. ALBANESE, *Mobilità del futuro e funzione preventiva della responsabilità civile*, in *Europa e Diritto Privato*, 2023, 2, 439 ss.

[79] Pone l'accento sulla necessità di ricorrere in primo luogo all'interpretazione sistematica e alla valorizzazione della capacità di mediazione giuridica delle disposizioni esistenti U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale ed* automotive, cit., 153 ss.

[80] Si può anche ricordare (v. *supra*) come lo stesso legislatore europeo stia, in questo momento, rinunciando a intervenire direttamente sulla regolamentazione della responsabilità civile in ambito di IA e di sistemi informatici complessi, al fine di dare la precedenza alla coerenza sistematica interna di ciascun ordinamento.

[81] Si v. il più volte citato rapporto di SAE International, dove si evidenzia a vari livelli e intensità come il software assuma il controllo di determinate funzioni dinamiche di guida

[82] V., per esempio, le definizioni relative alla guida automatizzata contenute nel d.m. 70/2018

[83] V., per esempio, S. PELLEGATTA, *automazione nel settore* automotive, cit., 1418 ss.: l'A. giunge condivisibilmente ad osservare come "*Effettivamente a condurre la macchina provvede la macchina stessa, ovvero più precisamente il sistema automatico. Sul piano fattuale tale assunto difficilmente può essere revocato in dubbio. Si potrebbe allora concludere nel senso di ritenere che il conducente diventi lo stesso sistema automatico*"; tuttavia, lo stesso A. esclude tale conclusione, in quanto associa necessariamente la qualifica di conducente alla titolarità della soggettività giuridica, poiché ritiene che la normativa vigente identifichi necessariamente il conducente come una persona fisica. Conseguentemente, dal momento che a suo parere "*detta "personificazione" della macchina non può allo stato però essere attuata*", egli non prende in considerazione strade interpretative differenti, quale quella proposta in questa sede, che prende le mosse dall'analisi funzionale e intenzionale dei sistemi complessi.

[84] Non è possibile, in questa sede, dedicare apposito spazio ai problemi dell'IA e alle eventuali intersezioni con il tema dei veicoli autonomi. Posto che non è stata ancora adottata una normativa europea sull'IA (attualmente in fase di approvazione), appare prioritario concentrarsi sulle disposizioni vigenti, mantenendo un approccio tecnologicamente neutro.

ISSN 2421-2563



pio interesse in passato, per poi essere sostanzialmente accantonata, in un atteggiamento di reazione nei confronti di alcune prospettive oltranziste (e spesso scarsamente argomentate sul piano giuridico) che hanno trovato il loro culmine nella Risoluzione del Parlamento Europeo del 2017, dove si suggeriva la prossima creazione di una personalità giuridica elettronica per i robot dotati di IA.

In questo modo, tuttavia, non sono state sufficientemente approfondite talune prospettive, alternative a quella "tradizionale" causalista, che sembrano consentire una più proficua qualificazione giuridica dei fenomeni tecnologici che si sta osservando. Il riferimento, in particolare, è a quella parte di dottrina che ha proposto di studiare i sistemi informatici complessi adottando una chiave di lettura fondata su un'osservazione di tipo intenzionale e funzionale delle azioni dei software: si osserva, in particolare, come i sistemi complessi si inseriscano nel tessuto socioeconomico quali entità che svolgono autonomamente funzioni analoghe a quelle umane, rivestendo il ruolo di ausiliari degli esseri umani e sostituendosi a questi ultimi in determinate attività [85].

In tal senso, una prima premessa fondamentale sul piano empirico e sociologico è costituita dalla presenza di un fenomeno sociale complesso, in cui i fattori ambientali e le azioni di diversi attori sociali convergono e si mescolano, dando luogo a un risultato che non è più formato dalla mera somma di tali contributi, bensì culmina in qualcosa di nuovo. Ciò, evidentemente, riduce (o finanche elimina) la possibilità di ricondurre concretamente quel risultato all'azione di un determinato soggetto (umano), dando luogo a una condizione di potenziale inspiegabilità sul piano causale. È per questo motivo che diviene tendenzialmente inefficace tentare di ricostruire, di volta in volta, i precisi meccanismi causali alla base delle azioni dei software complessi (i.e. tramite il ricorso all'analisi informatica e progettuale del software), al fine di ricondurre quel risultato empirico alle condotte di singoli soggetti umani.

Una seconda premessa, più propriamente giuridica, consiste nell'individuazione di un criterio (appunto, giuridico) che giustifichi la scissione delle azioni del sistema informatico da quelle degli umani che hanno costruito o utilizzato il software, ricostruendo in questo modo una sfera di autonomia giuridicamente rilevante, da associare al sistema informatico complesso [86]. Autorevole dottrina ha condivisibilmente individuato tale criterio nella capacità di decidere nell'incertezza, ovvero nel compimento della scelta di un'azione da

---

[85] L'orientamento che si andrà ora a descrivere trova tra i suoi massimi fautori G. TEUBNER, *Ibridi ed attanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, Milano, 2015, ID., *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, trad. a cura di P. FEMIA, Napoli, 2019, il quale ha elaborato una complessa teoria sociologica e giuridica sulla soggettività degli agenti software autonomi (ASA): questa si fonderebbe sulle capacità comunicative dei sistemi complessi (non solo i software, ma anche gli enti) e sulla loro personificazione sul piano sociale, che consentirebbe loro di compiere atti giuridicamente rilevanti ed efficaci, assurgendo così a una (parziale) soggettività giuridica. In questa sede, peraltro, sembra sufficiente esaminare quanto più strettamente attinente alla valutazione dei "comportamenti" dei software complessi al fine del solo giudizio sulla responsabilità civile per il loro impiego. Per quanto concerne la soggettività degli ASA e la loro capacità di compiere atti (e, soprattutto, negozi) giuridici, dunque, si rinvia alle opere dell'Autore.

Di fondamentale importanza anche le teorie filosofiche di DENNETT D., *The Intencional stance*, Cambridge, 1989, il quale ha teorizzato la possibilità di osservare i sistemi sociali complessi mediante l'attribuzione di stati intenzionali e cognitivi e la rinuncia a un'analisi di tipo fisico o progettuale che intenda ricostruire i precisi processi decisionali interni al sistema.

Altri Autori che adottano una prospettiva convergente sono S. CHOPRA, L. WHITE, *A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents*, Ann Arbor, 2011, G. SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?*, in *Contratto e impresa*, 2002, 2, 465 ss., ID., *L'intenzionalità dei sistemi informatici e il diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2003, 1, L. B. SOLUM, *Legal Personhood for Artificial Intelligence*, in *North Carolina Law Review*, Van Hecke-Wettach Hall, 1992, 4, 1239 ss., M. LOOS, *Machine-to-Machine Contracting in the Age of the Internet of Things*, in AA.VV., *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Oxford, 2017, 59 ss.

[86] Sul tema dell'autonomia dei sistemi software complessi e per una panoramica delle differenti tesi ricostruttive si rinvia a V. CAREDDA, *Intelligenze artificiali e contratti*, 259 ss.



compiere tra diverse opzioni possibili, selezionando quella ottimale in funzione di determinati obiettivi e criteri [87]. Gli effetti di queste decisioni non sarebbero sempre prevedibili *ex ante* dagli utilizzatori dei software, ma spesso sarebbero solo correggibili *ex post*: il sistema informatico complesso, dunque, è in grado di operare in assenza di un diretto controllo umano e di relazionarsi con l'ambiente, generando un esito (*output*) che non è più frutto diretto di una valutazione umana, ma si caratterizza, ancora una volta, per essere un *quid novi*. Un tale risultato è la diretta conseguenza dello scopo per il quale questi sistemi informatici vengono realizzati: sostituirsi all'umano e operare senza il suo controllo, al fine di ridurre l'impegno a lui richiesto e rendere possibili anche risultati che superino le sue capacità recettive e cognitive. In buona sostanza, si tratta dell'obiettivo che costituisce la premessa fondamentale della cibernetica [88] e dell'intelligenza artificiale: il piano tecnico, quello filosofico e quello giuridico, dunque, convergono armonicamente verso la stessa conclusione.

Poste queste premesse, il mutamento di prospettiva consiste nel compiere un'operazione di astrazione, ossia di focalizzare il punto di vista sulle azioni del sistema informatico complesso, come se al suo posto vi fosse un essere umano. Si tratta, sostanzialmente, di una forma di entificazione sul piano sociale: il sistema osservato cessa di essere mero strumento, *longa manus* di uno o più attori sociali (produttori o utilizzatori), ma si separa da essi, venendo a formare a sua volta una nuova entità sociale. In tal modo non è più strettamente necessario ricostruire di volta in volta i procedimenti decisionali interni del sistema informatico, poiché diviene sufficiente l'osservazione empirica ed esterna delle azioni da esso compiute.

Si procede dunque a osservare e interpretare le azioni del software quale attore sociale (*rectius*, nella terminologia di un autorevole Autore, un "attante", ossia una forma più sfumata e primordiale di personaggio scenico teatrale) [89]: esso si caratterizza allora per essere un'entità che agisce orientando le proprie azioni verso obiettivi e risultati, e il cui comportamento, pertanto, è interpretabile secondo criteri di razionalità e di efficacia teleologica e causale, nonché (e questo diviene fondamentale ai fini dello studio della responsabilità civile) valutabile secondo modelli oggettivi di diligenza [90]. L'analisi e la qualificazione giuridica delle azioni di tale nuovo attore verrà così condotta ricorrendo agli stessi criteri con cui si procede comunemente a osservare e interpretare le azioni umane, ossia mediante l'analisi empirica e fenomenologica della condotta (intesa come l'insieme di azioni o "comportamenti") del sistema informatico [91]. In tal senso, il metodo consiste nel ricostruire dinamicamente le azioni del software (i.e., nel nostro caso, la dinamica del sinistro) e paragonarle a quelle di un conducente umano medio, onde valutare oggettivamente la conformità della condotta alla diligenza imposta dall'ordinamento, e poter così giudicare sulla sussistenza o meno dell'elemento soggettivo costitutivo della fattispecie di responsabilità [92]. In questo modo, il comportamento tenuto da un'entità ciberneti-

---

[87] G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali?*, cit., 46 ss.

[88] La cibernetica, secondo la voce enciclopedica Treccani (consultabile su www. Treccani.it) è la "*Disciplina che si occupa dello studio unitario dei processi riguardanti «la comunicazione e il controllo nell'animale e nella macchina» (secondo la definizione di N. Wiener, 1947): partendo dalle ipotesi che vi sia una sostanziale analogia tra i 'meccanismi di regolazione' delle macchine e quelli degli esseri viventi e che alla base di questi meccanismi vi siano processi comunicazione e di analisi di informazioni, la c. si propone da un lato di studiare e di realizzare macchine ad alto grado di automatismo, atte a sostituire l'uomo nella sua funzione di controllore e di pilota di macchine e di impianti, e dall'altro lato, inversamente, di servirsi delle macchine anzidette per studiare determinate funzioni fisiologiche e dell'intelligenza*". Per uno studio sull'impiego dei sistemi cibernetici in ambito contrattuale si v. anche F. BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Milano, 2007, 170 ss.

[89] G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali?*, cit., 46 ss.

[90] In tal senso v. anche G. F. SIMONINI, *L'intelligenza artificiale guida le nostre vetture*, cit., 61. Sulla nozione oggettiva di colpa (che consente l'applicazione del modello di comportamento dell'uomo medio anche a un'entità non umana, come il software) si rinvia all'autorevole opera si S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 2023 (ristampa), 164 ss.

[91] Così pervenendo al risultato auspicato, peraltro, da U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale ed* automotive, cit., 153 ss., pur seguendo un percorso interpretativo e sistematico differente da quello di tale Autore.

[92] A una possibile obiezione, secondo la quale i software non sarebbero in grado di orientarsi in funzione delle regole giuridiche

ISSN 2421-2563



ca potrà essere esaminato, spiegato e valutato alla luce di criteri che sono ben radicati nella tradizione giuridica, con l'effetto positivo di non creare, peraltro, alcuna riduzione del livello di diligenza esigibile, né discriminazioni nel trattamento dei casi di responsabilità civile tra i sinistri cagionati da veicoli tradizionali e quelli causati da veicoli automatizzati o autonomi (sul punto si tornerà *infra*).

Si sottolinea, comunque, come una tale prospettiva non si basa su una antropomorfizzazione del software, né sul riconoscimento di una personalità in senso strettamente filosofico o metafisico [93]: al contrario, i sostenitori di queste tesi sottolineano come si tratti di un metodo di interpretazione e qualificazione della realtà focalizzata sul piano strettamente sociologico e giuridico, e strettamente finalizzato a una migliore comprensione dei fenomeni sociali e a una più efficace regolamentazione giuridica. In tale ottica non viene in considerazione, dunque, una questione di tipo morale, la quale, anzi viene ritenuta irrilevante ai fini preposti (ossia, per quanto di interesse in questa sede, per la valutazione dei fatti ai fini della allocazione della responsabilità giuridica) [94].

Posta, dunque, la necessaria premessa teorica e metodologica, e individuati di conseguenza i criteri utili per la valutazione e la qualificazione dei casi di studio, le inferenze giuridiche si prospettano di seguito: il sistema informatico di guida automatizzata viene qualificato giuridicamente come un (co-)conducente del veicolo [95], e la sua condotta di guida viene osservata, spiegata e valutata come se (ed è il caso di sottolineare che il riferimento sia, appunto, analogico) a condurre il veicolo, al posto del software, vi fosse un umano. Non si tratterebbe, peraltro, di mera finzione [96], bensì della valorizzazione della natura cibernetica del sistema informatico, il quale è stato per l'appunto creato allo scopo di sostituire l'uomo nella realizzazione di attività

---

di diligenza, si può replicare che le condotte conformi sono il risultato di una programmazione e di un utilizzo che di tali regole deve tenere conto. È nel momento della creazione e dell'utilizzo dei software, dunque, che avviene l'incorporazione delle regole giuridiche nei loro pattern comportamentali (mediante la traduzione dei precetti astratti nel loro risultato empirico, i.e. le condotte conformi, che vengono perciò impartite al software). Come si vedrà meglio *infra*, il mancato rispetto delle regole da parte del sistema comporta, peraltro, la responsabilità di chi su di esso ha esercitato, a vario, titolo, una forma di controllo o preposizione. Il rispetto delle regole giuridiche, dunque, diventa una necessità per chi è in grado di orientare l'azione del sistema informatico. Sul punto v. anche L.B. SOLUM, *Legal Personhood for Artificial Intelligence*, cit., 1239 ss.

[93] V., per tutti, L. B. SOLUM, *Legal Personhood for Artificial Intelligence*, cit., 1239 ss., 1281 e G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali?*, cit., *passim*.

[94] È dunque possibile ritenere irrilevanti gli argomenti di tipo morale, filosofico e metafisico che, secondo l'opposto orientamento, si opporrebbero al riconoscimento di una forma di autonomia e/o soggettività giuridica dei software complessi, quali la mancanza di un'anima, del libero arbitrio o dell'autocoscienza (e a prescindere dalle personali credenze in relazione a tali argomenti). Cfr. la posizione del filosofo J.R. SEARLE, *Minds, brains, and programs*, in *Behavioural and Brain Sciences*, 1980, 3, secondo cui i software non sono dotati di autocoscienza e comprensione di sé stessi e di ciò che "fanno", ma sono costruiti per associare delle reazioni a degli input, secondo quanto stabilito dai programmatori. Non sarebbe dunque possibile, secondo l'A., ascrivere loro una sfera di autonomia rispetto agli umani. Il punto dirimente, però, è che agli scopi che qui ci si prefigge non appare necessario che l'entità osservata sia effettivamente autocosciente o dotata di altri requisiti psicologici, metafisici o morali: ci si accontenta della ben più modesta osservazione empirica esterna, onde risolvere un mero problema di regolamentazione giuridica. Dal momento, poi, che non si tratta qui di equiparare la macchina all'umano sul piano morale (come se si volesse elevare il software allo status di un "feticcio", o comunque di un ente moralmente personificato e dotato di proprie tutele morali), non sembra che la prospettiva qui descritta entri in contrasto con il principio personalistico alla base dell'ordinamento e al primato giuridico-morale dell'essere umano.

[95] Una prospettiva che riconosca il ruolo del software come conducente del veicolo sembra essere stata effettivamente adottata dal legislatore britannico, il quale, al par. 2 della legge "*Automated and Electric Veichles Act* 2018" parla di incidenti cagionati dai veicoli autonomi mentre si guidano da soli ("*an accident is caused by an automated vehicle when driving itself*"); v. F.P. PATTI, *The European road,* cit., 135. Si può osservare come tale legge pone la responsabilità per i danni cagionati dalla guida automatizzata in capo all'assicuratore del veicolo, compiendo così una scelta che supera il problema della prospettiva causalista, ma che (a sommessa opinione di chi scrive) non consentirebbe di valorizzare il ruolo degli umani che controllano o comunque traggono vantaggio dall'impiego dei software complessi, non valorizzando così l'effettiva natura dei software quali assistenti digitali.

[96] Cfr., ad esempio, G. TADDEI ELMI, G.F. ROMANO, *Il robot tra* ius condendum *e* ius conditum, in *Informatica e diritto*, 2016, Napoli, 1, 128, i quali ritengono che attribuire una sfera di autonomia o anche una soggettività ai software integri sostanzialmente un'opera di finzione, perché i veri agenti rimarrebbero pur sempre gli umani.



umane, riproducendone i comportamenti e l'intelligenza. Ancora una volta, dunque, il dato tecnologico viene osservato in chiave giuridica, rappresentando la base per l'applicazione delle norme di comportamento da sempre applicabili alla condotta umana.

Giunti a questo punto, posto che la condotta del sistema di guida viene ricostruita e valutata giuridicamente come se si trattasse di un conducente umano, il passo successivo consiste nell'individuare il soggetto (o i soggetti) in capo al quale far ricadere la responsabilità per i fatti illeciti commessi dal software.

7. – È possibile da subito osservare come nell'attuale contesto di diritto positivo non vi siano le basi minime per ipotizzare una responsabilità posta direttamente in capo ai software complessi, dal momento che essi non sono titolari di un proprio patrimonio con cui far fronte a eventuali obbligazioni risarcitorie. Il tema, perciò, si interseca con il problema della soggettività giuridica delle entità non umane (tra cui, appunto, rientrano i sistemi informatici "intelligenti"). Com'è stato condivisibilmente osservato da molteplici Autori, infatti, discutere di una piena soggettività giuridica di un'Intelligenza Artificiale richiederebbe quantomeno l'assegnazione a essa di un patrimonio, con cui possa far fronte alle obbligazioni, incluse quelle risarcitorie. *De jure condito*, perciò, non vi sono le necessarie basi normative per poter ragionare in una siffatta prospettiva.

Ciò non si pone, peraltro, in contraddizione con la possibilità, riconosciuta anche da autorevole dottrina, di ritenere che alcuni software particolarmente avanzati possano essere titolari di una soggettività giuridica parziale, consistente nella capacità di porre in essere specifici atti giuridici[97]. Si tratterebbe, perciò, di una capacità giuridica e di agire strettamente limitata al compimento di tali atti, e per di più non nell'interesse proprio (i.e. del software), bensì sempre nell'interesse altrui, ossia degli utilizzatori umani. Ad ogni modo, anche ammettendo una siffatta capacità giuridica parziale in capo al software, resterebbe comunque insuperato il problema della mancanza di un patrimonio, che evidentemente non consente di ipotizzare una responsabilità diretta del sistema informatico. Sul piano della titolarità passiva dell'obbligazione risarcitoria, dunque, occorrerebbe sempre e comunque individuare un soggetto giuridico (in ogni caso, diverso dal software), il quale possa essere chiamato a rispondere dei danni.

Anche in questo caso emergerebbe l'utilità della prospettiva intenzionale e funzionale, la quale mette in luce come, sul piano empirico e sociale, tra determinati soggetti e i software si instauri un rapporto fondato, da un lato, sull'interesse perseguito mediante le azioni cibernetiche, e, dall'altro lato, sulla possibilità di esercitare una forma di controllo e di direzione sull'operato del software. Tale controllo, in particolare, va inteso in senso ampio, potendo estrinsecarsi in azioni di vario genere, quali ad esempio la programmazione, l'assegnazione di obiettivi, la sorveglianza e la correzione degli errori. Per quanto concerne l'interesse cui l'azione del software è mirata, invece, si osserva come esso faccia capo a coloro i quali, a vario titolo, si appropriano dei risultati dell'attività cibernetica; il che potrebbe avvenire sia direttamente (ad esempio spostandosi con un'auto a guida automatizzata) che indirettamente (e.g. consentendo ad altri di spostarsi mediante il veicolo). Sintetizzando quanto appena ricostruito, si può quindi osservare come tra gli umani (proprietari, utilizzatori e fornitori di servizi informatici) e i software intercorra un collegamento di natura socioeconomica, fondato sul controllo e sul conseguimento (diretto o indiretto) di un'utilità, volta al soddisfacimento di un interesse rilevante.

[97] La tesi più autorevole è quella di G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali?*, cit., *passim*. In questa sede, peraltro, appare ultronea una specifica riflessione su una parziale capacità giuridica dei sistemi complessi, dal momento che qui si sta meramente discutendo del tema della responsabilità per i danni e non della più delicata questione attinente al compimento di atti giuridici.

ISSN 2421-2563



Rapportando ancora una volta le considerazioni svolte sul piano extragiuridico (in questo caso, quello sociologico ed economico) a quello giuridico, si può osservare come la relazione tra l'umano e la macchina si avvicini notevolmente al rapporto di preposizione *ex art*. 2049 c.c.: anche nel caso in esame, infatti, si può ravvisare un elemento utilitaristico, consistente nel trarre un'utilità da un'attività altrui (in questo caso, un'entità non umana), con potere di direzione e controllo su colui che la svolge (a prescindere dall'inquadramento di tale attività nell'ambito di un'impresa) [98]; inoltre, è presente l'esigenza di garantire il ristoro dei soggetti danneggiati dall'azione del software "preposto" [99]. Si può quindi ritenere che nell'impiego del sistema informatico complesso e autonomo sia possibile rinvenire gli stessi fondamenti giuridici e la medesima *ratio* di cui alla responsabilità dei "padroni" e dei "committenti", la quale può allora trovare applicazione analogica al caso di specie [100].

Anche in questo caso, peraltro, deve sottolinearsi come si tratti, per l'appunto, di un'analogia, ove la comunanza di disciplina è giustificata da una identità di *ratio* e non da una "antropomorfizzazione" del software [101]. Non sembrano giustificate, allora, le riserve espresse nei confronti dell'applicabilità della norma in esame, basate sulla specifica natura "umana" del preposto [102]: se, come si è illustrato in precedenza, il comportamento del software può essere valutato su base analogica rispetto al comportamento umano, e perciò può essere posto alla base di un giudizio di illiceità del fatto, di conseguenza sarà possibile ritenere oggettivamente responsabile il preponente, ossia colui che si appropria del risultato dell'attività del software e che esercita su quest'ultimo poteri di direzione e controllo. Ancora una volta, perciò, non appaiono dirimenti le considerazioni di chi evidenzia che il software sia privo di (auto)coscienza, anima, senso morale o di piena e totale autonomia, dipendendo pur sempre dalle istruzioni di chi lo impieghi. Sotto quest'ultimo profilo, peraltro, non nuoce evidenziare come un'autonomia limitata e la soggezione al controllo e alla direzione di un soggetto sono, al contrario, i caratteri propri e giustificativi della responsabilità oggettiva dei preponenti.

---

[98] Sibillina la definizione di C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, IV, *La Responsabilità*, Milano, 2019, 737: "*Il rapporto di preposizione è il rapporto mediante il quale un soggetto (preponente) si appropria dell'attività altrui (preposto)*". Lo stesso A. identifica poi nel potere di direzione il *discrimen* tra il rapporto di preposizione (fondante la responsabilità in esame) e altre relazioni, nelle quali il soggetto agente sia dotato di piena autonomia decisionale e organizzativa (come avviene, normalmente, nel mandato e nell'appalto). Queste ultime, infatti, non consentono di imputare, in capo al beneficiario finale dei risultati dell'attività svolta da un altro soggetto, una responsabilità oggettiva per i fatti illeciti commessi da quest'ultimo nell'ambito della propria organizzazione.

[99] Ravvisa il fondamento della responsabilità *ex art*. 2049 c.c. nell'unione della *ratio* utilitaristica con quella di garanzia nei confronti delle vittime M. COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive. Artt. 2049-2053*, Milano, 2009, 79 ss.

[100] G. SARTOR, *Gli agenti software*, cit., 465 ss.; S. CHOPRA, L. WHITE, *A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents,* cit., 127 ss.: gli A., che scrivono con riferimento agli ordinamenti di *common law*, prendono come modello il principio del *respondeat superior*, ossia la responsabilità di un soggetto preponente per il fatto del preposto, analoga al disposto dell'art. 2049 C.C.; G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali?*, cit., 86 ss.

[101] Vi possono essere, pertanto, considerazioni specificamente riferibili solo ai preposti umani, come ad esempio l'elemento dell'imputabilità *ex art.* 2046 c.c., fondato sulla specifica condizione di incapacità di intendere e di volere dell'essere umano. Peraltro, va sottolineato come sia discussa, in generale, l'applicabilità dell'art. 2046 c.c. a favore anche del preponente: in senso affermativo, per tutti, v. C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, cit., 737 ss.; in senso negativo, invece, v. F. GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008, 94.

[102] In tal senso, v. ad esempio M.A. BIASOTTI, F. ROMANO, M.T. SAGRI, *La responsabilità degli agenti software per i danni prodotti a terzi*, in *Informatica e diritto*, 2002, 2, 165, G. TADDEI ELMI, *Soggettività artificiali e diritto*, in *Altalex – Quotidiano di informazione giuridica*, 2006, e in particolare U. RUFFOLO, *Le responsabilità da* artificial intelligence*, algoritmo e* smart product*: per i fondamenti di un diritto dell'intelligenza artificiale* self-learning, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di ID., Milano, 2020, 116, secondo il quale: «*Risulta, dunque, difficile identificare la* eadem ratio *con riguardo all'ipotesi di danni cagionati dall'operato di agenti non umani per "difetto" della loro "intelligenza artificiale", dal momento che l'art. 2049 C.C. responsabilizza il committente per una specifica ipotesi di fallibilità del (dell'intelligenza del) suo "commesso", ossia il compimento di un "fatto illecito", il cui elemento soggettivo è specificamente ragguagliato alla natura umana di quella intelligenza. Laddove, per contro, le entità non umane non parrebbero in grado di compiere comparabili "illeciti" o di porre in essere comportamenti dolosi o colposi strettamente intesi*».



Da ultimo, anche la critica fondata sulla circostanza che il software non potrebbe mai rispondere in solido con il preponente (a differenza, quindi, del preposto umano), proverebbe troppo [103]: la casistica, infatti, evidenzia comunemente ipotesi in cui il preposto sia incapiente, oppure rimanga ignoto o, ancora, possa essere soggetto a un'azione di regresso solo nei limiti della colpa grave [104]. Non sembra, perciò, che l'astratta possibilità di agire nei confronti del preposto sia effettivamente un elemento necessario per applicare la responsabilità dei "padroni" e dei "committenti" [105].

All'esito di queste osservazioni, è lecito affermare che la prospettiva funzionale consenta effettivamente di fare maggiore chiarezza sui meccanismi sociali e giuridici che legano i software di guida agli umani, che da essi traggono un'utilità. Di conseguenza, accettando tale prospettiva quale premessa di carattere logico e sistematico, è possibile osservare come il fondamentale risultato pratico-applicativo consista nello strutturare il giudizio di accertamento della responsabilità in due fasi: la prima concernerebbe la verifica della sussistenza di un fatto illecito (i.e., nel caso della guida automatizzata, un fatto *ex art*. 2054, c 1, c.c.), da svolgersi mediante l'analisi e la valutazione della condotta del software e delle conseguenze che ne siano derivate. In caso di accertamento positivo, il secondo *step* avrà ad oggetto, invece, l'individuazione dei soggetti "preponenti" responsabili (*ex art*. 2049 c.c.) [106].

Da osservare, poi, come tali "preponenti" possano essere, allo stesso tempo, più di uno: per la sua particolare natura, infatti, il software si presta a essere il punto di convergenza di molteplici attività di controllo e di direzione, nonché a fornire utilità diverse a più soggetti contemporaneamente: si pensi ad esempio a un veicolo automatizzato, il quale venga utilizzato da Tizio per i propri spostamenti, dietro pagamento di un canone al proprietario Caio e con l'assistenza informatica fornita dalla società Alfa, la quale provveda ad aggiornare, integrare, correggere e monitorare il corretto funzionamento del software, dietro corrispettivo. Ciascuno di questi soggetti detiene una porzione di controllo e di poteri di direzione nei confronti del software, il quale diviene così "servo" di più "padroni", ciascuno dei quali ricava un'utilità dall'impiego del sistema cibernetico. Ciò giustifica, pertanto, la loro qualificazione in termini di preponenti del software e la loro conseguente responsabilità.

Soffermandosi sulla fase dell'accertamento della sussistenza del fatto illecito, occorre segnalare come i software complessi sollevino un problema innovativo e peculiare rispetto alle macchine tradizionali e alle "cose", consistente nella possibile verificazione di eventi dannosi che siano stati cagionati nonostante il sistema abbia tenuto una condotta impeccabile sotto il profilo della diligenza, prudenza o perizia. Potrebbe darsi il caso, dunque, di un sistema di guida che cagioni un sinistro nonostante abbia tenuto una guida impeccabile e, perciò, pur avendo "fatto tutto il possibile per evitare il danno" [107]. Per quanto questo aspetto

---

[103] Si v. la posizione di M. RATTI, *Riflessioni in materia di responsabilità civile*, cit., 1174 ss., secondo cui l'applicazione dell'art. 2049 c.c. presupporrebbe la sussistenza di una responsabilità solidale del preposto, il quale risponde con il proprio patrimonio del danno cagionato a terzi. Pertanto, il software, essendo sprovvisto di un patrimonio, non potrebbe ricoprire la stessa posizione giuridica del preposto (coerentemente, l'A. apre alla possibilità che in futuro si possa prevedere la costituzione di un patrimonio riferibile al dispositivo, il che aprirebbe all'applicabilità della norma in esame).

[104] C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, cit., 737 ss.; sull'applicabilità dell'art. 2049 c.c. anche al caso del "danno anonimo", ossia quando il preposto non risulti individuabile, v. F. GALGANO, *I fatti illeciti*, cit., 94.

[105] Peraltro, come si vedrà in seguito, se da un lato è vero che il danneggiato non potrà aggredire il patrimonio del preposto cibernetico, come potrebbe fare invece nei confronti di un lavoratore umano, dall'altro lato tendono a essere presenti più "preponenti" del software, il che estende notevolmente la garanzia patrimoniale.

[106] Appare utile richiamare ancora una volta, quale posizione più autorevole e illuminante, quella di G. TEUBNER, *Responsabilità civile per i rischi della digitalità*, cit., 13 ss. (v. inoltre le altre opere dell'A., già citate).

[107] Il problema del rapporto tra il verificarsi di un evento dannoso cagionato dal veicolo automatizzato e l'effettiva sussistenza di una responsabilità (la quale, invero, non è affatto scontata e non può ritenersi *in re ipsa*) è segnalato in un certo senso anche da F.P.

ISSN 2421-2563



possa apparire banale, in realtà esso rischia di sollevare seri problemi applicativi qualora si adotti una prospettiva di tipo causalista: l'aver fatto tutto il possibile per evitare il danno, in tale ottica, non deve essere riferito alla condotta del software (come avverrebbe secondo la prospettiva funzionale), bensì al comportamento dei singoli umani.

A ben vedere ciò potrebbe portare a esiti applicativi incerti, finanche radicalmente opposti: si potrebbe giungere, infatti, fino al punto di fondare la responsabilità (ancora una volta, dei proprietari, degli utilizzatori e/o dei produttori) sulla base del mero nesso di causalità tra la circolazione del veicolo automatizzato e l'evento, senza così distinguere i casi di guida cibernetica diligente da quelli in cui la conduzione del veicolo sia stata colposa. Allo stesso tempo, e in senso contrario, una prospettiva focalizzata sui comportamenti umani (e non su quelli cibernetici), potrebbe portare ad escludere la responsabilità in ragione dell'imprevedibilità o dell'inevitabilità delle azioni del software. In tale modo si aprirebbe la possibilità, per coloro che traggano un'utilità dall'impiego dei veicoli automatizzati, di evitare la responsabilità sfruttando la complessità e l'autonomia dei software (facendo leva, in particolare, sul caso fortuito, la forza maggiore o il rischio da sviluppo, quali ipotesi di esclusione della responsabilità). Ne conseguirebbero gravi *vulnus* alla tutela dei soggetti danneggiati, che a livello sistematico risulterebbe anche in contraddizione con la *ratio* a fondamento della responsabilità per i danni da circolazione di veicoli (la quale, appunto, pone al primo posto l'interesse delle vittime a conseguire il risarcimento) [108].

Al contrario, adottando la prospettiva funzionale e intenzionale tali problemi applicativi verrebbero meno: il giudizio di responsabilità seguirebbe le regole ordinarie in materia di danni da circolazione stradale, così evitando le possibili incongruenze sistematiche della prospettiva causalista. Anche per quanto riguarda più specificamente i criteri di valutazione della condotta, poi, il superamento del paradigma tradizionale consentirebbe una maggiore coerenza sistematica e applicativa rispetto alla casistica già nota. Come si accennava in precedenza, infatti, il modello di diligenza applicabile al sistema di guida resterebbe identico a quello riferibile al conducente umano, parametrato a un conducente medio attento e dotato di normali capacità di guida. Non sembra condivisibile, infatti, l'elaborazione di un modello di diligenza differente per i veicoli automatizzati (*rectius*, per gli umani coinvolti nella sua creazione o utilizzo, secondo la prospettiva causalista), che si caratterizzi, da un lato, per essere più severo in relazione alle maggiori abilità di cui il software può essere portatore e, dall'altro, per essere meno rigido in relazione a quelle che sono oggettive difficoltà tecniche cui vanno incontro i sistemi di guida [109]. Si ritiene preferibile, al riguardo, porre in evidenza come il sistema

---

PATTI, *The European road,* cit., 143: l'A. si interroga se l'incidente cagionato dal veicolo autonomo a seguito di una decisione scorretta del software possa di per sé dimostrare l'esistenza di un difetto del sistema di guida, dando luogo alla responsabilità del produttore. Cfr., invece, A. ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicolo ad elevata automazione*, in *Europa e Diritto Privato*, 2019, 4, 995 ss., il quale rifiuta l'equiparazione del funzionamento della macchina al comportamento di un ausiliario e opta per l'applicabilità dell'art. 2051 c.c., rischiando però di incorrere nelle criticità esaminate *supra*.

[108] Non va sottovalutata, inoltre, la grave difficoltà cui andrebbe incontro il danneggiato anche sul piano probatorio: la prospettiva causalista renderebbe necessario ricostruire di volta in volta le vicende "interne" alla sfera della conduzione del veicolo (al quale, peraltro, il danneggiato è estraneo): occorrerebbe, infatti, di fornire la prova relativa alla specifica posizione del conducente, del proprietario o del produttore, i quali tutti potrebbero riuscire a "sfilarsi" dalla responsabilità per i danni qualora non fosse effettivamente raggiunta una prova di chi di loro debba risponderne.

[109] V. L. D'AMICO, *Intelligenza Artificiale e auto a guida autonoma. Tra prevenzione primaria, colpa penale e rischio consentito*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2022, 3, 593 ss., la quale, adottando una prospettiva di tipo causalista e strumentale, riferisce lo standard di diligenza alla condotta del produttore, anziché all'attività di conduzione del veicolo (deputata al software); preferibile l'impostazione di F.P. PATTI, *The European road,* cit., 145 ss., il quale sostiene l'importanza di far valere il criterio di diligenza basato sull'umano di media diligenza, quale primo riferimento da assumere anche nei confronti della guida automatizzata, in particolare fin quando la circolazione stradale sarà mista (veicoli manuali e automatizzati). Se e quando, invece, vi sarà una circolazione puramente automatizzata, allora sarà possibile considerare standard più elevati.



normativo prenda in considerazione, allo stato dell'arte (e salvo, comunque, sviluppi giuridici in futuro), il modello di condotta dell'uomo di media diligenza (il tradizionale "*bonus pater familias*") quale criterio normativo generale di valutazione della condotta. Un paradigma che, ad oggi, viene ricostruito dalla migliore dottrina civilistica in chiave oggettiva, ossia quale confronto tra un comportamento, inteso quale dato fenomenologico, e un *pattern* normativo; *ergo* non più in termini di rimproverabilità soggettiva e psicologica [110]. Ciò consente, evidentemente, di ritenere applicabile tale modello anche a un'entità non umana, poiché rende sufficiente un'osservazione empirica e fenomenologica delle azioni da essa poste in essere, rendendo irrilevante la presenza o meno di processi cognitivi e decisionali interni, definibili come "psicologici".

Viceversa, applicare standard di diligenza specifici per i veicoli automatizzati non solo comporterebbe notevoli difficoltà applicative e interpretative (perché richiederebbe la ricostruzione di un apposito modello di comportamento per i sistemi automatizzati), ma si porrebbe anche in contrasto col sistema, il quale, appunto, è incentrato su un modello di diligenza parametrato all'uomo medio. Infine, e *a fortiori*, si evidenzia come la prospettiva criticata rischi di creare discriminazioni (*ergo* violare l'art. 3 Cost.), con riferimento sia alla riduzione della tutela per i danneggiati (che, in ipotesi, non si vedano riconosciuto un risarcimento in ragione di una minore diligenza esigibile nei confronti del software), sia alla maggiore eventuale responsabilità allocata in capo ai preponenti dei sistemi di guida (in ragione della possibile maggiore capacità di guida pretesa nei confronti dei veicoli automatizzati).

Svolte le doverose premesse in merito alla ricostruzione della rilevanza giuridica del software, alla valutazione della sua condotta e, infine, ai criteri di collegamento con i soggetti giuridici rilevanti, è ora possibile esaminare nello specifico le singole posizioni di responsabilità.

7.1. – Prendendo dapprima in considerazione la figura del proprietario del veicolo dotato di sistemi automatizzati di guida, il dato normativo che viene senz'altro in considerazione è ancora una volta l'art. 2054, c.c., il quale prevede che egli risponda sia per il danno cagionato dal conducente, sia per i danni verificatisi a causa di difetti di progettazione o manutenzione del veicolo. La *ratio* deve essere ravvisata nel ruolo di garanzia del proprietario (c.d. *deep pocket*) a tutela dei terzi danneggiati [111], e si giustifica in base al fatto che egli possa esercitare una forma di controllo e prevenzione sull'uso e sulla manutenzione del veicolo, oltre al fatto che dall'utilizzo (diretto o indiretto) dello stesso egli tragga godimento (*cuius commoda, eius et incommoda*). Ne consegue che la sua posizione venga posposta rispetto a quella del terzo danneggiato, il quale invece diviene destinatario di una tutela forte, giustificata dalla intrinseca pericolosità dell'attività di conduzione di veicoli senza rotaie.

Con riguardo al risultato pratico (economico e sociale) della allocazione dei costi (i.e. dei danni) della circolazione di veicoli automatici in capo ai proprietari sono state rilevate alcune criticità in dottrina: in particolare, è stata evidenziata l'incoerenza di rendere responsabile un soggetto che non ha creato il software, né ha, di norma, un significativo potere di intervenire su di esso, soprattutto sul piano tecnico-informatico (sia per mancanza di conoscenze e strumenti tecnici, sia per limiti giuridici, derivanti dai diritti d'autore e industriali dei produttori) [112]. A queste osservazioni è possibile opporre la considerazione che il dato normativo esprime con sufficiente precisione la scelta di allocare in capo al proprietario del veicolo anche quei costi socioeconomici che pure non hanno alcuna connessione con la sua condotta, né, *a fortiori*, con la sua diligenza, trat-

[110] S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 164 ss.
[111] A. DAVOLA, R. PARDOLESI, *In viaggio col robot,* cit., 620.
[112] V., per tutti, R. LOBIANCO, *Veicoli a guida autonoma*, cit., 724 ss.

ISSN 2421-2563



tandosi di una chiara fattispecie di responsabilità oggettiva [113]. L'introduzione di sistemi di guida automatizzata, pertanto, non sembra consentire una deroga al dato normativo e non evidenzia un discostamento dalla *ratio* che già traspare dalla disposizione [114]. Lo scopo, in altri termini, è quello della tutela dei terzi danneggiati, con una preferenza assiologica della posizione di questi rispetto a quella del proprietario, a prescindere dalla (rimproverabilità della) condotta di quest'ultimo.

È possibile, allora, ritenere che il proprietario del veicolo automatizzato possa essere chiamato a rispondere sia *ex art.* 2049 c.c., quando eserciti una forma di controllo e di direzione sul software, sia, negli altri casi, *ex art*. 2054, c. 3 e 4, c.c., Peraltro, come si dirà meglio *infra*, nulla osta a che il proprietario possa chiamare in causa gli altri soggetti responsabili per i danni cagionati dai software di guida automatizzata [115].

7.2. – A seguire, occorre ora focalizzarsi sul rapporto che lega tra loro il produttore del veicolo dotato di un sistema di guida automatizzato e quest'ultimo. Come si è anticipato, questo soggetto è destinatario di particolare attenzione da parte della dottrina, la quale spesso lo considera come il sostanziale artefice delle azioni del software, in quanto suo creatore, *ergo* il principale responsabile. Al tempo stesso, alcuni Autori si preoccupano di come una responsabilità eccessivamente stringente rischi di disincentivare la progettazione e la realizzazione di tecnologie che consentirebbero di raggiungere i già richiamati benefici sociali, giungendo così a interpretare il dato normativo di conseguenza [116]. Il più delle volte, comunque, la riflessione della dottrina finisce col riscontrare insufficienze del dato normativo, il quale non consentirebbe di fondare una disciplina sufficientemente responsabilizzante nei confronti del produttore, e perciò renderebbe necessario un intervento del legislatore [117].

Adottando ancora una volta la prospettiva funzionale, tuttavia, si può notare come il quadro cambi notevolmente. L'interrogativo principale, infatti, diventerebbe non tanto chi abbia prodotto originariamente il

---

[113] In relazione alla responsabilità del proprietario anche per i vizi di costruzione, eventualmente in solido col produttore del veicolo, v. M. W. MONTEROSSI, *Responsabilità da prodotto difettoso e circolazione dei veicoli: la risarcibilità del danno in assenza di sinistro stradale*, in *Danno e Responsabilità*, 2020, 2, 235 ss.: la *ratio* risiede, appunto, nella prevalente esigenza di tutela dei terzi in relazione a un fenomeno di attività pericolosa, quale la conduzione di veicoli.

[114] V. anche G. VOTANO, *La responsabilità da circolazione stradale nella fase di transizione dai veicoli tradizionali alle auto a guida automatica*, in *Danno e Responsabilità*, 2019, 3, 330 ss.: l'A. ritiene che la posizione di responsabilità del proprietario sarà quella che verrà maggiormente in evidenza nella fase in cui circoleranno contemporaneamente veicoli manuali e automatizzati, soprattutto per via dell'obbligo assicurativo a suo carico.

[115] Una chiosa aggiuntiva in relazione alla posizione del proprietario del veicolo può essere svolta con riferimento all'obbligo assicurativo gravante su di lui. Alcuni Autori, come F.P. PATTI, *The European road,* cit., 136 ss., e D. CERINI, *Dal decreto* Smart Roads *in avanti*, cit., 406 ss. suggeriscono, infatti, che tale obbligo dovrebbe essere spostato in capo ai produttori dei veicoli a guida automatizzata, in quanto soggetti che eserciterebbero un controllo maggiore sul software, nonché un maggiore contributo causale in merito alle azioni di esso, *ergo* dovrebbero essere coloro che sopportano i costi assicurativi (anche in questo caso emergerebbe la prospettiva di tipo causalista o strumentale). In realtà, non nuoce evidenziare come il proprietario del veicolo resti colui che, in ultima istanza, ne decida l'ambito e la quantità di impiego in termini di tempo e spazio, nonché, in ultima battuta, colui che ricava una maggiore utilità diretta dal suo utilizzo. Non sembra errato, allora, continuare a porre tali costi assicurativi a suo carico, considerando anche che il costo del premio potrebbe variare in base proprio alle concrete modalità di utilizzo che egli realizzi. Sembra condivisibile, perciò, la posizione espressa da C. DELLA GIUSTINA, P. DE GIOIA CARABELLESE, *Il futuro dell'assicuratore nei rischi legali dei veicoli automatici*, cit., 1235 ss., al cui contributo si rinvia anche al fine di osservare come la scelta di mantenere l'obbligo assicurativo in capo al proprietario del veicolo automatizzato sia stata fatta propria dal legislatore britannico con l'Automated and Electric Veichle Act 2018. Infine, si sottolinea come la prospettiva intenzionale e funzionale consenta anche in questo di valorizzare il ruolo e la responsabilità del proprietario, quale "preponente" del sistema di guida.

[116] V., per esempio, le considerazioni poste da G. CALABRESI, E. AL MUREDEN, Driverless cars, cit., *passim*.

[117] V. R. LOBIANCO, *Veicoli a guida autonoma*, cit., 1080 ss.



software o il veicolo, bensì chi eserciti nei confronti di esso un certo ruolo di controllo e di influenza al momento del sinistro. Detto in altri termini, la figura che viene maggiormente in rilievo, in questo caso, non sembra essere il produttore in quanto tale, bensì colui che esercita una forma di controllo sulla condotta del software, anche indirettamente, e in particolare attraverso un'azione di monitoraggio della corretta funzionalità del sistema, onde intervenire sugli eventuali errori o difetti di programmazione. In un certo senso, ciò che viene in considerazione in questo caso è ancora una volta un rapporto assimilabile a quello di "preposizione", il quale si estrinseca in poteri e doveri di controllo e indirizzo, oltre a corrispondere a una posizione di interesse nei confronti dell'attività del software.

Peraltro, occorre fare chiarezza sulla figura di tale soggetto responsabile. Si può osservare come sia ormai estremamente comune, per quanto riguarda i beni incorporanti software interconnessi, una continua attività di aggiornamento e miglioria dei programmi informatici, normalmente forniti a mezzo della connessione internet [118]. Ciò si spiega in ragione della necessità di una continua evoluzione dei software sia per motivi di sicurezza (si pensi alla problematica della cybersecurity), sia in relazione alla possibilità di mantenere una compatibilità del sistema operativo con i nuovi servizi e contenuti offerti. Spesso, poi, colui che fornisce gli aggiornamenti coincide con il produttore originario del bene digitale, evoluto e interconnesso. Quest'ultimo, dunque, tenderebbe a non venire più in considerazione (solo) per la sua sfera di controllo antecedente alla messa in circolazione del prodotto, come avviene con i prodotti di tipo tradizionale, bensì anche (e, forse, in una prospettiva evolutiva, soprattutto) per la sua attività di controllo successiva.

Si può peraltro osservare come il proprietario di un bene digitale possa scegliere a un certo punto di affidare l'attività di monitoraggio e aggiornamento a un fornitore di servizi digitali diverso dal produttore originario (il quale, del resto, potrebbe anche cessare di esistere, ad esempio per fallimento dell'impresa). Questo evidenzia come la figura che viene maggiormente in rilievo non è necessariamente, come si anticipava *supra*, il produttore in sé, bensì un soggetto deputato a una forma di controllo effettivo sul software al momento del suo funzionamento. Il software diviene così l'oggetto e il fulcro di un rapporto di servizio che intercorre tra l'utilizzatore del prodotto digitale (nel nostro caso, in particolare, il proprietario del veicolo automatico) e il soggetto deputato al monitoraggio e all'aggiornamento del software. Quest'ultimo esercita allora un potere di controllo e di influenza sul sistema informatico, di modo che è possibile, adottando la prospettiva funzionale, riconoscere un rapporto giuridicamente rilevante con il software, analogo a quello di preposizione *ex art.* 2049 c.c., secondo i criteri già esaminati. Anche in questo caso, quindi, esaminata la condotta del software ai sensi dell'art. 2054, c. 1, c.c., qualora il giudizio di responsabilità dovesse risultare positivo, l'obbligazione di risarcire il danno verrebbe imputata (anche) al manutentore del software.

Niente esclude, poi, che qualora quest'ultimo sia un soggetto diverso dal produttore originario, allora questi possa a sua volta essere chiamato a rispondere nei più ristretti limiti della responsabilità per i danni da prodotti difettosi, non essendo più legato da un rapporto di manutenzione e di controllo col software, che ne giustifichi l'assimilabilità a un "preponente" del sistema cibernetico [119].

---

[118] Nell'ambito dei rapporti tra venditori professionisti e acquirenti consumatori, la recente normativa sui beni dotati di elementi digitali, di cui agli artt. 128 ss., cod. cons., ha finanche previsto un obbligo del venditore a tenere informato il consumatore sugli aggiornamenti disponibili, e a fornirglieli. A quel punto, sarà onere di quest'ultimo provvedere all'installazione, in assenza della quale il venditore non potrà essere chiamato a rispondere dei danni cagionati dalla mancata conformità dei beni, derivante dal mancato aggiornamento.

[119] Si può notare, dunque, come la prospettiva intenzionale consenta anche di superare certe difficoltà applicative e certi limiti che deriverebbero da un'impostazione tradizionale, quale la più rigida disciplina della responsabilità da prodotto difettoso. Proprio questi limiti, peraltro, continuerebbero a essere giustificati in relazione a un produttore che non abbia più un rapporto di controllo con il

ISSN 2421-2563



7.3. – Occorre ora esaminare il complesso rapporto tra il conducente o utilizzatore umano, da un lato, e il sistema di guida automatico, dall'altro. Anche in questo caso, in base alla prospettiva funzionale e intenzionale, l'umano risulterebbe qualificabile come un "preponente" del sistema di guida, e perciò risponderebbe dei danni cagionati dal software ex art. 2049 c.c. [120]. Tuttavia, occorrerebbe anche valutare se egli assuma al medesimo tempo anche la funzione di co-conducente, e quindi possa rispondere ex art. 2054, c. 1, c.c. [121].

Un primo chiarimento può essere agevolmente fornito con riguardo al caso della guida totalmente automatizzata, in cui non vi siano doveri di supervisione: in questo caso, come si è visto, l'utilizzatore del veicolo non sarebbe qualificabile come conducente, perché non svolgerebbe alcuna delle funzioni di conduzione dinamica (DDT). Da ciò deriva la non condivisibilità della tesi, secondo cui il conducente debba continuare a essere identificato con il passeggero che ha il potere di attivare o disattivare il veicolo: la sua estraneità alle operazioni dinamiche di guida, infatti, pone immediatamente in evidenza come un tale approccio si fondi, sostanzialmente, su una mera finzione giuridica, volta a imputare oggettivamente a tale soggetto delle azioni che lui non ha compiuto. Peraltro, un simile percorso argomentativo potrebbe scontrarsi col fatto che egli possa (salvo, anche in questo caso, il ricorso a ulteriori finzioni giuridiche) dimostrare agevolmente che non avrebbe potuto fare niente per evitare il danno, non avendo egli il controllo diretto del mezzo. Sarebbe, quindi, preferibile identificare il sistema di guida come l'unico conducente del veicolo completamente automatizzato, le cui azioni diventano l'esclusivo riferimento comportamentale cui applicare la valutazione normativa della condotta di guida ai sensi dell'art. 2054 c.c., secondo la prospettiva funzionale.

Quanto ai casi di co-conduzione umana e cibernetica, ciò che viene in rilievo è un'attività sostanzialmente sinergica e complessa, in cui l'umano e il software controllano il veicolo contemporaneamente e in misura inversamente proporzionale l'uno rispetto all'altro [122]. Da evidenziare, comunque, come in questo caso il ruolo del co-conducente umano non si limiti all'esecuzione di quelle funzioni dinamiche di guida direttamente

---

software. Se si condivide la ricostruzione proposta, non sembra allora nemmeno necessario tutelare la posizione del produttore mediante la limitazione del danno risarcibile, in un'ottica di bilanciamento tra le esigenze di produzione e diffusione dei veicoli automatizzati, da un lato, con la tutela di interessi fondamentali della persona, dall'altro lato, come proposto da RUFFOLO U., AL MUREDEN E., *Intelligenza Artificiale e diritto* – Autonomous veichles, cit., 1657 ss. Ad ogni modo, non sembra neppure fondata la preoccupazione di tali Autori di voler consentire il progresso tecnologico e sociale attraverso la limitazione della sfera di responsabilità dei produttori (*rectius*, dei manutentori, se si accoglie quanto detto fin qui): in primo luogo, perché, al contrario, la priorità del sistema in materia di circolazione stradale sarebbe (a giudicare dalla *ratio* dell'art. 2054 c.c.) la piena tutela dei danneggiati; in secondo luogo, perché, se è vero che i veicoli automatizzati sono destinati a cagionare meno danni, allora non si comprende per quale motivo debba essere necessario ridurre i margini della responsabilità civile derivante dalla produzione e dall'impiego di tali mezzi.

[120] Il rapporto uomo-software, dunque, assumerebbe in questo caso i tratti di quello tra preponente e autista-lavoratore subordinato, richiamato anche da U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale ed* automotive, cit., 158.

[121] Nel senso che si tratti di finzione v. anche F.P. PATTI, *The European road,* cit., 136. V. anche F. DE VANNA, Autonomous driving *e questione della responsabilità: alcuni nodi teorici*, in Smart Roads *e* driverless cars: *tra diritto, tecnologie, etica pubblica*, a cura di S. SCAGLIARINI, Torino, 2019, 84, ritiene che "*In Italia, il sotto-sistema di responsabilità configurato dall'art. 2054 c.c., con l'aggravamento dell'onere della prova a carico del conducente, sarebbe decisamente incoerente con un sistema di circolazione completamente automatizzata che, per definizione, non consente al pilota d'incidere sul software che regola la guida del veicolo*"; ancora, A. DAVOLA, R. PARDOLESI, *In viaggio col robot*, cit., 616 ss., sostengono che "*nel contesto delle* driverless car*, l'attuale formulazione della norma si rivela profondamente inefficiente, in quanto pone l'onere del rischio di un incidente in capo ad un soggetto (il conducente), il quale non ha gli incentivi – o, meglio, i mezzi – per ridurre la probabilità del verificarsi dello stesso*".

[122] Un parallelo interessante all'interno dell'ordinamento può essere offerto dall'art. 483 cod. nav., dove la colpa è riferita alla nave, quale entità unitaria che riassume al suo interno l'insieme delle azioni del comandante, dell'equipaggio e dell'armatore: "*Se l'urto è avvenuto per colpa di una delle Navi, il risarcimento dei danni è a carico della nave in colpa*". Nel caso del veicolo a guida ibrida (i.e. mista umana e cibernetica) sembra parimenti utile – e, visto il dato normativo richiamato, anche sistematicamente coerente con le logiche già presenti nell'ordinamento – riferirsi alla conduzione del veicolo quale attività unitaria, frutto dell'insieme delle azioni umane e cibernetiche. Ciò non elimina, comunque, la possibilità di far valere il peso delle rispettive attività in sede di regresso (v. *infra*).



sotto il suo controllo, bensì sia incaricato della sorveglianza del sistema di guida, rivestendo così anche il ruolo di "preponente" del sistema informatico. In tal senso, alla sua responsabilità diretta quale conducente del veicolo, *ex art*. 2054, c. 1, c.c., si sommerebbe (non dissimilmente a quanto si è detto per il proprietario e per il produttore/manutentore del software) una responsabilità oggettiva e indiretta *ex art*. 2049 c.c. [123]. Si presti attenzione, peraltro, a come i due profili rimangano logicamente distinti, e delle conseguenze giuridiche che da ciò discendono: nei confronti dei terzi danneggiati, il conducente umano risponderà sia direttamente per fatto proprio (*ex art*. 2054, c. 1, c.c.), sia indirettamente, per fatto del software (*ex art.* 2049 c.c.) [124].

La responsabilità del (co)conducente umano, perciò, non si limiterebbe a coprire gli eventi cagionati con una propria condotta commissiva o omissiva (quest'ultima consistente nel caso in cui egli ometta di intervenire per impedire al software di cagionare danni, secondo lo schema della posizione di garanzia), bensì anche quelli cagionati dal software, salva la prova che un conducente umano, se si fosse trovato al posto del sistema automatico, non avrebbe potuto evitare il danno, coerentemente con quanto si è detto in precedenza a proposito degli altri soggetti responsabili ex art. 2049 c.c. (e salva la rivalsa nei confronti di questi ultimi, come si vedrà *infra*).

Da notare, poi, che la responsabilità oggettiva per il fatto del software potrebbe trovare applicazione anche nei confronti del passeggero, qualora questi, anche senza essere proprietario del veicolo, ne disponesse in misura tale da poter essere considerato come un "preponente" del sistema di guida, decidendone le modalità di impiego (ad esempio un comodatario o un locatario). Differente, invece, sarebbe l'ipotesi in cui il passeggero privo di controlli dinamici o, comunque, di intervento sulla guida, si limitasse a fruire di un servizio di trasporto (come nell'ipotesi di un taxi a guida automatizzata). In questo caso, egli non potrebbe essere considerato un preponente del software.

7.4. – Una delle caratteristiche peculiari e innovative dei veicoli dotati di sistemi avanzati di automatizzazione è data dall'interconnessione, ossia della possibilità di scambiare informazioni con gli altri veicoli (comunicazione veicolo-veicolo, indicata con la sigla V2V) e con le infrastrutture ad essi dedicate (comunicazione veicolo-infrastruttura, indicata con la sigla V2I), ossia le "smart road" [125]. A livello terminologico, per sottolineare questa particolare dimensione della futura mobilità, si usano i concetti di Veicoli Connessi e Au-

[123] Un paragone interessante è offerto da RUFFOLO U., AL MUREDEN E., *Intelligenza Artificiale e diritto* – Autonomous veichles, cit., 1657 ss.: la situazione descritta, infatti, non si allontanerebbe qualitativamente da quella dei veicoli a trazione animale, in cui il conducente risponde sia per fatto proprio (ex art. 2054 c.c.), sia come custode dell'animale (ex art. 2052 c.c.). Nel caso in esame, l'intelligenza "animale" viene sostituita da quella "artificiale", e però i tratti giuridicamente rilevanti rimangono assimilabili: la conduzione del veicolo è affidata a due entità distinte, e quindi due profili di responsabilità ricadono in capo al co-conducente umano. Si può evidenziare, peraltro, come nel caso dell'animale non si poneva il problema dei danni cagionati nonostante l'adozione di tutte le cautele necessarie; comportamento, questo, che non ci si può attendere da un animale ma da un software sì.

[124] In questo senso egli risponderà cumulativamente con gli altri preponenti del sistema di guida, i.e. proprietario e produttore/manutentore. Nei confronti di questi ultimi soggetti, tuttavia, la distinzione tra i due profili di responsabilità assume un'importanza cruciale, dal momento che di essa si terrà conto nell'allocazione "interna" delle responsabilità tra i diversi soggetti coinvolti. Tale aspetto verrà approfondito *infra*.

[125] Secondo l'art. 2, c. 1, d.m. 70/2018, le "smart road" sono "*le infrastrutture stradali per le quali è compiuto, secondo le specifiche funzionali di cui all'articolo 6, comma 1, un processo di trasformazione digitale orientato a introdurre piattaforme di osservazione e monitoraggio del traffico, modelli di elaborazione dei dati e delle informazioni, servizi avanzati ai gestori delle infrastrutture, alla pubblica amministrazione e agli utenti della strada, nel quadro della creazione di un ecosistema tecnologico favorevole all'interoperabilità tra infrastrutture e veicoli di nuova generazione*".

ISSN 2421-2563



tonomi ("*Connected and Autonomous Veichles*" – CAV) e di Sistemi di Trasporto Cooperativi Intelligenti ("*Cooperative Intelligent Transport Systems*" – C-ITS) [126]. Il profilo dell'interconnessione rende necessario riflettere, dunque, anche sulla posizione giuridica del gestore dell'infrastruttura.

Pur trovandoci ancora in una situazione embrionale del fenomeno, a livello di ipotesi sembrerebbe dirimente, ancora una volta, esaminare il rapporto tra questo ulteriore soggetto e il software, onde comprendere se vi sia un nesso qualificabile come "preposizione", nei termini descritti *supra*. Occorrerebbe, in buona sostanza, verificare le caratteristiche concrete del servizio di mobilità *smart* [127], ovvero se esso si limiti alla fornitura di dati e informazioni, oppure si estrinsechi in una forma di (co-)controllo sui veicoli, mediante istruzioni "cogenti" impartite ai software di bordo. Solo in quest'ultimo caso sembrerebbe possibile affermare la sussistenza di una posizione di responsabilità nei confronti dei danneggiati dalla circolazione dei veicoli automatizzati, nelle forme già viste [128].

8. – Un ultimo profilo relativo alla responsabilità per i danni cagionati dai software, e oggetto di molteplici analisi e preoccupazioni in dottrina, è rappresentato dal problema delle scelte etiche che stanno dietro alle azioni del software. Ci si interroga su come debba agire un sistema di guida che si trovi dinanzi a potenziali sinistri inevitabili, e che si trovi dunque costretto a decidere in merito a quali interessi sacrificare e quali, al contrario, salvare. Il caso tipico è offerto dall'esperimento mentale del c.d. "*trolley problem*" (letteralmente, il "dilemma del carrello"): un carrello ferroviario si trova dinanzi a un bivio senza poter frenare, e il conducente (o, in altre versioni dell'esperimento, un uomo posto ai comandi di un selettore di direzione) si accorge che in entrambi i binari sono legate delle persone, in numero differente (ad esempio, una persona sola in un binario, e cinque persone nell'altro). Il protagonista, dunque, si trova inevitabilmente a dover scegliere chi sacrificare.

Analogamente, ci si chiede allora come debba essere impostato il sistema di guida in situazioni di questo tipo, posto che il software è in grado di calcolare gli eventi e assumere decisioni in tempi estremamente rapidi. In altri termini, ci si interroga su quali scelte etiche debbano essere incorporate nel software e a quali responsabilità possa portare un'impostazione eticamente riprovevole [129].

Il problema, in realtà, seppur interessante dal punto di vista etico e filosofico, sembra assai meno rilevante dal punto di vista giuridico, come osservato condivisibilmente da alcuni Autori [130]: il sacrificio di un determinato interesse a favore di un altro, proprio o altrui, nel nostro ordinamento è sostanzialmente disciplinato in due ipotesi, e cioè la legittima difesa e lo stato di necessità, e in entrambi i casi la responsabilità è esclusa.

---

[126] Si tratta del profilo che efficacemente G. TEUBNER, *Responsabilità civile per i rischi della digitalità*, cit., 13 ss. ha definito "rischio di interconnessione". Sul tema si v. anche R. LOBIANCO., *Veicoli a guida autonoma e responsabilità civile*, cit., 724 ss.; per una trattazione specifica sul tema dell'interconnessione tra smart veichles e smart roads v. C. INGRATOCI, *Autonomous veichles in smart roads,* cit., 501 ss., e anche D. CERINI, *Dal decreto* Smart Roads *in avanti*, cit., 401 ss., il quale pone anche l'accento sul problema del "rischio spaziale", ossia sul profilo della rete satellitare, cui saranno collegati i veicoli smart.

[127] Sul rapporto contrattuale tra gestore dell'infrastruttura e utilizzatore del veicolo v. C. INGRATOCI, *Autonomous veichles in smart roads,* cit., 514, che qualifica il gestore della smart road come un "*service provider*".

[128] Pur con prospettive differenti, evidenzia l'attribuzione di responsabilità (anche) in capo al fornitore del servizio della rete anche U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale ed* automotive, cit. 170 ss.

[129] Altri spunti di riflessione in tema di etica degli algoritmi, dei quali in questa sede non è possibile dare pienamente conto, sono spesso attinti dalle famose opere di I. Asimov: v. M. TAMPIERI, *L'intelligenza artificiale*, cit., 732 ss.

[130] G.F. SIMONINI, *L'intelligenza artificiale guida le nostre vetture*, cit., 70 ss., U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale ed* automotive, cit., 153 ss.



Quando si tratti di scegliere quale interesse sacrificare, dunque, l'agente potrà senz'altro assumere la decisione che ritenga eticamente più corretta, senza peraltro che questa risulti illecita sul piano giuridico. Salvare sé stessi sacrificando altri, o salvare qualcuno sacrificando un terzo, infatti, sono tutte scelte giuridicamente neutre (salvo l'ipotesi in cui si sia colposamente dato origine alla situazione di pericolo).

Anche con specifico riferimento ai sistemi avanzati di guida, dunque, il problema etico della scelta dell'interesse da sacrificare (ad esempio, tra la salute dei passeggeri, quella dei pedoni o quella di altri conducenti) non ha una propria effettiva rilevanza giuridica, dal momento che l'ordinamento consente di sacrificare un interesse al fine di salvaguardarne un altro di pari livello assiologico. Inoltre, è stato condivisibilmente evidenziato come simili quesiti etici, in realtà, partano da un assunto arbitrario, in quanto presupporrebbero la prevedibilità totale e l'assoluta certezza di due eventi alternativi da parte dell'entità che si trovi a decidere su come agire. Ciò, evidentemente, appare più come un caso di scuola che come una situazione concreta, dove vi è sempre una percentuale di dubbio e di inesattezza.

Ancora, è stato condivisibilmente osservato come il momento effettivamente rilevante, dal punto di vista giuridico, non sia quello in cui, ormai, qualunque scelta si riveli catastrofica, bensì quello antecedente, in cui ancora rimane aperta la possibilità di evitare il danno. È in relazione a tale fase, infatti, che può procedersi a valutare la condotta di guida e a stabilire se essa sia stata negligente [131].

Pertanto, appare corretto affrontare i problemi etici da una prospettiva di Diritto positivo, attraverso la lente dei principi e degli istituti dell'ordinamento. Ciò consente sia di cogliere l'effettiva portata teorica del problema, sia di fornire soluzioni basate sulle caratteristiche del caso concreto: il sacrificio del diritto altrui, allora, sarà giustificato se e quando le norme lo consentano (in particolare, nei casi di necessità e per legittima difesa). Gli ulteriori profili etici (come il numero o le caratteristiche delle vittime in ciascuna possibile scelta), invece, appartengono evidentemente alla sfera morale dell'agente, ma non sono giuridicamente rilevanti.

Coordinando anche queste considerazioni con una prospettiva di tipo intenzionale e funzionale, si potrà osservare come la liceità del comportamento del sistema di guida debba essere giudicata in relazione alla tutela, per quanto possibile, della salute umana; ove ciò non sia possibile e dalle diverse azioni possibili derivino comunque delle vittime, allora si valuterà se nel caso concreto siano applicabili le cause di giustificazione previste dall'ordinamento [132]. Nel fare ciò occorrerà, comunque, tenere conto del fatto che il sistema informatico, nel caso di assenza di persone a bordo del veicolo, non potrà certamente agire per tutelare sé stesso e la vettura a scapito della salute degli esseri umani all'esterno, dal momento che l'integrità psicofisica umana ha un valore assiologico senza dubbio più alto rispetto alla tutela materiale del veicolo e del software [133].

9. – Il quadro appena delineato, ricostruito dal punto di vista dei singoli soggetti chiamati a rispondere dei danni cagionati dai sistemi automatici di guida, può essere ora osservato dal punto di vista del danneggiato, nonché nei rapporti interni tra i soggetti responsabili. Di immediata evidenza è come, secondo la prospettiva

[131] Così G.F. SIMONINI, *L'intelligenza artificiale guida le nostre vetture*, cit., 70 ss.

[132] In tal senso v. anche U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale ed* automotive, cit., 156, il quale ritiene necessario assicurare una continuità tra i criteri comportamentali esigibili all'autista umano e quelli del software di guida autonoma.

[133] In aggiunta alle considerazioni già espresse si può riportare l'osservazione di U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale ed* automotive, cit. 155, il quale mette anche in evidenza come un'eccessiva preoccupazione etica, che porti a precludere la diffusione di veicoli automatizzati, rischi paradossalmente di impedire il prodursi dei benefici sociali derivanti da una maggiore diffusione dei sistemi di guida avanzati, più sicuri della guida umana.

ISSN 2421-2563



adottata, il danneggiato goda di una tutela ampia e agevole. Coerentemente con quanto già avviene in qualsiasi sinistro stradale, egli avrà sostanzialmente l'onere di dimostrare l'esistenza del danno e il nesso causale con la circolazione del veicolo, ricadendo sulle controparti l'onere di dimostrare che, nella conduzione del veicolo, sia stato fatto tutto il possibile (dal conducente, sia esso umano o software) per evitare l'evento dannoso. Nei casi di guida automatizzata, ciò significa immedesimarsi nella condotta del software di guida e dimostrare che, se un umano si fosse comportato allo stesso modo, quest'ultimo sarebbe andato esente da responsabilità (i.e. fornendo la prova liberatoria ex art. 2054, c. 1, c.c.).

Nell'individuazione dei soggetti danneggiati, un profilo peculiare e innovativo della guida automatizzata consiste nel fatto che anche gli stessi co-conducenti umani o utilizzatori possano subire danni dalla condotta dei software [134]. Ciò può dare luogo a situazioni complesse, nelle quali si renda innanzitutto necessario valutare il distinto contributo causale e il grado della colpa, con riguardo sia alla condotta umana, sia a quella cibernetica; inoltre, occorrerà anche valutare il ruolo dell'utilizzatore con riguardo agli altri "preponenti", per comprendere quale percentuale di danno (cagionato dal software) debba essergli imputata.

Anche in questo caso, l'adozione di una prospettiva di tipo causalista comporterebbe serie difficoltà interpretative e rischierebbe di dare esito a soluzioni fortemente eterogenee e sbilanciate. In un'ottica tradizionale, infatti, posto che il software di guida non potrebbe essere considerato come conducente, le alternative sarebbero sostanzialmente due: o si ritiene che l'utilizzatore debba essere comunque qualificato come conducente, per il solo fatto di aver azionato il veicolo (in base a quella che *supra* è stata definita come una finzione giuridica), oppure lo si equipara a un mero passeggero di un veicolo privo di conducente. Nel primo caso, si potrebbe ritenere che l'utilizzatore-conducente si sia danneggiato da solo, e che dunque non abbia diritto a domandare alcun risarcimento nei confronti di altri soggetti, ossia il proprietario, il produttore o il manutentore del veicolo [135]. Alternativamente, si potrebbe ipotizzare che egli possa ugualmente agire nei confronti di questi ultimi, ritrovandosi però a dover fornire prove molto difficili, quali la difettosità (causalmente efficiente) del prodotto-veicolo oppure la riconducibilità dell'evento a una condotta del proprietario, secondo le tipologie di responsabilità già esaminate in precedenza. È evidente, dunque, che anche ammettendo astrattamente la possibilità che l'utilizzatore possa agire per ottenere un risarcimento, in concreto gli oneri probatori a suo carico potrebbero rendere estremamente difficile conseguirlo.

Optando, invece, per una prospettiva di tipo funzionale, l'azione del software acquisterebbe un'autonoma rilevanza, e quindi diverrebbe possibile considerare l'utilizzatore come un soggetto (in parte) danneggiato dal sistema di guida. Il procedimento logico da seguire risulterebbe così strutturato: in primo luogo occorrerebbe soppesare il contributo causale e il grado della colpa della condotta del co-conducente, da un lato, e del software, dall'altro, al fine di valutare la porzione di danno da imputare all'utilizzatore, a titolo di concorso colposo del danneggiato (*ex art.* 1227 c.c.) [136]. Una volta allocata la porzione di danno astrattamente riconducibile alla responsabilità "del software", occorrerebbe procedere a valutare la posizione dei "preponenti" del sistema di guida, tra i quali, come si è visto, rientra anche lo stesso utilizzatore. Egli, perciò, non avrà diritto

[134] Lo rileva anche F.P. PATTI, *The European road,* cit., 131.

[135] Condivisibilmente, è sostanzialmente quanto rileva anche F.P. PATTI, *The European road,* cit., 131 ss., con riferimento alle prospettive che impongono fittiziamente la qualifica di conducente in capo al mero utilizzatore.

[136] Non è possibile in questa sede dare conto delle diverse ricostruzioni relative alla complessa figura del concorso colposo del danneggiato, in particolare con riferimento al confronto tra tesi che ne ravvisano il fondamento sulla causalità, da un lato, e tesi che lo riconducono a una particolare ipotesi di autoresponsabilità, dall'altro lato. Si ritiene, comunque, che la prospettiva più apprezzabile ed equilibrata sia quella proposta da V. CAREDDA, *Concorso del fatto colposo del creditore. Art. 1227*, Milano, 2020, 40 ss. che ricostruisce la norma coordinando i meccanismi della causalità al principio di autoresponsabilità. A tale opera si rinvia anche per quanto concerne l'esaustiva ricostruzione sistematica e applicativa della norma, e al confronto tra le tesi poc'anzi menzionate.



al risarcimento per quella parte di responsabilità che risulti imputabile a lui stesso, per via del rapporto di preposizione nei confronti del software che lo ha danneggiato. In conclusione, l'utilizzatore potrà ottenere il risarcimento per i danni nei confronti degli altri preponenti del sistema di guida, tenuto conto sia del proprio eventuale concorso colposo, sia della propria posizione di preponente del software. Il meccanismo, per quanto complesso da valutare in concreto, appare chiaro nei suoi fondamenti teorici, e dunque consente di inquadrare con maggiore chiarezza sistematica e applicativa il fenomeno in esame, superando le incertezze della prospettiva causalista.

Occorre a questo punto fare luce su un possibile dubbio relativamente alle ipotesi di guida ibrida, in cui l'utilizzatore sia anche co-conducente del veicolo. Ci si potrebbe chiedere, infatti, se sia possibile ricondurre causalmente l'evento dannoso alla sola condotta umana, escludendo una qualsiasi incidenza causale delle azioni del software, o viceversa. Si pensi, ad esempio, al caso in cui il software controlli solo la velocità, e il co-conducente umano decida improvvisamente di sterzare e scontrarsi contro un altro veicolo: si potrebbe sostenere che il sistema cibernetico non abbia avuto alcun ruolo nella verificazione del sinistro.

Appare più corretto, però, considerare la conduzione del veicolo come l'insieme delle azioni umane e cibernetiche (salvo quanto si preciserà *infra*), dal momento che esse interverrebbero in modo necessariamente congiunto nella conduzione del veicolo, e pertanto si porrebbero tutte quali concause dell'evento [137]. Tornando all'esempio proposto poc'anzi, la sterzata avventata del conducente umano non sarebbe stata possibile senza l'apporto causale della velocità tenuta dal software, e quindi non si potrebbe procedere a separare le due azioni, le quali si fonderebbero in un unico ibrido. Si dovrebbe, quindi, considerare sempre solidalmente responsabili entrambi i co-conducenti (art. 2055, c. 1, c.c.), umano e software (*rectius*, il co-conducente umano e gli altri preponenti del software), a prescindere dalla concreta misura dei rispettivi contributi causali e dell'intensità della colpa. Ciò, d'altronde, appare maggiormente conforme al principio di ragionevolezza e alla *ratio* di tutela dei danneggiati, se si considera l'estrema difficoltà per questi ultimi di discernere e di provare l'effettivo contributo causale del software e del co-conducente umano.

Quale ultimo profilo, per quanto concerne sia la tutela dei danneggiati, sia la possibilità, per le varie figure coinvolte nella responsabilità, di ristabilire un equilibrio tra i rispettivi ruoli, è opportuno evidenziare l'importanza che rivestiranno la trasparenza e l'*accountability* nell'analisi degli eventi di danno [138]. Il legislatore, infatti, sta gradualmente rendendo obbligatori i sistemi in grado di registrare le dinamiche dei sinistri, inclusi i dati dei sistemi di bordo [139]. È evidente, allora, che questo profilo risulterà di fondamentale importanza per cercare di descrivere innanzitutto il comportamento del software di guida automatizzata e procedere a soppesare, per quanto possibile, l'incidenza delle azioni cibernetiche rispetto a quelle umane nella dinamica del sinistro. Inoltre, a seconda della qualità dei dati raccolti sarà finanche possibile comprendere se l'eventuale malfunzionamento del software di bordo possa essere maggiormente dovuto a un difetto di progettazione, a una mancanza di manutenzione e aggiornamento o, ancora, a particolari indicazioni dell'utiliz-

[137] Torna qui in considerazione il già menzionato problema della "colpa della nave" (art. 483 cod. nav.), dove la navigazione viene considerata nella sua unitarietà, assumendo la nave come punto di vista unificante delle condotte dei vari soggetti coinvolti. Autorevole dottrina, poi, con specifico riferimento ai software, ha efficacemente individuato un "rischio di associazione", dove le azioni umane e cibernetiche si uniscono, dando luogo a un unico ibrido: v. G. TEUBNER, *Responsabilità civile per i rischi della digitalità*, cit., 13 ss. Il rispettivo peso delle azioni umane e cibernetiche, comunque, assume rilevanza sia in sede di regresso e di ripartizione delle singole responsabilità (v. *infra*), sia in punto di concorso colposo dell'utilizzatore danneggiato (v. *supra*).

[138] Sul punto v. M. TAMPIERI, *L'intelligenza artificiale*, cit., 732 ss., e G. COMANDÉ, *Responsabilità ed* accountability *nell'era dell'Intelligenza Artificiale*, cit., 1001 ss. L'*accountability* assume un ruolo sempre più importante con riferimento ai sistemi informatici, in tal senso anche il GDPR prevede obblighi in merito: v. M. TAMPIERI, *ibid.*

[139] V., in proposito, E. AL MUREDEN, Event data recorder *e* advanced driver assistance systems: *la "spinta gentile" verso la mobilità del futuro*, in *Contratto e Impresa*, 2022, 2, 390 ss.

ISSN 2421-2563



zatore, del proprietario o di un fornitore esterno di dati (come, ad esempio, il gestore di una *smart road* o di altri servizi di mobilità connessa).

Si tratta, naturalmente, di obiettivi tendenziali e il cui raggiungimento potrebbe non essere sempre assicurato o, comunque, dotato di un alto livello di attendibilità. È possibile, dunque, che si possa permanere in una situazione di inspiegabilità o poca chiarezza dei dati disponibili (il già richiamato effetto *black box*). È proprio in un'eventualità del genere, tuttavia, che la prospettiva funzionale dimostrerebbe ancora una volta la sua utilità pratica: infatti, assicurata in ogni caso la tutela del danneggiato, in sede di regresso sarebbe possibile cercare di ricostruire le specifiche dinamiche del sinistro e del comportamento del software di bordo, giungendo così a ripartire le responsabilità in funzione del ruolo di ciascun soggetto responsabile (ex art. 2055, c. 2 e 3, c.c.) [140]. Di conseguenza, la rilevanza delle concause e dei ruoli di ciascun preponente emergerebbe pienamente nella fase di regresso e di ripartizione delle responsabilità, ristabilendo l'equilibrio tra i soggetti coinvolti [141].

In conclusione, per quanto riguarda i profili da ultimo trattati, si può affermare che l'insieme dei meccanismi fin qui analizzati [142] consentano di ottenere non solo una più effettiva tutela dei danneggiati, ma anche una migliore distribuzione sociale dei costi generati dalla circolazione automatizzata. Inoltre, la responsabilizzazione di tutti i soggetti coinvolti nell'impiego del software funzionerebbe da efficace incentivo affinché ciascuno di essi adotti tutte le cautele possibili per evitare ipotesi di danno. Tali risultati sistematici e applicativi sono resi possibili solo dall'adozione di una prospettiva funzionale-intenzionale nell'analisi giuridica dei sistemi informatici complessi.

10. – Con la riflessione che ci si accinge a concludere si è tentato di esaminare e affrontare le problematiche sollevate dai veicoli a guida automatizzata, procedendo dapprima a ricostruire le caratteristiche tecnologiche per poi valutarne la specifica rilevanza giuridica. Si è così potuto osservare come il rapporto tra l'uomo e la macchina rappresenti un filo rosso capace di guidare nell'interpretazione e nella qualificazione giuridica dei fenomeni cibernetici, ove i sistemi informatici complessi sono in grado di riprodurre i comportamenti umani mediante una sfera di autonomia sempre più ampia e incisiva.

Al fine di fornire una adeguata mediazione giuridica ai problemi della responsabilità civile, oggetto specifico della presente trattazione, è stata proposta e valutata, alla luce degli interessi coinvolti e delle implicazioni pratiche, una prospettiva di tipo intenzionale e funzionale, o cibernetica, in base alla quale il software cessa di essere un mero strumento passivo, per assumere invece il ruolo di ausiliario e sostituto degli umani. La bussola che si è cercato di utilizzare per valutare l'idoneità di una tale prospettiva è stata calibrata in ragione dell'interpretazione sistematica delle norme vigenti e dell'individuazione degli interessi coinvolti e meritevoli di tutela: si è così proceduto a soppesare le posizioni coinvolte e a salvaguardare *in primis* la posizione del danneggiato, senza però sacrificare le sfere di interessi dei soggetti coinvolti a

[140] Quando si tratti di una corresponsabilità tra produttori (che siano anche "preponenti" secondo la logica qui descritta), peraltro, potrebbe forse trovare applicazione analogica anche l'art. 121 cod. cons., che aggiunge anche il riferimento alle dimensioni del rischio riferibile a ciascuno dei soggetti coinvolti. V. anche L. D'AMICO, *Intelligenza Artificiale e auto a guida autonoma*, cit., 593 ss.

[141] Sul problema della rilevanza delle concause umane nel sistema della responsabilità civile sia consentito rinviare a V. CAREDDA, *Concorso del fatto colposo del creditore*, cit., 20 ss.

[142] Ossia: la responsabilità solidale del co-conducente e dei preponenti del software nei confronti dei danneggiati, i meccanismi di tutela dell'utilizzatore nei confronti degli altri soggetti coinvolti nell'impiego del software e, infine, la ripartizione interna delle responsabilità tra tutti i preponenti.



vario titolo nell'utilizzo e nella realizzazione dei sistemi automatici di guida [143].

Il risultato è stato quello di valorizzare la portata interpretativa delle disposizioni vigenti, senza dar luogo a vuoti di tutela o lacune normative – le quali, invece, tendono a emergere qualora si adotti una prospettiva tradizionale, di tipo causalista e strumentale, sulla rilevanza giuridica dei software complessi – e realizzando così un equilibrato bilanciamento delle differenti posizioni giuridiche. A ciò si aggiungono, peraltro, il valore sistematico e l'efficacia pratica della continuità nel regime giuridico applicabile alla circolazione di veicoli manuali ed automatizzati, senza dunque creare condizioni di discontinuità nel dato normativo [144].

[143] In buona sostanza, si è tentato di ricostruire il "giusto rimedio" intorno agli interessi giuridicamente rilevanti, mediante un'interpretazione sistematica e assiologica delle disposizioni vigenti e senza fermarsi al dato formale e letterale delle disposizioni, secondo l'insegnamento di P. PERLINGIERI, *Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento*, in *Rivista di diritto privato*, 2011, 2, 159 ss., ID., Il *Diritto Civile nella legalità costituzionale*, cit., 278 ss., e ID., *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Il Giusto processo civile*, 2011, 4 ss.

[144] L'importanza della continuità nell'assetto normativo applicabile ai differenti tipi di veicoli esistenti è sottolineata da RUFFOLO U., AL MUREDEN E., *Intelligenza Artificiale e diritto* – Autonomous veichles, cit., 1657 ss.

ISSN 2421-2563

JUS CIVILE



ANDREA LESTINI

Dottore di ricerca – Università degli Studi di Roma Tor Vergata

CONTRATTO DI LOCAZIONE E CLAUSOLA DI DIVIETO DI OSPITALITÀ NON TEMPORANEA

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. Le ragioni della nullità della clausola: l'ospitalità non temporanea e i doveri di solidarietà sociale. – 3. Autonomia privata e solidarietà sociale: i limiti della meritevolezza e della liceità. – 4. Buona fede e giustizia del contratto. – 5. Conclusione.*

1. – Una questione di non comune riscontro, ma che certamente non potrebbe dirsi del tutto eccezionale nei contratti di locazione, riguarda la previsione del divieto di ospitare non temporaneamente persone estranee al proprio nucleo familiare anagrafico.

Invero, se allo stato appare consolidato il principio per cui la relativa clausola è affetta da nullità, ciononostante, non pare inutile ripercorre, seppur succintamente, le ragioni che hanno portato al consolidamento di tale orientamento; la tematica, in effetti, è nota e risalente nel tempo, ma la recente casistica che si inserisce in un costante indirizzo interpretativo – segno, questo, della attualità della tematica – non potrebbe che rappresentare un ulteriore momento di dialogo tra teoria e pratica [1], restituendo un nuovo interesse per le problematiche passate.

In particolare, partendo da un importante e risalente filone giurisprudenziale, si proverà ad evidenziare come le forme di tutela riconosciute al conduttore trovano il loro fondamento tanto nei doveri costituzionali di solidarietà sociale quanto nelle limitazioni all'autonomia privata; parimenti, emergerà come, oltre alla meritevolezza e liceità del contratto – o di una sua clausola –, su di un piano più generale sono i principi di buona fede ed il riconosciuto potere di intervento del giudice che concorrono a determinare il concreto contenuto del contratto.

2. – L'ampiezza delle questioni da affrontare, unitamente alla necessità di considerare solamente taluni aspetti che il tema che ci occupa solleva, sembrerebbe richiedere di individuare un primo punto di partenza, su cui provare ad innestare le varie riflessioni che nel tempo si sono succedute nelle idee degli interpreti.

Esso può essere individuato nella illegittimità della previsione del divieto di ospitalità, benché non tempo-

[1] Cfr. V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, 941, secondo cui «*è assolutamente necessario che teoria e pratica non si guardino da lontano con un senso di rispetto reverenziale l'una verso l'altra, quel rispetto reverenziale che proviene da poca conoscenza e da poca familiarità. È assolutamente necessario che teoria e pratica ricostituiscano la loro unità, non solo obiettivamente, ma anche nell'animo di ciascuno di noi*».



ranea, a fianco di quello di sublocazione, in quanto – come efficacemente ricordato in una recente decisione – certamente contrastante «*con il principio di rango costituzionale del dovere di solidarietà sociale e della famiglia tutelato dall'art. 2 della Cost. che, appunto, tutela nelle sue varie forme tutte le aggregazioni sociali la famiglia intesa anche come quella di fatto*» [2].

L'adempimento dei doveri di solidarietà, impedito da clausole del tipo di quella esaminata, si può infatti manifestare attraverso l'ospitalità offerta tanto per venire incontro ad altrui difficoltà sorte all'interno delle famiglie quanto, più in generale, per rispondere ad esigenze e rapporti variamente amicali.

La solidarietà sociale, del resto, quale supremo principio costituzionale, non appare limitata alla mera sfera dei rapporti economici ovvero a garantire l'adempimento dei doveri del singolo verso la comunità, ma assume rilevanza anche nell'ambito dei rapporti interindividuali [3].

Prima di valutare più attentamente il contenuto della clausola, rispetto alla quale non paiono rinvenirsi oscillazioni giurisprudenziali, ci si deve quindi domandare se, ed eventualmente entro quali limiti, un'ospitalità protratta per un lungo lasso di tempo possa comunque assumere i caratteri della sublocazione.

Ebbene, il discorso può prendere le mosse dall'art. 21, comma 1, Legge 23 maggio 1950, n. 253 – applicabile, come noto, anche alla disciplina della sublocazione di immobile adibito ad abitazione *ex* art. 2, Legge 27 luglio 1978, n. 392 [4] – secondo cui si presume l'esistenza della sublocazione quando l'immobile risulti occupato da persone che non sono al servizio del conduttore o che non sono a questo legate da vincoli di parentela o di affinità entro il quarto grado, salvo che si tratti di ospiti con carattere transitorio.

Nell'ottica del Legislatore, la generale difficoltà di provare la sublocazione si traduce, infatti, in una inversione dell'onere della prova a favore del locatore, con la precisazione che detta presunzione, per un verso, non si applica né nei confronti delle persone che si sono trasferite nell'immobile assieme al conduttore (art. 21, comma 2, L. 23 maggio 1950, n. 253) né, in forza dell'evoluzione giurisprudenziale, al convivente *more uxorio*; e che, sotto altro profilo, il rapporto di parentela idoneo a superare la presunzione è solo quello tra il conduttore ed il sopraggiunto occupante e non anche quello con altri soggetti, che fin dall'origine del contratto hanno occupato l'immobile insieme al primo paciscente [5].

Parte degli interpreti, particolarmente attenta agli interessi sottesi alle esigenze abitative e *lato sensu* familiari, afferma, di conseguenza, che la pattuizione con cui il conduttore conceda in godimento l'immobile a favore di un soggetto a cui è legato da relazioni affettive non matrimoniali, non potrebbe porsi in contrasto con quelle clausole del contratto di locazione volte ad impedire l'utilizzo dell'immobile a terzi. E, ciò, proprio in ragione del fatto che il rapporto *more uxorio* [6], quale «formazione sociale» *ex* art. 2 Cost., gode di un riconoscimento di rango costituzionale, onde una siffatta clausola non potrebbe in nessun caso interpretarsi nel senso di impedire al conduttore di ospitare nell'immobile oggetto di locazione il proprio convivente, dovendosi trattare quest'ultimo quale membro della famiglia – seppure «di fatto» – del contraente [7].

Così delimitato l'ambito di indagine, un ulteriore profilo problematico riguarda, allora, il contenuto dell'onere della prova nei casi in cui è operante la presunzione legale di sublocazione.

In particolare, stando ad un risalente orientamento [8], il conduttore deve dimostrare, in maniera concreta e

[2] C.d.A. Roma, sez. II, 12 maggio 2023, n. 3396, in *Foro it*., *online*.
[3] Cass., sez. III, 19 giugno 2009 n. 14343.
[4] Cass., sez. VI, 23 agosto 2013, n. 19486.
[5] Così Cass., sez. VI, 23 agosto 2013, n. 19486.
[6] Per le diverse posizioni espresse, cfr. F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Key Editore, 2018.
[7] A. BUSANI, *I contratti nella famiglia*, Cedam, 2020.
[8] Cass., sez. III, 22 gennaio 1988, n. 477.

ISSN 2421-2563



specifica, che il godimento dell'immobile è giustificato da ragioni di mera ospitalità, laddove, viceversa, l'esistenza di un comodato, anche gratuito, non farebbe comunque venir meno l'inadempimento legato al godimento del bene.

Vero, infatti, che la violazione del divieto di sublocazione – esteso, se del caso anche all'ipotesi in cui i sublocatori risultino essere parenti od affini del conduttore – costituisce inadempimento contrattuale, e produce le conseguenze ordinarie che derivano dall'inadempimento di una obbligazione negativa; ma, come anticipato, si assiste sempre più frequentemente alla tendenza a non ritenere che la violazione della clausola determini, *sic et simpliciter*, la risoluzione del contratto di locazione [9].

Piuttosto, si afferma come la semplice durata della permanenza nell'immobile, in assenza di altre circostanze, non potrebbe essere assunta ad indizio grave e determinante idoneo a provare che la parte conduttrice abbia concluso un contratto – di sublocazione o comodato – con il terzo: invero, ai fini della configurazione della sublocazione, non è sufficiente il semplice rapporto di ospitalità, ancorché protratto nel tempo [10].

3. – L'autonomia negoziale, che si esplica anche mediante singole e specifiche clausole, può accogliere nello schema contrattuale predisposto la realizzazione di interessi nuovi e diversi da quelli già fatti propri dalle strutture tipiche; il limite è, evidentemente, quello della liceità della causa e dell'oggetto, delle regole e pattuizioni che concorrono alla determinazione del contenuto del contratto, nonché della meritevolezza dell'interesse perseguito.

Ebbene se la illiceità di cui all'art. 1418, comma 2, cod. civ., ha riguardo, nelle varie ipotesi normativamente considerate, all'esistenza di una non conformità del contratto ai principi dell'ordinamento, quanto all'istituto della meritevolezza dell'interesse ex art. 1322, comma 2, cod. civ., quale innovazione del vigente Codice, si assiste ad un maggiore dibattito giurisprudenziale e dottrinale.

Il concetto, del resto, è stato dapprima inteso come perseguimento di una utilità sociale [11] ovvero come giudizio di liceità e doppione dell'art. 1343 cod. civ. [12], come tale capace di svolgere una funzione analoga a quella dell'art. 1344 cod. civ. [13]; solo più recentemente, ma senza per ciò solo giungere ad una identificazione con l'utilità sociale, è stato poi interpretato nel senso che «*il contratto non dev'essere socialmente dannoso*», essendo necessaria «*un'interpretazione orientata in conformità della norma costituzionale*» [14], mentre, in diversa prospettiva, si è partiti dall'idea che il contratto atipico pone un problema di produzione normativa [15] e che il giudizio di meritevolezza debba essere riferito al tipo e non alla causa [16], di talché «*il contratto atipico, all'esito del giudizio d'immeritevolezza, deve ritenersi inefficace fin dalla stipulazione, inidoneo a vincolare le parti al reticolo di regole che ne compongono la struttura*» [17].

---

[9] Così G. GRASSELLI, R. MASONI, *Le locazioni*, I, Cedam, 2013.

[10] Cass., sez. VI, 29 maggio 2015, n. 11288.

[11] E. BETTI, *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Cedam, 1935, 201 e 219; ID., *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm*., I, 1940, 222; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, Utet, 1943, 247.

[12] G. STOLFI, *Luci ed ombre nell'interpretazione della legge*, in *Jus*, 1975, 145 ss.; ID., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 29 e 210; G. GORLA, *Il contratto*, I, Giuffrè, 1954, 199; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 2 ed., Giuffrè, 1946, 13; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1966, 406.

[13] R. SACCO, *Interesse meritevole di tutela*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ*., *Agg*., Utet, 2009.

[14] C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. Dir. Civ*., 2014, I, 253.

[15] M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Giuffrè, 1981.

[16] F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, Key Editore, 2017.

[17] Cass., sez. I, 15 febbraio 2016, n. 2900; C.d.A. Trieste, 15 aprile 2021, n. 119, in *De Jure*.



In ogni caso, come recentemente rammentato [18], i controlli insiti nell'ordinamento e relativi alla esplicazione dell'autonomia negoziale, coincidenti con la meritevolezza degli interessi regolati convenzionalmente e con la liceità della causa, devono essere parametrati ai superiori valori costituzionali, ivi compreso quello contemplato dall'art. 2 Cost., che tutela i diritti inviolabili dell'uomo e impone l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà.

Di qui, come anticipato, la nullità (ex art. 1419, comma 1, cod. civ.) della clausola di un contratto di locazione nella quale, oltre alla previsione del divieto di sublocazione, sia contenuto il riferimento al divieto di ospitalità non temporanea.

La clausola, infatti, impedendo al conduttore di intrattenere ed intessere rapporti e relazioni sociali nell'immobile locato – in cui il soggetto esplica la propria personalità e la famiglia vive abitualmente – si presenta «antisolidaristica» e si traduce in un «*odioso ostacolo allo sviluppo di relazioni umane*», non potendo, tra l'altro, che ledere l'individualità anche del medesimo stipulante [19].

4. – Il giurista «*desidera*», da sempre, che «*il contratto, previsto e regolato dal diritto, sia giusto*» [20]: pertanto si è sempre domandato, specialmente a seguito della disciplina di matrice comunitaria sulla tutela dei consumatori, se nel nostro ordinamento sia tutelata la giustizia del contratto.

A tal riguardo, pur dovendosi necessariamente distinguere le regole di valutazione e di integrazione rispetto a quelle di validità, il tema è stato inevitabilmente affrontato alla luce della normativa consumeristica.

Tramontato, in generale, il «*mito ottocentesco della onnipotenza della volontà e del dogma della intangibilità delle convenzioni*» [21], è comunque nella disciplina dei contratti con i consumatori, che il fenomeno è particolarmente rilevante [22]; onde, in tale materia, si afferma che il giudice avrebbe il compito di valutare, alla stregua della buona fede, la condotta tenuta dal professionista «*come elemento che rende rilevante, ai fini del giudizio di vessatorietà di singole clausole, il significativo squilibrio che queste eventualmente determinano a carico della controparte*» [23].

Il bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti consentirebbe, in tale visione, un intervento anche in senso modificativo o integrativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto.

La giustizia del contratto, in effetti, un tempo era collegata all'autonomia privata, così come espressa e manifestata dai contraenti; allo stato attuale, invece, specialmente a seguito del passaggio da una contrattazione di tipo individuale ad una contrattazione standardizzata e di massa, il contratto non rappresenta più «*uno strumento di per sé idoneo a garantire l'equilibrato componimento degli interessi delle parti, per l'asimmetria delle loro posizioni e la fisiologica possibilità di abuso della libertà contrattuale da parte dell'imprenditore/professionista che predispone unilateralmente il testo contrattuale*», onde «*la necessità di rivedere i meccanismi di tutela della giustizia contrattuale*» [24].

Tra gli indici di vessatorietà della clausola, emerge – già sul piano normativo – il «*significativo squilibrio*

[18] C.d.A. Roma, sez. II, 12 maggio 2023, n. 3396, cit.
[19] R. Calvo, *Locazione tra autodeterminazione e funzione esistenziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/2010.
[20] R. Sacco, *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. Priv., sez. civ., Agg.*, VII, Utet, 2012.
[21] Cass., sez. I, 24 settembre 1999, n. 10511.
[22] A. Barenghi, *Diritto dei consumatori*, Cedam, 2020.
[23] A. Albanese, *Buona fede, contratto, legge*, in *Eur. dir. priv.*, 1/2021, 31 ss.
[24] A. Morace Pinelli, *Il contratto giusto*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2020, 663 ss.

ISSN 2421-2563



dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto» (art. 33, Cod. Cons.), precisandosi da un lato che «*la vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende*» (art. 34, comma 1, Cod. Cons.), ma dall'altro specificandosi che «*la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e servizi, quando questi elementi sono individuati in maniera chiara e comprensibile*» (art. 34, comma 2, Cod. Cons.).

Quanto alla nozione di significativo squilibrio la giurisprudenza ha ritenuto che debba farsi esclusivo riferimento «*ad uno squilibrio di carattere giudico e normativo e non anche economico*» [25] in quanto la norma contempla uno squilibrio tra i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto, ma che non permette di sindacare l'equilibrio economico, ossia la convenienza (economica) dell'affare concluso, come confermato dal testo della norma consumeristica.

In tal senso, l'attuale legislazione sottopone a penetranti controlli, condizionamenti e sindacati pubblici gli accordi delle parti private e l'esercizio dei poteri di queste ultime nel contesto del rapporto negoziale, al precipuo fine di riequilibrare le asimmetrie di forza ed instaurare regolamenti privati conformi a più ampie esigenze di equità e giustizia.

Certamente, sarebbe illusorio ipotizzare un rigoroso equilibrio di poteri tra gli attori del mercato, ma ciò non potrebbe impedire di individuare soluzioni interpretative capaci di evitare che lo scambio venga usato allo scopo di concretare l'abuso a scapito delle parti escluse, in forza di contratti seriali, dal negoziato individuale [26].

La buona fede assurge, in tale prospettiva, a principio cardine dell'ordinamento e della disciplina delle obbligazioni e dei contratti, essendo sia fonte di obblighi di protezione della persona, delle cose e degli interessi della controparte, nei limiti di un apprezzabile sacrificio, sia strumento idoneo a controllare, anche in senso modificativo o integrativo, il contenuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi.

In definitiva, la buona fede, specificando gli inderogabili doveri di solidarietà sociale, impone a ciascuna delle parti – ampliando o restringendo gli obblighi assunti con il contratto e, dunque, anche a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi – il dovere di comportarsi in modo da preservare, per quanto possibile, gli interessi dell'altra, individuando altresì un limite a ogni situazione attiva o passiva attribuita dal negozio giuridico.

5. – Come si è cercato di vedere, alcune recenti pronunce rinnovano l'attenzione verso i problemi legati al godimento di un immobile concesso in locazione e nel quale, per ragioni diverse, si dà ospitalità ad un terzo, perché una cosa è negare la sublocazione o la cessione del contratto mentre altro è ostacolare le relazioni di convivenza affettive o basate su rapporti che – se non propriamente spontanei, caritatevoli ed in ultima analisi filantropici – rinvengono la loro ragione nel sentimento di amicizia.

La considerazione, variamente manifestata, nei riguardi dei valori della persona, delle connesse esigenze dello sviluppo delle relazioni interindividuali e delle ragioni solidaristiche che animano – al pari di altri settori del diritto – la disciplina locatizia, si innesta, così, su un terreno caratterizzato da un forte individualismo.

[25] Cass., sez. VI, 25 novembre 2021, n. 36740.

[26] R. CALVO, *Locazione*, cit.



Le forme di tutela – alternativamente individuate vuoi nella nullità del patto o della clausola, vuoi nella violazione dei doveri di buona fede o di solidarietà sociale ovvero, ancora, nell'affermato riconoscimento di quel potere di intervento del giudice all'interno del contratto – frenano «*la degenerazione della libertà contrattuale*», utilizzata «*per ostacolare i diritti fondamentali dell'uomo nel loro incessante e prolifico manifestarsi*» [27].

Ecco che, in una tale realtà – dove, come è ovvio, le esigenze della proprietà devono essere contemperate con gli interessi del conduttore – il generale tema trattato non potrebbe che portare con sé l'analisi di specifiche questioni che si presentano o potrebbero presentarsi, con crescente attualità, all'esame del giurista. Secondo parte della dottrina (che, tra l'altro e sia pure incidentalmente, pone il tema della concreta modalità di formulazione della clausola di divieto di ospitalità non temporanea), infatti, nella giurisprudenza «*viene del tutto trascurata la rilevanza, parimenti costituzionale, del diritto di proprietà, e non ci si sofferma a valutare se davvero non possa ricevere tutela l'interesse del proprietario-locatore a preservare il valore della res, ad es. impedendo che, nell'appartamento locato, possa "albergare" un numero indefinito di persone*» [28].

[27] R. Calvo, *Locazione*, cit.

[28] G. Lener, *La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 3/2020.

ISSN 2421-2563

JUS CIVILE



FABIO TROLLI

Dottore di ricerca – Università degli Studi Ca' Foscari Venezia

DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO, E TERAPIE SPERIMENTALI

SOMMARIO: *1. Considerazioni introduttive: disposizioni anticipate di trattamento e terapie sperimentali. – 2. Il concetto giuridico di cure mediche. – 3. La disciplina delle terapie sperimentali. – 4. Contenuto, e limiti, delle disposizioni anticipate di trattamento. – 5. Volontà in materia di terapie sperimentali e attuazione delle scelte del paziente. – 6. Osservazioni conclusive.*

1. – La necessità di dare voce alle esigenze del paziente ha condotto il legislatore a intervenire sulla relazione terapeutica, pel tramite della Legge 22 dicembre 2017, n. 219, la quale è stata ampiamente commentata, in dottrina, sin dai primi momenti della sua vigenza. L'ampia attenzione che ha ricevuto, codesto intervento, non ha fatto venir meno gli interrogativi, circa le scelte del paziente, in quanto il legislatore racchiude, in poche, e stringate, norme, taluni principî e regole, che animano il rapporto di cura.

Fra gli aspetti di maggior rilievo della L. n. 219/2017, v'è senza dubbio il riconoscimento normativo delle disposizioni anticipate di trattamento, a fronte di un'esigenza avvertita, da lungo tempo, in dottrina, che ne indagò l'ammissibilità, come atto di volontà della persona circa i proprî, futuri, trattamenti sanitarî [1]. Si rammenti, a tal proposito, che la possibilità di compiere tali scelte è stata riconosciuta, per la prima volta, negli Stati Uniti d'America [2], e che il loro accoglimento fu preceduto da un dibattito dottrinale [3], vivificato da al-

[1] P. ZATTI, *Le "disposizioni del paziente": ci vorrebbe un legislatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 313 ss.; P. ZATTI., *Per un diritto gentile in medicina. Una proposta di idee in forma normativa*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2013, 4 ss.; P. ZATTI., *Consistenza e fragilità dello* ius quo utimur *in materia di relazione di cura*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2015, 27-28; P. ZATTI, *La via (*crucis*) verso un diritto della relazione di cura*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2017, 3 ss.

[2] La letteratura oltreoceano è ampia; se ne può avere adeguata sintesi in C.P. SABATINO, *The evolution of health care advance planning law and policy*, in *The Milbank Quaterly*, 2020, 211 ss., che ripercorre la storia delle direttive di trattamento e del fiduciario del paziente.

[3] V., fra i tanti, P. RESCIGNO, *«*Living Will*»*, *un istituto giuridico di formazione extralegislativa*, in *La questione dei trapianti tra etica, diritto, economia*, Milano, 1997, 63 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Profili ricostruttivi delle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Familia*, 2004, 1055 ss.; G. SPOTO, *Direttive anticipate, testamento biologico e tutela della vita*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 198 ss.; G. ALPA, *Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate sulle cure mediche*, in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, a cura di U. Veronesi, Milano, 2006, 25 ss.; L. BALESTRA, *Il testamento biologico nell'evoluzione del rapporto medico-paziente*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 102 ss.; D. MALTESE, *Il «testamento biologico»*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 525 ss.; P. RESCIGNO, *La scelta del testamento biologico*, in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, a cura di U. Veronesi, Milano, 2006, 15 ss.; G. ALPA, *Il principio di autodeterminazione e il testamento biologico*, in *Vita not.*, 2007, 3 ss.; P. STANZIONE, G. SALITO, *Testamento biologico, cure mediche e tutela della vita*, in *Iustitia*, 2007, 43 ss.; C. VENDITTI, *Sulle direttive anticipate di trattamento sanitario*, in *Dir. giur.*, 2007, 181 ss.; F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008; A. SCACCHI, *Il testamento biologico tra tutela del diritto alla vita e libertà di autodeterminazione*, in *Vita*



cuni casi giurisprudenziali [4], e tentativi di riforma legislativa [5], che hanno accentuato l'attenzione pubblica sulle problematiche inerenti alle scelte terapeutiche.

L'art. 4, primo comma, della L. n. 219/2017, regola le disposizioni anticipate di trattamento, dando spazio alle scelte di cura della persona, in vista della futura incapacità di autodeterminarsi, nelle quali il disponente presta il consenso o il rifiuto anticipati rispetto ad accertamenti diagnostici, scelte terapeutiche o a singoli trattamenti sanitarî.

Le disposizioni anticipate di trattamento sono un negozio giuridico unilaterale, non recettizio, a contenuto non patrimoniale, e soggette a puntuali oneri di forma e di pubblicità [6]. Non pare essere in dubbio la loro natura di negozio giuridico, quantomeno stando alla comune definizione di quest'ultimo come manifestazione di volontà che viene riconosciuta dall'ordinamento giuridico, al fine di produrre effetti nei rapporti giuridici [7]: con le disposizioni anticipate di trattamento, difatti, il disponente assume delle scelte in ordine alla sua futura condizione di salute, che, come tale, dev'essere tenuta in considerazione dal medico e dal personale di cura [8].

---

not., 2009, 1345 ss.; G. MIOTTO, *Problematiche, attualità e prospettive delle dichiarazioni anticipate di volontà tra diritto vivente e proposte legislative*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 529 ss.; G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, Torino, 2012; G. FERRANDO, voce *Testamento biologico*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 2014, 987 ss.; M. FOGLIA, S. ROSSI, voce *Testamento biologico*, in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., Agg., vol. IX, Torino, 2014, 638 ss.; G. COLACINO, *Autonomia privata e direttive anticipate*, Milano, 2016; V. VERDICCHIO, *Testamento biologico e consenso informato (Aspetti delle decisioni di fine vita nel diritto italiano tra* jus conditum *e* jus condendum), in *Dir. succ. fam.*, 2017, 637 ss.

[4] Il riferimento è al caso Englaro: Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, ampiamente commentata in *Corr. giur*., 2007, 1676 ss., con nota di E. CALÒ, *La Cassazione "vara" il testamento biologico*; in *Dir. fam. pers*., 2008, 107 ss., con nota di F.M. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*; in *Dir. succ. fam*., 2008, 508 ss., con nota A. GORGONI, *La rilevanza giuridica della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico* e 960 ss., con nota di F.D. BUSNELLI, *Il caso Englaro in Cassazione*; in *Fam. dir*., 2008, 129 ss., con nota di R. CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale in un'importante pronuncia della Suprema Corte*; in *Foro it*., 2008, 2609 ss., con nota di S. CACACE, *Sul diritto all'interruzione del trattamento sanitario «*life-sustaining*»*; in *Nuova giur. civ. comm*., 2008, 83 ss., con nota di A. VENCHIARUTTI, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*; in *Riv. dir. civ*., 2008, 363 ss., con nota di E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*.

[5] Basti ricordare che il Disegno di Legge 29 aprile 2008, n. 10 (così detto D.d.l. Calabrò) fu accolto da una fredda reazione della dottrina, che poneva in luce alcuni nodi particolarmente problematici della proposta di legge: v. L. D'AVACK, *Il disegno di legge sul consenso informato all'atto medico e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, approvato al Senato, riduce l'autodeterminazione del paziente e presenta dubbi di costituzionalità*, in *Dir. fam.*, 2009, 1281 ss.; A. SCALERA, *La proposta di legge sulle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Fam. dir.*, 2010, 627 ss.; C. CASONATO, *Introduzione al Biodiritto*, Torino, 2012, 211 ss.; F. CEMBRANI, *Alcune note critiche sulla proposta di legge intesa a disciplinare le «dichiarazioni anticipate di trattamento»*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 1347 ss.; G. COLACINO, *Il disegno di legge sul c.d. testamento biologico: riflessioni critiche a margine di una discussa iniziativa legislativa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 1067 ss.; G. MIOTTO, *Problematiche, attualità e prospettive delle dichiarazioni anticipate di volontà tra diritto vivente e proposte legislative*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 1479 ss.; D. CARUSI, *Tentativi di legiferazione in materia di «testamento biologico». Contributo a un dibattitto da rianimare*, Torino, 2016, 36 ss.

[6] Difatti, le disposizioni anticipate di trattamento vengono pubblicizzate nella «Banca dati nazionale delle disposizioni anticipate di trattamento» e così risultano inserite nel sistema sanitario nazionale: in argomento, v. M. CIANCIMINO, *Istanze di riservatezza nelle disposizioni anticipate di trattamento. Considerazioni a margine dell'istituzione della Banca dati nazionale per le DAT*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 365 ss.

[7] V., almeno, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, rist. II ed.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, rist. 1961; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, rist. 2008; V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo. Teoria – Manifestazione – Astrazione – Inefficacia*, Milano, 1998; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, II ed. Non può mancare il riferimento al dibattito, raccolto da C. SALVI (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, Milano, 1978.

[8] S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali. Artt. 587-590*, ne *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2005, 62 ss.; G. BONILINI, *Il così detto testamento biologico*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 75 ss.; F.G. PIZZETTI, *op. cit.*, 220

ISSN 2421-2563



Osservando la stringata formulazione dell'art. 4 della L. n. 219/2017, da un lato vengono meno le perplessità, circa l'ammissibilità delle disposizioni anticipate di trattamento, in virtù del richiamato intervento normativo; epperò, dall'altro lato, taluni interrogativi mantengono vigore, quantomeno nel momento in cui si tratti d'indagare fino a che punto, il disponente, possa esprimere le proprie intenzioni di cure, nonché sul modo con cui si debba dare esecuzione alle volontà calate nelle disposizioni anticipate di trattamento.

Fra i numerosi problemi, che nascono da siffatta regolamentazione, merita approfondire l'eventualità per cui, il disponente, voglia prendere posizione in merito a future terapie sperimentali: questi, difatti, potrebbe essere animato dalla speranza che, grazie alla sperimentazione clinica, vi siano migliori aspettative di guarigione, rispetto alle cure tradizionali; oppure, intimorito dai rischî di effetti collaterali, ancòra poco noti, per la fase sperimentale della terapia, la persona desideri, invece, rifiutare anticipatamente quelle cure.

Si consideri solamente come codeste terapie si pongano alla base della ricerca scientifica, perché contribuiscono al continuo rinnovamento del sapere medico, e del progresso, nelle terapie di cura, garantendo risultati scientificamente valutabili [9]; il loro ricorso, rispetto alla condizione di pazienti che non avevano speranze di guarigione, ha suscitato un vivace dibattito, coinvolgendo un giudizio sull'ampiezza del diritto alle cure mediche, e, quindi, all'autodeterminazione terapeutica, del malato [10]. Nel momento della loro attuazione, poi, l'assenza di dati certi, in merito alle ricadute sul malato, pone delicati interrogativi circa le scelte che devono essere compiute in ordine alla loro prosecuzione, sulle quali il paziente potrebbe non trovarsi nella condizione di decidere adeguatamente, poiché incapace di autodeterminarsi.

L'indagine sui profili problematici, che pongono le scelte in ordine alle future terapie sperimentali, non pare affatto trascurabile, specie in un'epoca, com'è quella attuale, dove la crisi dei valori ha colpito anche la scienza medica, in ragione del proliferare di tecniche, o metodologie, di cura, che si pongono come alternative, rispetto alla medicina tradizionale. Non va, difatti, sottaciuto che la medicina, pur apparendo, a coloro i quali non siano dotati di conoscenze in merito, una scienza affidabile e meditata, sia una disciplina particolarmente dinamica, che, pur rinnovandosi grazie alle scoperte della ricerca scientifica, presenti numerose anime, le quali non sempre concordano, nel perseguire un percorso di cura, rispetto a un altro [11].

Occorre quindi far luce sul tema, e indagare l'ampiezza della scelta del disponente, circa la possibilità che questi ha di prestare, o negare, il consenso anticipato, a future, eventuali, terapie sperimentali, indicando una espressa manifestazione di volontà nelle disposizioni anticipate di trattamento; a codesto interrogativo si ac-

---

ss.; F. PARENTE, *Il testamento di vita*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, vol. II, a cura di R. Calvo e G. Perlingieri, Napoli, 2015, II ed., 879 ss.; G. COLACINO, *Autonomia privata e direttive anticipate*, cit., 104 ss.; C. VERDE, *Profili civilistici delle direttive anticipate di trattamento*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 889 ss.; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2020, 180 ss. *Contra*, l'opinione, isolata, in dottrina, di P. MOROZZO DALLA ROCCA, *Capacità del volere e rifiuto delle cure*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 387 ss.

[9] La dottrina ha già rilevato numerosi profili di interesse della sperimentazione medica, su cui v., per tutti, F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Milano, 1974, cui si aggiunga, più di recente, A. MANNA, voce *Sperimentazione medica*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. IV, Milano, 2000, 1120 ss.

[10] Si fa riferimento ai così detti casi "Di Bella" e "Stamina", che hanno segnato alcuni passi nello sviluppo della liceità dell'intervento sperimentale sul malato, particolarmente rispetto al controllo statale sulle scelte di terapia sperimentale. Su queste vicende, cfr. M. CICALA, *"Caso Di Bella" e diritto alla salute*, in *Corr. giur.*, 1998, 501 ss.; A. SCALERA, *Brevi note a margine del "caso Stamina"*, in *Fam. dir.*, 2013, 939 ss.; E. FALLETTI, *La giurisprudenza sul "caso Stamina"*, in *Fam. dir.*, 2014, 609 ss.; A. SCALERA, *Il caso stamina tra diritto e scienza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 75 ss.; M. TOMASI, *Il potere legislativo e la giurisdizione di fronte al pluralismo delle domande di salute. Dal multitrattamento Di Bella al caso Stamina*, in *La medicina nei tribunali*, a cura di L. Chieffi, Bari, 2016, 133 ss.; A. CARMINATI, *Libertà di cura e autonomia del medico. Profili costituzionali*, Bari, 2018, 121 ss.

[11] Valga il rinvio a D. COEN, *L'arte della probabilità. Certezze e incertezze nella medicina*, Milano, 2021.



compagna quello sul ruolo dei sostituti del paziente, nel dialogo col medico, chiamati a dare séguito alle volontà calate nelle disposizioni anticipate di trattamento.

2. – Fermando l'attenzione sulle disposizioni anticipate di trattamento, il legislatore disciplina i requisiti di forma, che esse devono avere (art. 4, primo e secondo comma, della L. n. 219/2017), nonché la loro efficacia nel momento in cui ne afferma la vincolatività per il medico [12], salvo precisare come, a salvaguardia delle intenzioni del paziente, codeste volontà possano venir disattese, previo accordo fra il medico e il fiduciario (art. 4, quinto comma), o fra il medico e l'amministratore di sostegno del paziente, autorizzato dal giudice tutelare (artt. 3, quinto comma, e 4, quarto comma).

Invece, il legislatore lascia in ombra il tema legato ai requisiti dell'oggetto delle disposizioni anticipate di trattamento: la disposizione del primo comma dell'art. 4, invero, si limita a indicare che ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi, e dopo aver acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, possa esprimere «le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari».

Giova, quindi, domandarsi se vi siano limiti, al contenuto delle disposizioni anticipate di trattamento, al fine di valutare la possibilità, per il disponente, di prendere posizione circa la futura praticabilità di dati trattamenti; nondimeno, a codesto interrogativo fa da sfondo un'incertezza circa la stessa nozione di cure mediche, ché solo le decisioni sulle terapie possono essere calate nelle disposizioni anticipate di trattamento.

A tal riguardo, non si manchi di considerare come il legislatore, anche al di fuori della L. n. 219/2017, eviti di definire cosa si intenda, giuridicamente, per terapie o cure mediche, pur avendo chiara consapevolezza della loro importanza, non solo in numerose disposizioni, soprattutto di natura amministrativa, bensì anche nelle previsioni della Costituzione (art. 32 Cost.). Né l'interprete pare potersi arrendere di fronte a codesto interrogativo, reputando che non sia suo còmpito, quello di ricostruire concettualmente codesta nozione, bensì quello della scienza medica; difatti, non è dubitabile che le cure mediche presentino una sicura rilevanza, in numerosi àmbiti del diritto, com'è testimoniato dalla crescente attenzione del legislatore nell'intervenire in siffatta materia. Per avere conferma di ciò, basti considerare che, proprio sulla scorta di delicati interrogativi sollevati in alcune note vicende giudiziarie, è parso necessario, al legislatore, definire quali trattamenti debbano essere intesi come cure mediche, com'è stato nel caso dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale (art. 1, quinto comma, della L. n. 24/2017) [13].

---

[12] Si vedano E. BILOTTI, *L'efficacia delle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Il diritto sulla vita*, a cura di V. Verduci, Pisa, 2018, 81 ss.; L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della recente legge approdata in Senato*, in *Dir. fam. pers*., 2018, 179 ss.; P. BORSELLINO, *"Biotestamento": i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura*, in *Fam. dir.*, 2018, 801; L. BOZZI, *La legge sulle disposizioni anticipate di trattamento tra esigenze di bilanciamento e rischi di assolutizzazione*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2018, 1355 ss.; S. DELLE MONACHE, *La nuova disciplina sul "testamento biologico" e sul consenso ai trattamenti medici*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1010; M. MANTOVANI, *Relazione di cure e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2019, 209 ss.; M. FOGLIA, *op. cit.*, 194 ss.; M. RINALDO, *Biotestamento. Il valore della vita «dignitosa» e della libertà personale*, Napoli, 2020, 119 ss. *Contra*, D. MAFFEIS, *Prometeo incatenato: la redazione non informata, o informata per modo di dire, e l'attenuata vincolatività delle DAT*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 1436 ss.; G. RAZZANO, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasici*, Torino, 2019, 125 ss.; D. CARUSI, *La legge «sul biotestamento». Una pagina di storia italiana*, Torino, 2020, 71-72.

[13] Si osservi il punto 7.6 della motivazione resa da Cass. civ. 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., in cui i giudici affermano che l'alimentazione e l'idratazione artificiale integrano un trattamento «che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medi-

ISSN 2421-2563



Per tentare di dare risposta a codesto interrogativo, pare potersi ricavare la nozione di cure mediche tenendo conto di due aspetti. Un primo punto di vista è quello funzionale, che osserva, pertanto, l'èsito terapeutico dell'intervento [14]: in ciò, si può avere riguardo all'art. 5, Legge 8 marzo 2017, n. 24, che, nel descrivere la liceità del trattamento medico, si riferisce agli «esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale». L'importanza del fine della cura si rinviene anche dalla nozione di salute, offerta dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, nel 1948, quale benessere psico-fisico dell'individuo [15].

Sennonché, codesta indicazione si mostra sfuggente e risulta, da sola considerata, poco utile all'interprete. Difatti, una prospettiva che si fondi solo sul fine, degli interventi sulla persona, ma non esprima anche il modo, con cui detto risultato si raggiunga, non pare in grado di discriminare fra i metodi che possano essere qualificati cure mediche e quelli che, invece, siano esclusi da siffatta qualificazione [16].

La prospettiva funzionale deve, allora, essere completata considerando il concetto di cure mediche da un punto di vista soggettivo. A tal proposito, un'importante indicazione è offerta dall'art. 25 della Legge 23 dicembre 1978, n. 833, nella quale il legislatore definisce la «prestazione di cura», nel contesto della Istituzione del servizio sanitario nazionale, come quella riferita a tutti coloro i quali effettuano il trattamento (il medico generico, specialistico, infermiere o farmacista) [17].

Pertanto, pur potendo essere arduo individuare, una volta per tutte, il contenuto dell'obbligo del medico, in quanto esso varia, col mutare dei tempi [18], si avrà un trattamento sanitario ogniqualvolta vi sia una prestazione di un professionista della sanità [19], che mira alla tutela della salute del paziente [20]: sul referente oggetti-

---

ci, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche», aggiungendo come siffatta «qualificazione è, del resto, convalidata dalla comunità scientifica internazionale».

[14] Lo stesso canone si evince osservando la giurisprudenza comunitaria: si può riportare la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, 8 giugno 2006, causa C-106/05, *L.u.P. GmbH*, in *OneLegale*, nella quale, nel giudicare sull'esenzione fiscale DALL'IVA, viene affermato che l'«espressione "cure mediche" mira a includere tutte le esenzioni relative a prestazioni sanitarie e, dunque, quelle che hanno lo scopo di diagnosticare, curare e guarire le malattie o disturbi della salute». Similmente, v. Corte di giustizia dell'Unione europea, 20 novembre 2003, causa C-212/01, *Unterpentiger*, in *OneLegale*.

[15] In argomento, si rinvia a V. DURANTE, *Dimensioni della salute: dalla definizione DELL'OMS al diritto attuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 132 ss.

[16] Stando a certe credenze religiose, anche un intervento spirituale potrebbe avere la finalità di trattamento terapeutico, perché proteso alla guarigione del paziente.

[17] In particolare, l'art. 25, primo comma, della l. n. 833/1978 specifica che le «prestazioni curative comprendono la assistenza medico-generica, specialistica, infermieristica, ospedaliera e farmaceutica», soffermandosi nei commi successi a indicazioni di carattere organizzativo.

[18] P.G. MONATERI, *op. loc. citt.*, il quale afferma come «il concetto di "atto medico" si estenda a ricomprendere anche tutte quelle prestazioni di carattere esecutivo e materiale nonché gli atti medici formali, come pareri, prescrizioni, indicazioni di cura, e così via, che si strutturano nel complesso rapporto medico-paziente come rapporto sociale assunto dal diritto nella sua variegata, e anche mutevole nel tempo, accezione».

[19] Sul punto, si può rinviare alla definizione offerta da G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 226, per il quale «vanno compresi nel generico concetto di trattamento medico chirurgico tanto le operazioni chirurgiche, quanto i rimedi di medicina interna ed anche le cure psichiche. Vi rientrano anche gli interventi diagnostici, quelli diretti cioè ad accertare quale sia la malattia di cui soffre il paziente». Si aggiunga il richiamo, da parte di P.G. MONATERI, *Illiceità e giustificazione dell'atto medico nel diritto civile*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *La responsabilità in medicina*, a cura di A. Belvedere e S. Riondato, Milano, 2011, 7 ss., spec. 8-9, il quale fornisce una elencazione cospicua di numerosi trattamenti sanitarî.

[20] Intendendo la salute, in coerenza con la definizione or ora ricordata dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, nella sua connotazione soggettiva, e quindi legata alla concezione che il malato ha del suo benessere psico-fisico: il punto di riferimento, che segna questo passaggio nel considerare il diritto alla salute, è la Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 428, in *Foro It.*, 2009, c. 1328 ss.; in *Giornale dir. amm.*, 2009, 297 ss. In dottrina, v. P. STANZIONE, *Costituzione, diritto civile e soggetti deboli*, in *Fam. dir.*, 2009, 305 ss.; M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa al secondo comma dell'art. 32 cost.*, in *Quaderni cost.*, 2012, 455 ss.; G.



vo della cura prevale, comunque, la qualità soggettiva del medico. Codesta qualità, peraltro, risulta essere certa, in ragione della necessità di una iscrizione, del professionista, presso gli albi professionali, ed è, oltretutto, ricavabile dagli alluvionali provvedimenti secondarî, che disciplinano l'attività delle professioni sanitarie [21].

La relatività del concetto di cure mediche si comprende, peraltro, anche osservando i canoni di valutazione della liceità del trattamento sanitario, che si ricavano, normativamente, dalla previsione dell'art. 5, primo comma, della L. n. 24/2017. Nella disposizione or ora richiamata, l'attività dell'esercente sanitario è vincolata alle raccomandazioni previste dalle linee-guida elaborate da enti e istituzioni pubblici o privati, nonché da società o associazioni scientifiche iscritte in un apposito elenco, o, in loro mancanza, alle buone pratiche clinico-assistenziali [22]. Codesta norma va coordinata, in chiave sistematica, con la prescrizione dell'art. 1, sesto comma, della L. n. 219/2017, in cui il legislatore, dopo aver affermato l'esclusione della responsabilità del medico che segue la volontà espressa dal paziente, dispone che questi non possa esigere trattamenti sanitarî contrarî a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali [23].

3. – Nel contesto della nozione di cure mediche, è opportuno fermare l'attenzione sulle terapie sperimentali, e, quindi, sulla minuziosa regolamentazione affidata al D.lgs. 23 giugno 2003, n. 211, che disciplina la sperimentazione clinica di medicinali, nonché al Decreto-legge 17 febbraio 1998, n. 23, che detta norme in materia di sperimentazione clinica in campo oncologico [24].

FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 3 ss.; A. APOSTOLI, *Il fondamentale diritto alla salute nell'ordinamento italiano*, in *La volontà e la scienza. Relazione di cura e disposizioni anticipate di trattamento*, a cura di S. Cacace, A. Conti e P. Delbon, Torino, 2019, 13 ss.

[21] Merita dar conto come, di recente, la regolamentazione degli albi delle professioni sanitarie sia stata rivisitata dal legislatore, che è intervenuto con il Decreto legislativo 14 maggio 2019, n. 52, nel cui contesto, peraltro, è stata in parte rivista la disciplina della sperimentazione clinica dei medicinali.

[22] Fra i numerosi commenti alla L. n. 24/2017, si rinvia a G. ALPA, Ars interpretandi *e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contr. impresa*, 2017, 728 ss.; A. ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1115 ss.; V. CARBONE, *Legge Gelli: inquadramento normativo e profili generali*, in *Corr. giur.*, 2017, 737 ss.; C. GRANELLI, *La riforma della disciplina della responsabilità sanitaria: chi vince e chi perde?*, in *I contratti*, 2017, 377 ss.; M. FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno e resp.*, 2017, 271 ss.; C. MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 752 ss.; G. PONZANELLI, Medical malpractice*: la legge Bianco-Gelli*, in *Contr. impresa*, 2017, 356 ss.; R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2017, 261 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2017, 740 ss.; F. BOCCHINI, *Salute e sanità tra solidarietà e responsabilità*, in *Contr. impresa*, 2018, 126 ss.; C. COPPOLA, *Il nuovo sistema della responsabilità civile sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 1448 ss.

[23] Sul punto, codesta disposizione è stata oggetto di numerosi dubbî, da parte della dottrina, che avverte il rischio di lasciare ampio margine di discrezionalità in capo al medico: cfr., in merito, 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, 12; D. CARUSI, *La legge "sul biotestamento": una luce e molte ombre*, in *Corr. giur.*, 2018, 295; G.M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità del morire. Un (cauto) passo avanti*, in *Cass. pen.*, 2018, 2310-2311; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2018, 250; M.N. BUGETTI, *La disciplina del consenso informato nella legge 219/2017*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 118 ss.; R. CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *Studium iuris*, 2019, 691.

[24] Per alcune note, in dottrina, sulla sperimentazione clinica, v.: E. PALERMO FABRIS, *La sperimentazione clinica: profili giuridici*, in *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti, E. Palermo Fabris e P. Zatti, nel *Trattato di biodiritto*, diretto da P. Zatti, Milano, 2011, 643 ss.; A. CARMINATI, *op. cit.*, 73 ss., spec. 97 ss.; R. MASONI, *La sperimentazione di terapie innovative: la ricostruzione del quadro normativo*, in *Dir. fam. pers*., 2019, 968 ss. Per un coordinamento con la disciplina comunitaria, v. M. FERRARI, *La nuova normativa*

ISSN 2421-2563



La normativa sulla sperimentazione clinica mostra un registro stilistico assai diverso, rispetto a previsioni delle leggi più recenti, perché è assai più articolata, come dimostrano già, peraltro, le numerose definizioni normative, dettate dal legislatore, che si cura di precisare il concetto di buona pratica clinica (art. 1, secondo comma, D.lgs. n. 211/2003), quello di sperimentazione clinica (art. 2, primo comma, lett. a) e la nozione di medicina sperimentale (art. 2, primo comma, lett. c).

Già da codeste definizioni, si evince che anche quelle sperimentali siano cure mediche, in quanto, pur non avendo ancòra compiuto il percorso verso il loro riconoscimento scientifico, codeste terapie sono attuate da esercenti le professioni sanitarie e mirano all'intervento benefico nei confronti del paziente, ancorché si arricchiscano di un indubbio valore ai fini della ricerca clinica. Piuttosto, i delicati profili di rischio, che esse pongono, hanno reso necessario un puntuale intervento normativo, che ne definisca i limiti e le condizioni.

Dalla lettura coordinata delle fonti, si evince, allora, come il rispetto delle prescrizioni in materia di sperimentazione concorra a definire la nozione di buona pratica clinica (art. 1, secondo comma) e rilevi, quindi, ai fini della valutazione della liceità dell'intervento medico (art. 6 ss. della L. n. 24/2017). Quanto alle condizioni che devono essere rispettate, per procedere alla sperimentazione, giova ricordare il ruolo che assume il comitato etico (art. 3, primo comma, lett. a), l'importanza dell'informazione sulla sperimentazione (art. 3, primo comma, lett. b), le minuziose regole sulla prestazione del consenso informato per il trattamento, dopo l'informativa del medico (art. 3, primo comma, lett. d), nonché la necessaria presenza di un professionista qualificato (art. 3, secondo comma) [25].

Tali previsioni si arricchiscono, poi, con ulteriori prescrizioni, avuto riguardo ai pazienti minori di età e maggiorenni, incapaci di prestare il proprio consenso (artt. 4 e 5, D.lgs. n. 211/2003). Si dettano, poi, le regole sul percorso di sperimentazione della terapia, che si snoda attraverso un lungo procedimento amministrativo e in stretta aderenza con le prescrizioni di dettaglio del Ministero della salute (artt. 6 ss. D.lgs. n. 211/2003).

Di fronte alle difficoltà legate al rispetto dei tempi, di tale procedimento, il Decreto legislativo 23 febbraio 1998, n. 23, convertito in Legge 8 aprile 1998, n. 94 [26], consente, in generale, al medico di impiegare certi farmaci sperimentali qualora ritenga che il paziente non possa essere utilmente trattato con medicinali approvati e purché tale impiego sia noto e conforme a lavori apparsi su pubblicazioni scientifiche accreditate in campo internazionale (art. 3, secondo comma) [27]. In tal modo, si responsabilizza il singolo professionista, su cui ricade il delicato compito di valutare la possibilità di utilizzo di terapie sperimentali, anche fuori dei casi disciplinati dal legislatore [28].

4. – Riprendendo il primo dei due interrogativi iniziali, è opportuno domandarsi se, nelle disposizioni an-

per un approccio armonizzato alla regolamentazione delle sperimentazioni cliniche nei Paesi DELL'UE, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 702 ss.

[25] A codeste norme si aggiungano le previsioni del Codice di deontologia medico del 2014, che dedica l'intero Titolo VII alla ricerca e alla sperimentazione.

[26] Per un commento, v. D. MICHELETTI, *La speciale disciplina del multitrattamento Di Bella*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 694 ss., a cui si aggiunga, per delicati profili concernenti la responsabilità civile per somministrazione di farmaci, I.L. NOCERA, *Responsabilità per danno da farmaco tra gestione del rischio e ruolo delle informazioni*, in *Danno e resp.*, 2022, 680 ss.

[27] Giova peraltro rinviare anche a quanto dispone l'art. 13, ottavo comma, del Codice di deontologia medico del 2014, ove si prevede che il «medico può prescrivere, sotto la sua diretta responsabilità e per singoli casi, farmaci che abbiano superato esclusivamente le fasi di sperimentazione relative alla sicurezza e alla tollerabilità, nel rigoroso rispetto dell'ordinamento».

[28] Per un'indagine approfondita, in argomento, v. A. CARMINATI, *op. cit.*, 121 ss.



ticipate di trattamento, il disponente possa manifestare le proprie intenzioni in merito alle terapie sperimentali, e, quindi, acconsentire o negare il consenso all'utilizzo di farmaci in via di approvazione, nonché se questi debba individuare, nello specifico, siffatte cure, o se sia sufficiente una manifestazione generica, circa il loro ricorso. Aspetto, quest'ultimo, particolarmente delicato, avuto riguardo alle terapie sperimentali, in quanto è intuibile come codeste cure, proprio per la loro portata innovativa, possano non essere immaginabili, con precisione, dal disponente, al momento della redazione delle disposizioni anticipate di trattamento [29].

Per dar risposta a codesto interrogativo, un primo indice lo si ricava osservando l'art. 5, primo comma, del D.lgs. n. 211/2003, poiché, in quella norma, viene consentita, pur nel rispetto delle condizioni enucleate dagli artt. 3 e 5, «la partecipazione ad una sperimentazione clinica degli adulti incapaci che non hanno dato o non hanno rifiutato il loro consenso informato prima che insorgesse l'incapacità». In tal modo, il legislatore pareva consentire, già prima dell'intervento della L. n. 219/2017, una manifestazione del paziente circa le future terapie sperimentali.

La dottrina, coordinando la disciplina di cui all'art. 4 con l'art. 1, sesto comma, della L. n. 219/2017, sostiene che, nelle disposizioni anticipate di trattamento, non sarebbe possibile richiedere trattamenti stravaganti o pratiche eterodosse [30].

Si consideri, anzitutto, come, dal punto di vista letterale, la formulazione adottata dal legislatore sia generica, poiché l'art. 4, primo comma, fa riferimento, non solo alla possibilità del disponente di esprimere «il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o a scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari», bensì anche, più ampiamente, all'inclusione delle «volontà in materia di trattamenti sanitari».

Ciò induce a ritenere che le disposizioni anticipate di trattamento possano, non solo avere a oggetto puntuali manifestazioni di volontà, circa i trattamenti sanitarî o gli accertamenti diagnostici, ma possano anche contenere desiderî o auspicî circa la condizione in cui potrà trovarsi il disponente, e finanche esaurire, il proprio contenuto, in manifestazioni emotive. L'unico limite, ricavato dalla lettura sistematica della L. n. 219/2017, è quello segnato dalla liceità del trattamento, di cui all'art. 1, sesto comma, che, nel caso delle terapie sperimentali, si arricchisce con le prescrizioni del D.lgs. n. 211/2003.

A codeste ragioni, di carattere testuale, non pare d'ostacolo la riconduzione delle disposizioni anticipate di trattamento alla categoria dommatica del negozio giuridico, in quanto, codesta qualificazione, appare, in quest'àmbito [31], per lo più descrittiva, e poco adatta a spiegarne aspetti di disciplina [32]. Difatti, le disposizioni anticipate di trattamento non dovrebbero risultare soggette né a una valutazione di meritevolezza del loro contenuto (art. 1322 cod. civ.), né, tantomeno, alla rispondenza dei requisiti dell'oggetto del contratto (art. 1346 cod. civ.) [33].

Muovendo dal primo dei due aspetti or ora rilevati, è senza dubbio utile rilevare come, sistematicamente, il giudizio di meritevolezza, circa il contenuto dell'atto, sia limitato, dal legislatore, ai contratti (art. 1322 cod. civ.) e ai negozî giuridici unilaterali fra vivi, aventi contenuto patrimoniale (art. 1324 cod. civ.), laddo-

---

[29] L'interrogativo è espresso da P. Borsellino, *op. loc. citt*.

[30] P. Zatti, *op. cit*., 250; P. Borsellino, *op. cit*., 797; F. Parente, *Le disposizioni anticipate di trattamento: struttura, contenuto, forme e pubblicità*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, 1405-1406. Cfr., poi, U. Salanitro, *Il consenso, attuale o anticipato, nel prisma della responsabilità medica*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2019, 136, in merito al delicato profilo dell'obiezione di coscienza.

[31] Quanto alle riflessioni sul negozio giuridico a contenuto non patrimoniale, v. L. Di Bona, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2000.

[32] La storia del negozio giuridico testimonia di come codesta categoria trovi le proprie fondamenta nell'astrazione che la dottrina ha fatto sulle regole del contratto, grazie anche alla capacità espansiva che viene loro garantita dall'art. 1324 cod. civ.: v., in argomento, M. Brutti, *Dal contratto al negozio giuridico*. *Appunti*, Torino, 2013, 13 ss.

[33] Come invece sostiene M. Rinaldo, *op. cit.*, 125.

ISSN 2421-2563



ve, in altri àmbiti, non sia possibile approdare al medesimo risultato [34]; ciò anche in ragione del fatto che non pare affatto agevole giustificare l'estensione di una norma limitatrice dell'autonomia privata [35].

Non si trascuri di considerare come, a siffatto giudizio, sia sottesa l'esigenza di un controllo nelle contrattazioni private, e, quindi, del mercato [36]; perciò, spostandosi sul piano della valutazione ermeneutica, dell'interesse tutelato, codesta esigenza mal si presta a estendersi a negozî intimamente connessi alla persona [37], e soprattutto alle manifestazioni di volontà con cui l'individuo eserciti la propria libertà di autodeterminazione [38].

La giurisprudenza ha da tempo affermato il legame stringente tra le cure mediche e la personalità del malato [39]: non si manchi di considerare come, lo stretto legame fra la scelta di cura e l'identità personale, abbia consentito alla dottrina di affermare, efficacemente, che le disposizioni anticipate di trattamento si presentino come l'espressione della «biografia individuale» del paziente [40]. Codesta relazione comporta l'esigenza di limitare, il più possibile, il sindacato sulle volontà espresse dal disponente [41].

L'espressione, nelle disposizioni anticipate di trattamento, di volontà capricciose, potrebbe rivelare tratti della personalità malato, e quindi fornire elementi in grado di ricostruirne la volontà: codeste manifestazioni potranno non essere del tutto efficaci, nel senso di vincolare, in modo stringente, l'operare del medico; eppe-

---

[34] Basti rinviare, al riguardo, all'autorevole dottrina, che ha fatto ricorso a codesta argomentazione, indagando sul giudizio sulle disposizioni testamentarie: G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990, rist. Napoli, 2018, 58 ss., spec. 63 ss.; G. BONILINI., *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. not.*, 2000, 793 ss.; G. BONILINI, *Il negozio testamentario*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 9 ss. Su codesta linea, si pongono G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, 40 ss.; A. TRABUCCHI, *Autonomia testamentaria e disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, 39 ss., spec. 42-44, ora in *Cinquant'anni nell'esperienza giuridica. Scritti di Alberto Trabucchi*, raccolti da G. Cian e R. Pescara, Padova, 1988, 587 ss. *Contra*, nel senso di ritenere che il giudizio di meritevolezza, di cui all'art. 1322 cod. civ., si estenda anche alle disposizioni testamentarie, E. BETTI, *op. cit*., 390 ss.; M. BIN, *La diseredazione*, Torino, 1966, 185 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, vol. I, *Profilo negoziale dell'atto. Appunti delle lezioni*, Milano, 1976, 260.

[35] Valga il riferimento a P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it*., 1999, 231-232, il quale teme «che la tendenza autoritaria o dirigistica, a lungo prevalente nel nostro Paese, continui a spingere la magistratura ad atteggiamenti di intransigenza che, in sostanza, finiscono col manifestare una preconcetta diffidenza nei confronti della capacità dei privati di regolare da sé i propri interessi».

[36] In merito a codesti profili, v. E. GABRIELLI, *La nozione di contratto (Appunti su contratto, negozio giuridico e autonomia privata)*, in *Giur. it.*, 2014, 2798 ss., a cui si aggiunga, almeno, il richiamo a A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei princìpi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 747 ss., nonché l'ampia indagine svolta da M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015, 95 ss.

[37] Così, autorevole dottrina ha posto in luce il legame tra il testamento e i sentimenti dell'uomo: per tutti, v. G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990, 101 ss.

[38] Non si manchi di considerare come, anche con riguardo al testamento, l'indagine non possa prescindere dalla rilevanza che codesto negozio assume, nell'esigenza dell'uomo di dar regola, e quindi soddisfacimento, ai propri bisognî *post mortem*, ché anche quella di testare è una libertà, a cui l'ordinamento riconosce ampio spazio: così, G. BONILINI, *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, cit., 789 ss., ma già, in argomento, R. SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. I, Torino, 1987, 517.

[39] Il riferimento è ancòra a Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., in cui i giudici hanno statuito che, per decidere la cura appropriata per il paziente, si debba ricostruire la sua volontà presunta «tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche».

[40] M. FOGLIA, *op. cit*., 181, il quale richiama, a sua volta, P. ZATTI, *La via (*crucis*) verso un diritto della relazione di cura*, cit., 22.

[41] G. BONILINI, *"Testamento per la vita" e amministrazione di sostegno*, in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, a cura di U. Veronesi, Milano, 2006, 194, a mente del quale non dovrebbe esservi «incertezza sul fatto che si è qui di fronte a scelte che non dovrebbero neppure lontanamente far porre la domanda, se altri possa decidere in luogo del diretto interessato, e, men che meno, se altri possa sovrapporre la propria decisione a quella liberamente manifestata dall'interessato, vuoi in prossimità del trattamento, vuoi in previsione dello stesso».



rò, non potranno neppure reputarsi prive di ogni rilievo, essendo sicuramente rilevanti, anche dal punto di vista giuridico, nel momento in cui si debba compiere una scelta sostitutiva per il paziente, che non sia più in grado di autodeterminarsi [42]. Un diverso approdo risulterebbe inattuale, in quanto, ammettere un controllo di meritevolezza sul contenuto delle disposizioni anticipate di trattamento, darebbe troppo peso a un giudizio esterno, rispetto a quello del disponente, col rischio di rievocare un paternalismo, nelle scelte terapeutiche, il cui superamento è stato voluto, dal legislatore, proprio con l'emanazione della L. n. 219/2017 [43].

5. – Oltre al giudizio di meritevolezza, di cui all'art. 1322 cod. civ., pare altresì inappropriato il richiamo ai requisiti dell'oggetto del contratto, avuto riguardo alle disposizioni anticipate di trattamento, perché, in aggiunta delle ragioni testé ravvisate, circa la limitata portata espansiva delle norme contrattuali, in ragione della previsione dell'art. 1324 cod. civ., i caratteri, racchiusi nell'art. 1346 cod. civ., non paiono essere idonei a spiegare il contenuto delle disposizioni anticipate di trattamento, poiché sono protesi ad altre finalità.

Il richiamo alla disciplina generale del contratto non giova, circa il requisito della liceità, poiché è sufficiente la lettura dell'art. 1, sesto comma, della L. n. 219/2017. Quello della possibilità, poi, concerne la praticabilità delle terapie, richieste dal paziente, ma attiene al momento dell'esecuzione degli intenti preventivamente manifestati: esso viene filtrato, opportunamente, dalla perizia del medico, chiamato ad attuare quanto espresso dal disponente, eventualmente in dialogo col fiduciario o l'amministratore di sostegno del paziente, com'è il caso in cui le disposizioni anticipate di trattamento debbano essere disattese, in quanto incongrue o inattuali (art. 4, quinto comma) [44].

Qualche difficoltà maggiore presenta il requisito della determinatezza dell'oggetto [45]: esso si lega, in particolare, all'esigenza logica, prim'ancòra che giuridica, di dare esecuzione alla volontà dei contraenti (art. 1346 cod. civ.) [46]. Epperò, osservando la relazione terapeutica, codeste esigenze in qualche modo si attenuano, in ragione del fatto che, il rapporto di cura, si presenta come una relazione dinamica, frutto del continuo scambio fra medico e paziente, la quale si evolve al mutare delle condizioni di salute del malato e rispecchia le esigenze che questi manifesta [47]: alla componente volontaristica, vale a dire le intenzioni espresse dal pa-

---

[42] Così, M. MANTOVANI, *op. cit.*, 207, per la quale «le espressioni di volontà dettate dalla persona in previsione della futura incapacità a determinarsi riflettono e riassumono la propria "biografia" – come insieme di credenze, preferenze, convinzioni, la propria concezione dell'esistenza: in una parola, la propria identità – anche al rispetto di questi valori il medico dovrà orientare le scelte terapeutiche da mettere in campo».

[43] Ne discende, pertanto, un minor rigore del controllo del notaio, nel ricevere le disposizioni anticipate di trattamento: in merito al controllo notarile, v. C. ROMANO, *Legge in materia di disposizioni anticipate di trattamento: l'ultrattività del volere e il ruolo del notaio*, in *Notariato*, 2015, 15 ss.

[44] V., *infra*, par. 6.

[45] La letteratura è ampia; v., per tutti, G. OSTI, voce *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, vol. IV, Torino, 1939, 462 ss.; G. FRAGALI, *Dell'oggetto del contratto*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di M. D'Amelio e E. Finzi, Firenze, 387 ss.; N. IRTI, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XI, Torino, 1965, 799 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970, 358 ss.; C.A. CANNATA, voce *Oggetto del contratto*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, 827 ss.; E. ROPPO, voce *Contratto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. IV, Torino, 1998, 110 ss.; G. ALPA, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, vol. XXI, Roma, 1990, 1 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il contenuto del contratto,* ne *I contratti in generale*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1991, 728 ss.; G. ALPA, R. MARTINI, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. XIII, Torino, 2013, 41 ss.; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016, IV ed., 1051 ss.

[46] Basti riflettere sul fatto che, fra le varie tesi espresse in dottrina, un'autorevole voce identifica i requisiti del contratto con quelli della prestazione: cfr., sul punto, F. MESSINEO, voce *Contratto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1961, 837.

[47] Cfr., per tutti, M. FOGLIA, *op. cit.*, 26 ss.

ISSN 2421-2563



ziente, si accompagna una componente emotiva, la quale, invece, trae spunto dalle sue motivazioni personali, che non possono essere trascurate, dal medico, lungo il percorso della cura [48].

Non pare, allora, giustificato limitare il contenuto delle disposizioni anticipate di trattamento ai soli accertamenti diagnostici o alle scelte terapeutiche determinati, ben potendo, codesto negozio, arricchirsi anche solo di mere «volontà» circa i futuri trattamenti sanitarî, che possono consistere in pure manifestazioni emotive [49], o esternazioni di natura personale [50], che pur si leghino all'eventualità di future terapie mediche.

Fatto luce su questo aspetto, la determinatezza del contenuto delle disposizioni di trattamento influisce, semmai, sulla vincolatività delle disposizioni anticipate di trattamento: il medico è tenuto a darne puntuale esecuzione (art. 4, primo comma, della L. n. 219/2017), se da esse si evinca, con sufficiente precisione, la volontà del paziente circa specifici trattamenti terapeutici; diversamente, occorrerà tenere conto di quanto espresso dal paziente, e, quindi, delle «volontà» da questi manifestate, pur senza esserne vincolato in modo stringente [51].

Quanto più è generico il contenuto delle disposizioni anticipate di trattamento, tanto più sarà rilevante il ruolo dei sostituti del paziente, come sono l'amministratore di sostegno o il tutore (art. 3, commi, della L. n. 219/2017) e il fiduciario (art. 4, della L. n. 219/2017), chiamati a prendere parte nel dialogo col medico, in caso di incapacità di autodeterminazione del malato [52].

Stando a una tesi, espressa in dottrina, sarebbe finanche possibile la sola indicazione del fiduciario, nelle disposizioni anticipate di trattamento, senza che il disponente indichi alcunché circa i futuri trattamenti sanitarî [53]: in quest'ipotesi, addirittura, il contenuto delle scelte di cura verrebbe interamente rimesso al dialogo fra il medico e la persona di fiducia del paziente [54]. In tal modo, un terzo, legato da una particolare relazione personale col paziente, potrebbe sostituirlo interamente, nella determinazione degli accertamenti diagnostici e delle scelte terapeutiche [55].

---

[48] «Non possiamo più permetterci di proporre e imporre alla relazione medico-paziente un'idea di consenso e dei modelli applicativi assolutamente inadeguati al terreno, gravidi di effetti perversi. Il diritto che trasferisce in sala operatoria – o nel corridoio – le forme che valgono per un contratto bancario fa piangere»: così P. ZATTI, *«Parole tra noi così diverse». Per un'ecologia del rapporto terapeutico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 148.

[49] Si pensi alla volontà del disponente, il quale esprima la sola volontà di non soffrire, in alcun modo, per causa delle terapie.

[50] Si pensi alle scelte religiose, qual è quella dei testimoni di Geova di rifiutare l'emotrasfusione, che già da tempo interrogano la dottrina: P. RESCIGNO, *I trattamenti sanitari tra libertà e dovere (l'obiezione di coscienza dei testimoni di Geova)*, in P. RESCIGNO, *Persona e comunità: saggi di diritto privato*, vol. I, Milano, 1966, 300 ss.

[51] Limpidamente, sul punto, E. BILOTTI, *op. cit*., 95; altresì, A. ASTONE, *Autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento nella legge 22 dicembre 2017 n.* 219, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 1508 ss.

[52] M. MANTOVANI, *op. cit*., 211; E. FAZIO, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: profili problematici*, in *Dir. succ. fam*., 2020, 402.

[53] Per la tesi favorevole, v. P. ZATTI, *Brevi note sull'interpretazione della Legge n. 219 del 2017*, in *Le Nuove leggi civ. comm*., 2019, 5 ss., ma anche M. MANTOVANI, *op. cit*., 214 ss.; pur con toni più cauti, R. LENZI, *Disposizioni anticipate di trattamento ed effettività del consenso*, in *Notariato*, 2020, 143. Per la tesi negativa, v. S. DELLE MONACHE, *op. cit*., 1016-1017; D. CARUSI, *Tentativi di legiferazione in materia di "testamento biologico". Un dibattito da rianimare*, cit., 81 ss.; M. RINALDO, *op. cit*., 110.

[54] Negli altri ordinamenti, con riferimento ai Paesi anglosassoni, al fiduciario viene dato un potere quasi incondizionato, laddove, le direttive anticipate di trattamento (il così detto *living will*), fungono da limite a quei còmpiti: proprio in merito a ciò, infatti, si attestava, nel parere del 2003 del Comitato nazionale di Bioetica, che il fiduciario «è presente in molti dei modelli di dichiarazioni anticipate proposti in Italia e all'estero, alcuni dei quali già hanno ottenuto riconoscimento legale in diversi Stati. In particolare, negli Stati Uniti, la direttiva di delega (*durable power of attorney for health care* nello Stato della California; *health care representative* nello Stato dell'Oregon; *patient advocate for health care* nello Stato del Michigan) costituisce la struttura portante di questi documenti, mentre le dichiarazioni vere e proprie vengono formulate sotto forma di limiti posti dal paziente all'azione del suo delegato». In argomento, v. E. CALÒ, *Il ritorno della volontà. Bioetica, nuovi diritti e autonomia privata*, Milano, 1999, 118 ss.

[55] Cfr. M. MANTOVANI, *op. cit*., 211, per la quale «anche là dove non si riscontri una perfetta corrispondenza tra disposizioni anti-



Da quanto sin qui esposto, non paiano sussistere particolari limiti a che il disponente esprima le proprie volontà in merito a cure sperimentali, in quanto anch'esse sono espressione della libertà terapeutica [56], sia indicando espressamente quali terapie voglia ricevere o rifiutare, sia nel senso di assentire, o rifiutare, preventivamente, alle cure sperimentali, senza indicarle puntualmente [57]. Né si può escludere, che questi esprima volontà più ampie, nel senso di pretendere che il medico e il personale faccia tutto quanto possibile, affinché lo curi, pur nel rispetto del limite dell'accanimento terapeutico (art. 2, secondo comma, della L. n. 219/2017), entro i cui confini è ben possibile ritenere incluse le terapie sperimentali.

6. – Una volta chiarita l'ampia possibilità del disponente di calare, nelle disposizioni anticipate di trattamento, la volontà circa le terapie sperimentali, si comprende come vada osservato il delicato aspetto della attuazione, di siffatta volontà, alla luce del ruolo che rivestono coloro i quali siano chiamati a interloquire col medico, in nome e per conto del paziente, per esprimere la scelta di intervenire con le terapie sperimentali.

Per dare risposta a codesto interrogativo, giova muovere, anche questa volta, dalla disciplina speciale sulle terapie sperimentali, e ricordare come, oltre alle condizioni generali d'intervento (art. 3 del D.lgs. n. 211/2003), il legislatore indichi dei requisiti specifici per la sperimentazione su adulti incapaci di prestare validamente il consenso informato (art. 5).

Fra essi, spicca il ruolo che assume il rappresentante legale, poiché questi viene chiamato a esprimere il consenso al trattamento, per il paziente, il quale dev'essere posto in condizione di comprendere i rischî e i beneficî della sperimentazione (art. 5, primo comma, lett. b); il consenso è prestato dal rappresentante legale, dopo aver assunto puntuali informazioni sul trattamento (art. 3, primo comma, lett. b e d) [58], e deve rispecchiare la presunta volontà di questi (art. 5, primo comma, lett. a) [59].

Codeste condizioni rivelano come già al tempo il legislatore avvertisse l'esigenza di tutelare la persona vulnerabile, senza mortificarne la partecipazione nelle scelte di cura, così anticipando alcuni principî che tro-

---

cipate e situazione concreta oppure in presenza di disposizioni che appaiano agli occhi del medico approssimative, generiche, o lacunose, richiede di essere valorizzata la figura del fiduciario nel suo ruolo di interprete autentico della volontà del disponente, il quale potrà chiarire al medico dubbi e incertezze riguardo agli intendimenti manifestati».

[56] Così Corte cost., 25 maggio 1998, n. 185, in *Giur. it.*, 1998, c. 602 ss., con nota di C. COLAPIETRO, *La salvaguardia costituzionale del diritto alla salute e l'effettività della sua tutela nella sperimentazione del «multitrattamento Di Bella»*, e di A. CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza delle «fattispecie dubbiose»*, in cui la Corte costituzionale ha eccezionalmente ammesso l'estensione delle cure sperimentali, «nei casi di esigenze terapeutiche estreme, impellenti e senza risposte alternative, come quelle che si verificano in alcune patologie tumorali», poiché «dalla disciplina della sperimentazione, così prevista, scaturiscono indubbiamente aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute».

[57] A ciò non pare neppure d'ostacolo l'assenza di una preventiva informazione medica, in quanto, la puntigliosa disciplina del D.lgs. n. 211/2003 va coordinata col più generale princìpio racchiuso nell'art. 4, primo comma, della L. n. 219/2017, per cui, quello di assumere adeguate informazioni presso un medico, è solamente una facoltà, per il disponente, che non comporta alcuna conseguenza, in termini di validità dell'atto. Basti osservare, a tal proposito, come l'art. 1, terzo comma, della L. n. 219/2017 disponga che il paziente possa «rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni».

[58] In particolare, il rappresentante legale deve avere avuto la possibilità, in un colloquio preliminare con uno degli sperimentatori, di comprendere gli obiettivi, i rischi e gli inconvenienti della sperimentazione, le condizioni in cui sarà realizzata, e sia stato informato del suo diritto di ritirarsi dalla sperimentazione in qualsiasi momento (art. 3, primo comma, lett. b); inoltre, il consenso, deve essere stato prestato dopo che il rappresentante legale sia «stato informato della natura, dell'importanza, della portata e dei rischi della sperimentazione clinica» (art. 3, primo comma, lett. d).

[59] Lo stesso medico, che esegua delle terapie sperimentali, deve tener «conto del desiderio esplicito di un soggetto in sperimentazione in grado di formarsi un'opinione propria e di valutare tali informazioni, di rifiutare la partecipazione o di ritirarsi dalla sperimentazione clinica in qualsiasi momento» (art. 5, primo comma, lett. c).

ISSN 2421-2563



vano ora affermazione nella L. n. 219/2017 [60]: il generico riferimento ai rappresentanti legali del paziente può essere ora riletto alla luce della disciplina del consenso informato e delle disposizioni anticipate di trattamento, in cui il legislatore consente di partecipare, nella relazione terapeutica, sia al tutore e all'amministratore di sostegno (art. 3 della L. n. 219/2017), sia al fiduciario del paziente (art. 4 della L. n. 219/2017).

Giova precisare, peraltro, come la posizione che costoro rivestono, nei confronti del paziente, non sia riducibile a quella di rappresentanti legali, ma meriti di essere qualificata come sostituzione nelle scelte di cura. Ciò non tanto in ragione della riconduzione della scelta terapeutica alla categoria dommatica di atti personalissimi, la quale andrebbe rimeditata, nei suoi fondamenti normativi [61], bensì in ragione del fatto che, la nozione di rappresentanza, da un lato, è legata al compimento di scelte di natura patrimoniale [62], mentre, dall'altro lato, è concettualmente poco adatta a spiegare il loro intervento nella relazione terapeutica, in quanto tiene in ombra il dovere che l'amministratore di sostegno e il fiduciario hanno, rispetto al paziente, accentuando, invece, il loro potere decisionale rispetto ai terzi [63].

Quanto ai titolari degli ufficî a tutela dell'adulto incapace, già da tempo la dottrina ha ammesso l'intervento nelle scelte terapeutiche muovendo dal dovere di *cura personae* del tutore (art. 357 cod. civ.) e dell'amministratore di sostegno (artt. 405, quinto comma, 408, primo comma, 424 cod. civ.) [64]. Fra gli elementi di continuità, rispetto all'art. 3 del D.lgs. n. 211/2003, vi è il coinvolgimento della persona nelle scelte terapeutiche (art. 3, primo comma, della L. n. 219/2017): il consenso informato viene espresso dal tutore, sentito l'interdetto, ove possibile, e avendo come scopo la tutela psico-fisica della persona nel pieno rispetto della sua dignità (art. 3, terzo comma), nonché dall'amministratore di sostegno, in aggiunta o in sostituzione alla

---

[60] Sulla cui condizione, in particolare, v. M.A. URCIUOLI, *Situazioni esistenziali ed autodeterminazione della persona*, Napoli, 2018, 70 ss.; B. SALVATORE, *Il minore e la persona incapace nella L. n. 219/2017: la rilevanza della volontà del soggetto vulnerabile nelle scelte sanitarie*, in *Jus civile*, 2020, 1494 ss.; A. LEPRE, *I trattamenti sanitari dell'incapace nella Legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Foro nap*., 2020, 81 ss.

[61] Merita richiamare l'autorevole opinione di chi, indagando sui diritti della personalità, affermava che «la qualifica di diritti *individuali* è inaccettabile, perché vaga e non-espressiva del carattere peculiare dei diritti di personalità. Così, infine, si dica della qualifica di diritti "*personalissimi"* [corsivo dell'A.]», come si esprimeva F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. II, t. 1, Milano, 1952, VIII, 5. L'opinione critica, su codesta classificazione, risale a N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, Milano, 1922, III ed., 29, a mente del quale, nell'affermare la dicotomia fra diritti trasmissibili e intrasmissibili, nota «come i diritti intrasmissibili vengono anche chiamati personali, personalissimi, inerenti alla persona; locuzioni da evitare per non far nascere confusione tra i diritti che sono davvero personali e perciò intrasmissibili, con quelli che sebbene non possono trasmettersi sono patrimoniali, reali o di obbligazione». Ma già, con lucida consapevolezza, v. L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, vol. I, Torino-Napoli, 1871, 1009.

[62] Non si spiega, difatti, il riferimento alla disciplina della rappresentanza volontaria con riguardo al fiduciario, su cui v., fra i tanti, M. RINALDO, *op. loc. citt.* Basti solo considerare che, le norme sulla rappresentanza, sono racchiuse nella disciplina generale del contratto (art. 1387 ss. cod. civ.), e così anche la disciplina del mandato, che è un contratto tipico (artt. 1703 ss. cod. civ.); pertanto, in ragione di quanto osservato, circa la portata dell'art. 1324 cod. civ., codeste norme non sono estensibili ai rapporti giuridici non patrimoniali, com'è quello fra paziente e fiduciario.

[63] La natura non patrimoniale di codesto rapporto pone notevoli interrogativi, anche in ragione delle difficoltà di elaborare una categoria dommatica attorno a codeste relazioni: v., in argomento, B. IZZI, *Il rapporto giuridico non patrimoniale*, Milano, 2012, *passim*, ma, altresì, v. G. AMADIO, *Teoria del negozio e interessi non patrimoniali*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, 27 ss.

[64] Sul punto, v. F. RUSCELLO, *Amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti terapeutici*, in *Fam. dir*., 2005, 90, nota a Trib. Modena, 15 settembre 2004; G. BONILINI, *"Testamento per la vita" e amministrazione di sostegno*, cit., 193 ss.; G. FERRANDO, *I diritti di natura personale. Compiti dell'amministratore ed autonomia dell'interessato*, in *Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione*, a cura di G. Ferrando e L. Lenti, Torino, 2006, 143 ss.; A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 547 ss.; G. LISELLA, *Gli istituti di protezione dei maggiori di età*, in G. LISELLA, F. PARENTE, *Persona fisica*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2012, p. 298 ss.; G. BONILINI, *Scelta dell'amministratore di sostegno*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno. Artt. 404-413*, ne *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2018, II ed., 344 ss.



volontà del beneficiario, tenendo conto della volontà di quest'ultimo in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere (art. 3, quarto comma) [65].

Quanto al fiduciario, al di là dell'incerta qualificazione dommatica, che la dottrina offre [66], il suo ruolo trae linfa dalla volontà del disponente, in quanto l'incarico è rivestito dalla sua indicazione nelle disposizioni anticipate di trattamento (art. 4, primo comma, L. n. 219/2017), seguìta dall'accettazione (art. 4, secondo comma, della L. n. 219/2017). Esso è stato considerato una delle più importanti novità della disciplina sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento [67].

Il legislatore conferisce, espressamente, al fiduciario, il potere di disattendere le disposizioni anticipate di trattamento [68], in accordo col medico, «qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita» (art. 4, quinto comma, della L. n. 219/2017) [69].

La rilevanza dell'amministratore di sostegno e del fiduciario, come sostituti del paziente, si rinviene anche nel momento in cui occorra ricostruire il dualismo nella relazione di cura. Ciò si rende ancòr più evidente, nell'àmbito qui preso in esame, in ragione della stringente necessità che, sulla base della disciplina di legge, si instauri un dialogo che si forma fra il medico e il «rappresentante legale» del paziente, circa l'opportunità e i modi di intervento con le terapie sperimentali: proprio perché, siffatte cure, non hanno raggiunto un elevato grado di attendibilità scientifica, e possano presentare rischî di cui il paziente non poteva essere a conoscenza, il legislatore impone che il paziente sia affiancato da chi possa farsi portavoce delle sue esigenze (art. 5 del D.lgs. n. 211/2003).

Pur sovrapponendosi, quanto alla loro funzione di tutela del malato, l'intervento di codesti sostituti, assume tratti di marcata diversità, che discendono dalla diversa fonte da cui essi traggono i proprî poteri [70]. Al-

---

[65] La dottrina ha giudicato inappropriato il riferimento all'inabilitato, su cui v. D. CARUSI, *La legge sul "biotestamento": una luce e molte ombre*, cit., 296; B. SALVATORE, *op. cit*., 1500. Vi ritrova una qualche funzione, invece, M. PICCINNI, *Decidere per il paziente: rappresentanza e* cura *della persona dopo la l. n. 219/2017*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2018, nota a Trib. Pavia, 24 marzo 2018, 1126.

[66] Sulla figura del fiduciario, v. P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, cit., 248 ss.; P. ZATTI, *Brevi note sull'interpretazione della Legge n. 219 del 2017*, cit., 7 ss.; A. ARFANI, *Disposizioni anticipate di trattamento e ruolo del fiduciario*, in *Fam. dir.*, 2018, 821; G. DI ROSA, *La relazione di cura e di fiducia tra medico e paziente*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2019, 39 ss.; G. DI ROSA, *La rete di prossimità e il ruolo del fiduciario*, in *Resp. medica*, 2019, 49 ss.; L. GHIDONI, *Le designazioni di diritto privato*, Napoli, 2020, 170 ss.; A.M. BENEDETTI, *Il «fiduciario» nelle DAT è titolare di un «ufficio di diritto privato»?*, in *Familia*, 2023, 417 ss.

[67] Così G. BONILINI, *op. ult. cit*., 285; R. CLARIZIA, *Autodeterminazione e dignità della persona: una legge sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, 947 ss.; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e dat*, cit., 248-249; G. BALDINI, *L. n. 219/2017 e Disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*, in *Fam. dir*., 2018, 811. Ma già, per questo giudizio, F.D. BUSNELLI, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 170.

[68] Basterebbe già di per sé tener in debito conto il potere di disattendere le disposizioni anticipate di trattamento, pur in accordo col medico, per negare che il fiduciario possa essere inteso quale mero *nuncius* del paziente. A codesto argomento, si aggiunga, peraltro, l'investitura formale, che sottende all'indicazione e all'accettazione del fiduciario per il paziente incapace di autodeterminarsi, nonché la previsione per cui, il fiduciario, debba essere maggiorenne e capace di intendere e di volere (art. 4, secondo comma, della L. n. 219/2017). Si rileva, opportunamente, che codesto requisito non ha altro significato che quello di riconoscere, alla persona di fiducia del paziente, lo spazio di autonomia di cui gode, nello svolgimento del suo compito: così, G. DI ROSA, *La disposizione del proprio corpo post mortem a fini didattici e scientifici*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2020, 866.

[69] Su codesto giudizio, cfr. S. DELLE MONACHE, *op. cit*., 1017; L. BOZZI, *op. cit.*, 1355; M. MANTOVANI, *op. cit*., 210; si aggiunga il rinvio a R. LENZI, *op. cit*., 138 ss.

[70] La posizione del fiduciario e quella dell'amministratore di sostegno vengono, talvolta, accomunate, su cui v. C. VERDE, *op. cit*., 918; ne marca, le differenze, invece, M. FOGLIA, *op. cit*., 194.

ISSN 2421-2563



l'amministratore di sostegno, che trae vigore dal decreto di nomina del giudice (art. 405 cod. civ.), non è consentito di decidere autonomamente, per il paziente, perché questi è sempre soggetto all'autorizzazione del giudice tutelare, il quale valuti le motivazioni che conducono a quella scelta e la loro rispondenza con l'identità del paziente [71].

Ciò si evince dalla previsione per cui, in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, il rappresentante legale rifiuti le cure e il medico le ritenga necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare (art. 3, ultimo comma, della L. n. 219/2017): norma, questa, su cui la giurisprudenza costituzionale ha fatto luce, affermando che, il conferimento della rappresentanza esclusiva in àmbito sanitario, non rechi con sé, anche e necessariamente, il potere di rifiutare i trattamenti sanitarî necessari al mantenimento in vita; invece, spetta al giudice tutelare attribuire detto potere all'amministratore di sostegno in occasione della nomina, laddove, in concreto, ne ricorra già l'esigenza, o successivamente, allorché il decorso della patologia del beneficiario specificamente lo richieda [72].

Peraltro, avuto riguardo alle terapie sperimentali, giova richiamare taluni precedenti di merito, che, proprio in ragione della delicatezza delle scelte che coinvolgono il paziente, e nonostante la disciplina speciale si limiti a richiedere che il consenso sia prestato dal rappresentante legale, hanno ristretto i poteri dell'amministratore di sostegno, imponendo, a quest'ultimo, d'indicare dettagliatamente, nel ricorso al giudice tutelare, quale terapia sperimentale venga richiesta e quali rischî essa comporti per la salute del beneficiario [73].

Al fiduciario, invece, la legge concede ben più ampie prerogative, perché alla persona di fiducia del paziente è attribuito il potere di disattendere le disposizioni anticipate di trattamento, in accordo col medico, là dove l'intervento del giudice tutelare si limita al solo caso di disaccordo, sull'attuazione di quelle volontà (art. 4, quinto comma, L. n. 219/2017): la ragione di siffatta prerogativa va ricavata dallo stretto legame affettivo che lega il fiduciario col paziente, in quanto il primo è frutto dell'indicazione del disponente e, pertanto, trae vigore, direttamente, dalla sua manifestazione di volontà (art. 4, primo comma).

Codesta disposizione, invero, mostra una certa ingenuità del legislatore, perché testualmente limita il potere del fiduciario al solo caso in cui le disposizioni anticipate vadano «disattese»: si dà quasi per implicita l'ipotesi in cui il disponente rifiuti, preventivamente, le terapie vitali, e il fiduciario esprima, invece, l'esigenza di tenerlo in vita; invero, lo si è notato, il contenuto delle disposizioni anticipate di trattamento può essere ben più ampio, e, di conseguenza, il dialogo fra il medico e il fiduciario può sfociare in ulteriori èsiti, che vanno ben oltre all'eventualità che non si seguano le volontà, preventivamente espresse, del paziente [74].

---

[71] Quand'anche l'amministratore di sostegno sia stato designato *ex* art. 408 cod. civ., essendo consentito, al giudice, di disattendere, per «gravi motivi», l'indicazione contenuta nell'atto di designazione: v., per tutti, G. BONILINI, *op. ult. cit*., 261 ss.; G. BONILINI, C. COPPOLA, *L'atto di designazione*, in *Commentario del Codice civile*, dir. da E. Gabrielli, *Della famiglia*, III, a cura di G. Di Rosa, Torino, 2018, sub. art. 408 cod. civ., 1513 ss.

[72] Cfr. Corte cost., 13 giugno 2019, n. 144, in *Corr. giur.*, 2020, 17 ss., con commento critico di D. CARUSI, *Legge 219/2017, amministrazione di sostegno e rifiuto di cure: problemi di legittimità di una legge mal scritta*; in *Giur. cost.*, 2019, 1629 ss., con nota di C. STORACE, *Erroneità del presupposto interpretativo e tecniche decisorie della Corte costituzionale, a margine di una pronuncia in tema di fine vita e amministrazione di sostegno*, che in particolare critica il *dictum* della Corte dal punto di vista della tecnicalità processuale.

[73] Così Trib. Roma, decr. 24 marzo 2010, in *Fam. dir.*, 2010, 1021 ss., con nota di E. FALLETTI, *Amministrazione di sostegno e consenso informato a terapia sperimentale del beneficiario sofferente di* alzheimer.

[74] A tal proposito, il dibattito attorno alla possibilità che si nomini un fiduciario in assenza di disposizioni anticipate di trattamento dovrebbe tener conto di ulteriori fattispecie, che conducono al medesimo risultato: si pensi al disponente che, dopo aver redatto delle disposizioni anticipate di trattamento, in cui sia racchiusa l'indicazione di un fiduciario, le revochi senza che, al contempo, faccia venir meno l'indicazione della persona di fiducia; oppure, si rifletta sulla situazione in cui si trova il paziente, incapace di autodeterminarsi, dopo che il medico, in accordo col fiduciario, abbia disatteso le disposizioni anticipate di trattamento. Mentre il primo



Quanto or ora affermato, trova conferma proprio osservando il caso in cui, il disponente, abbia espresso delle volontà in ordine alle terapie sperimentali: se questi ha prestato o negato il consenso a codeste cure, individuate puntigliosamente nelle disposizioni anticipate di trattamento, il fiduciario, coinvolto nel dialogo col medico, dovrà contribuire a confermare il vigore di quelle volontà, in ossequio al giudizio di incongruità o inattualità delle disposizioni anticipate di trattamento (art. 4, quinto comma, della L. n. 219/2017).

Epperò, nel caso di volontà espresse solo genericamente, al fiduciario dovrà riconoscersi uno spazio maggiore di decisione: in siffatta ipotesi, non si tratta di dover «disattendere» quanto preventivamente disposto dal paziente, bensì di assumere la scelta più opportuna per il paziente, incapace di autodeterminarsi tra l'intervento con le terapie sperimentali, e il ricorso alle cure tradizionali. Lo stesso approdo si raggiunge nell'ipotesi in cui, il disponente, mostri solo un intento generico, nelle disposizioni anticipate di trattamento, così affidando le scelte sulla propria salute interamente al fiduciario.

Il fiduciario del paziente risulterà, quindi, destinatario di tutti quei puntuali obblighi di informazione e coinvolgimento, imposti dalla disciplina delle terapie sperimentali (artt. 3 e 5 D.lgs. n. 211/2003), potendo prestare il consenso informato per il paziente senza soggiacere agli stringenti limiti che vengono imposti all'amministratore di sostegno.

Chiaramente, i sostituti del paziente, non potranno esercitare un potere sconfinato, ma dovranno agire nell'interesse del malato; aspetto, questo, di particolare delicatezza, quando si tratti di valutare l'efficacia delle terapie sperimentali, poiché esse, proprio per loro natura, non garantiscono risultati attendibili in ordine alla salute del paziente.

In codeste ipotesi, pare possibile tracciare il confine, nell'esercizio del potere di scelta per il malato, rileggendo la giurisprudenza che si è pronunciata attorno a noti casi di terapie sperimentali: difatti, proprio per salvaguardare le aspettative dei pazienti, che si ancorano alla speranza di trarre beneficî, dalle cure sperimentali, che non hanno ancòra raggiunto un grado sufficientemente certo di scientificità, non è risultata determinante la prova di effetti positivi, in capo ai malati, ma si è reputata soddisfacente la mancata prova dell'inefficacia delle terapie, per consentir loro di proseguire nelle cure iniziate [75].

Talché, ragionando a contrario, solo la prova che quelle terapie sono altamente rischiose, o, addirittura, dannose, consentirebbe di andare oltre alla scelta compiuta dal sostituto del paziente, incapace di autodeterminarsi, in quanto pregiudizievoli per il malato, con il risultato che il medico, dietro autorizzazione del giudice, chiamato a risolvere il conflitto (art. 3, ultimo comma, e art. 4, quarto comma, della L. n. 219/2017), potrà ricorrere alle cure convenzionali.

7. – Dopo aver dàto risposta agli interrogativi sollevati, in apertura dell'indagine, pare possibile giungere a qualche considerazione più generale, circa l'approccio che l'interprete deve assumere, nel tentare di risolvere gli interrogativi che solleva la disciplina sul consenso informato e le disposizioni anticipate di tratta-

caso potrebbe essere risolto affermando uno stringente collegamento negoziale, tra le due manifestazioni di volontà, osservando, soprattutto, il secondo caso, non si comprende perché, esaurito il suo còmpito, il fiduciario venga reso inoperante e si debba, qualora vi sia la necessità, nominare di un amministratore di sostegno; più in generale, non si vede perché frustrare l'esigenza manifestata dal paziente che, per scelta, o per avventura, si sia affidato a una persona di fiducia, senza che quell'indicazione segua delle decisioni sulle future terapie, e far gravare sul giudice la scelta di un amministratore di sostegno.

[75] Si fa riferimento a Corte cost., 25 maggio 1998, n. 185, cit., la quale rimette al medico il giudizio «sotto la propria responsabilità, e sulla base di elementi obiettivi, che non esistano valide alternative terapeutiche tramite medicinali o trattamenti già autorizzati per tali patologie».

ISSN 2421-2563



mento. Difatti, la rinnovata attenzione verso la situazione del paziente si è tradotta in una regolamentazione, quella racchiusa nella L. n. 219/2017, ricca d'imprecisioni e poco meditata [76]; codesta normativa, peraltro, risulta in parte ancòra incompiuta, tenendo soprattutto a mente la situazione in cui versano alcuni malati in fase terminale [77].

Il particolare sforzo ricostruttivo, richiesto all'interprete, è duplice, in quanto attiene a due piani distinti, benché fra loro collegati: dal lato della ricostruzione delle fonti, la lacunosità della legge sul consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento impone un necessario coordinamento con le disposizioni di legge tutt'ora vigenti, ancorché anteriori alla L. n. 219/2017 [78]; dal lato della ricostruzione dei concetti, l'introduzione di istituti giuridici inediti fa sorgere l'interrogativo su come colmare i vuoti normativi, alla luce delle categorie giuridiche conosciute.

Nell'uno, come nell'altro caso, l'argomentazione dommatica non conduce a risultati soddisfacenti, e, anzi, rischia di condurre a risultati poco coerenti, dal punto di vista normativo, se non viene condotta tenendo in debito conto l'interesse protetto dalla disciplina della legge in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento [79]: l'intera disciplina, invero, com'è stato autorevolmente sostenuto, va letta alla luce delle coordinate assiologiche racchiuse nell'art. 1, primo comma, della L. n. 219/2017, dove il legislatore fa ampio richiamo ai «principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» [80].

Per avere una conferma di ciò, basti avere riguardo agli snodi dell'indagine condotta, attorno alla possibilità che il disponente esprima le proprie volontà circa le terapie sperimentali, nonché all'attuazione di codeste volontà, una volta che vengano calate nelle disposizioni anticipate di trattamento.

Quanto al primo frangente, si è compiuto uno sforzo ricostruttivo nel rannodare la disciplina del rapporto di cura, di cui alla L. n. 219/2017, alla regolamentazione della sperimentazione clinica, racchiusa nel D.lgs. n. 211/2003, non essendo affatto agevole ricavare la norma che regoli il caso concreto, secondo i tradizionali canoni di soluzione delle antinomie.

Il criterio temporale non risolve il nodo del rapporto fra le due discipline, essendo il D.lgs. n. 211/2003

---

[76] Cfr., per tutti, M. MANTOVANI, *op. cit.*, 192, la quale, dopo aver posto il merito che la L. n. 219/2017 ha avuto, nell'intervenire in una materia che già da tempo richiedeva una cornice normativa adeguata, aggiunge «tuttavia, che accanto agli indiscutibili pregi rivela passaggi ambigui, nodi irrisolti, incoerenze, lacune. Difetti, questi, che solo lo sforzo per una corretta interpretazione e applicazione potrà contribuire a sciogliere, anzitutto con il fondamentale apporto di chi è chiamato a darle effettiva attuazione nella prassi medica».

[77] Sul punto, v. R. MASONI, *Caso Cappato e sviluppi successivi: un "idem sentire" di idee in fase di affermazione?*, in *Dir. fam. pers.*, 2021, 1811 ss.; P. ZATTI, *L'"*intendance suivra*"...?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 182 ss.; L. D'AVACK, *Aiuto al suicidio medicalizzato: una futura legislazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2022, 609 ss.; A. GORGONI, *Autodeterminazione, dignità e vita nel suicidio assistito e nell'eutanasia*, in *Persona e mercato*, 2023, 242 ss.

[78] Si considerino, fra le tante, la Legge 26 giugno 1967, n. 458, sulla donazione di rene; la Legge 22 maggio 1978, n. 194, in tema di interruzione di gravidanza; la Legge 16 dicembre 1999, n. 483, che dispone la donazione del fegato; la Legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di procreazione medicalmente assistita; la Legge 15 marzo 2010, n. 38, sull'accesso alle cure palliative; la Legge 19 settembre 2012, n. 167, che consente il trapianto parziale tra persone viventi di polmone, pancreas e intestino.

[79] Valga il rinvio a P. ZATTI, *Brevi note sull'interpretazione della Legge n. 219/2017*, cit., 4, il quale avverte l'interprete che occorra «saper leggere la nuova disciplina con i giusti occhiali; occorre cogliere il senso e il valore del linguaggio della relazione e alla luce di questa evoluzione normativa saper rinnovare la scatola degli attrezzi del giurista.

[80] La dottrina è unanime nel riconoscere che i principî, richiamati dall'art. 1 della L. n. 219/2017, debbano orientare l'interpretazione delle norme della legge sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento: v. M. AZZALINI, *op. cit.*, 8 ss.; G. BALDINI, *op. cit.*, 814; S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 998 ss.; R. MASONI, *Rifiuto di trattamento medico e scelte di fine vita nella L. n. 219/2017: l'ultima tappa di un lungo percorso*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 1139 ss.; A. ASTONE, *op. cit.*, 1508 ss.; M. MANTOVANI, *op. cit.*, 194-195; M. RINALDO, *op. cit.*, 20 ss.



normativa speciale, trattando delle sole terapie sperimentali, rispetto alla L. n. 219/2017, che regola, più in generale, il rapporto di cura; né si può impiegare il criterio della specialità, poiché la disciplina delle terapie sperimentali è stata superata, da un lato, con l'intervento del legislatore che, pel tramite dell'amministrazione di sostegno (L. n. 6 del 2004), ha rinnovato il quadro degli strumenti a sostegno dell'adulto vulnerabile, e, dall'altro lato, con la disciplina in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento (L. n. 219/2017), che ha portato, sul piano della normativa, i valori a cui si ispira il rapporto terapeutico.

In merito al secondo frangente, al di là delle difficoltà legate alla nozione di cure mediche, si sono ampiamente notate le difficoltà di ricostruire, a partire dal dato normativo, il contenuto delle disposizioni anticipate di trattamento, con particolare riguardo ai limiti che incontra la volontà del disponente, ma si è al contempo posta in luce la necessità di una ricostruzione sistematica delle succinte norme che il legislatore vi dedica, alla luce dell'esigenza di tutela della volontà del disponente.

Non pare sia consentito andare oltre, nella lettura sistematica delle norme della L. n. 219/2017, in virtù del richiamo alle categorie tradizionali: esse, difatti, si rivelano inadatte a cogliere le esigenze che emergono dalle vicende che coinvolgono il paziente. Quanto sostenuto si evince sia dalla riconduzione dommatica delle disposizioni anticipate di trattamento alla categoria del negozio giuridico, in quanto, in tal modo, si finirebbe per estendere la disciplina generale sul contratto a fattispecie del tutto estranee alle logiche di controllo del mercato, sia nel delicato tentativo di inquadramento concettuale del sostituto del malato, fra cui spicca il fiduciario, il cui ruolo, di vicinanza emotiva, al paziente, non è paragonabile a nessuna altra figura, conosciuta nell'ordinamento domestico.

ISSN 2421-2563

JUS CIVILE



CASS. CIV., SEZ. III, ORD. 9 NOVEMBRE 2023, N. 31276

Le Sezioni Unite sono chiamate a decidere se, in relazione alla risoluzione per inadempimento da parte del conduttore del contratto di locazione di immobili, è configurabile (e, in caso positivo, in quali termini) un risarcimento del danno successivo al rilascio della *res locata*, commisurato ai canoni che il locatore avrebbe potuto percepire fino alla scadenza naturale del contratto.

MARCO MONTICELLI

Dottorando – Università degli Studi di Napoli Federico II

IL DANNO DA ANTICIPATA RISOLUZIONE DEL CONTRATTO DI LOCAZIONE PER INADEMPIMENTO DEL CONDUTTORE (IN ATTESA DELLA PRONUNCIA DELLE SEZIONI UNITE)

SOMMARIO: *1. L'ordinanza remissoria ed i termini della questione. – 2. La* querelle *sulla natura del canone di locazione tra corrispettivo del godimento e rendita finanziaria. – 3. Segue: considerazioni critiche sulla qualificazione del canone locatizio come rendita finanziaria. – 4. Insussistenza di un danno* in re ipsa*. – 5. I parametri per la quantificazione del danno. – 6. Conclusioni.*

1. – La questione sottoposta alla Suprema Corte nella sua composizione più autorevole, con l'ordinanza di remissione del 9 novembre 2023, n. 31276, rappresenta l'epilogo di una lunga *querelle* giurisprudenziale che vede contrapposte due posizioni antitetiche.

Secondo un primo orientamento, a seguito della risoluzione del contratto di locazione per inadempimento del conduttore *ex* art. 1453 cod. civ., il locatore ha diritto unicamente a percepire i canoni che maturano fino alla riconsegna dell'immobile (art. 1591 cod. civ.) [1].

In senso opposto, un secondo e prevalente orientamento, sostiene, invece, che il locatore può pretendere

[1] Cass. 10 dicembre 2013, n. 27614, in *Arch. loc*., 2014, 2, 168, ove si legge: "In ipotesi di risoluzione del contratto di locazione per inadempimento del conduttore, intervenuto il rilascio del bene locato, la mancata percezione da parte del locatore dei canoni che sarebbero stati esigibili fino alla scadenza convenzionale o legale del rapporto, ovvero fino al momento in cui il locatore stesso conceda ad altri il godimento del bene con una nuova locazione, non configura di per sé un danno da "perdita subita", né un danno da "mancato guadagno", non ravvisandosi in tale mancata percezione una diminuzione del patrimonio del creditore – locatore rispetto alla situazione nella quale egli si sarebbe trovato se non si fosse verificato l'inadempimento del conduttore, stante il carattere corrispettivo del canone rispetto alla privazione del godimento. Un danno correlato alla mancata percezione del canone dopo il rilascio può, invece, configurarsi se, per le concrete condizioni in cui si trova l'immobile, la restituzione del bene non abbia consentito al locatore di poter esercitare, né in via diretta né in via indiretta, il godimento di cui si era privato concedendo il bene in locazione, commisurandosi in tal caso la perdita al tempo occorrente per il relativo ripristino quale conseguenza dell'inesatto adempimento dell'obbligazione di rilascio nei sensi dell'art. 1590 cod. civ."; analogamente, Cass.20 gennaio 2017, n. 1426, in *Guida al dir*., 2017, 12, 96.



dal conduttore, a seguito dell'inadempimento di quest'ultimo e della conseguente risoluzione del contratto, oltre alla restituzione dell'immobile ed ai canoni maturati fino alla riconsegna, anche il risarcimento del danno relativo alla lesione dell'interesse contrattuale positivo. Danno quantificabile nell'ammontare dei canoni che sarebbero stati dovuti fino alla scadenza naturale del contratto [2] e che, in conseguenza dell'anticipata risoluzione, dovuta all'inadempimento del conduttore, non sono stati incassati.

Il punto di divergenza tra le due distinte ricostruzioni, individuato in maniera attenta dalla Sezione remittente, attiene, dunque, alle conseguenze che vanno ricollegate alla valutazione in termini di godimento indiretto della locazione qualora l'inadempimento del conduttore, comportando l'anticipata risoluzione del contratto, finisca per pregiudicare l'interesse economico che il locatore aveva riposto nella regolare esecuzione di esso [3].

Secondo una prima ricostruzione, posto che il canone rappresenta il corrispettivo per la privazione del godimento, non sussiste pregiudizio per il locatore per la mancata percezione dei canoni che, dopo il rilascio, sarebbero maturati fino alla scadenza del contratto, qualora il godimento del cespite oggetto di locazione torni al locatore in seguito al rilascio, all'esito dell'accoglimento della domanda di risoluzione per inadempimento del conduttore.

Ai sensi del secondo orientamento, invece, il rilascio dell'immobile non neutralizza il danno rinveniente dal mancato conseguimento del canone fino alla scadenza del rapporto contrattuale, poiché l'interesse protetto dal contratto di locazione, leso dal conduttore a seguito del suo inadempimento, va identificato con lo specifico interesse al godimento indiretto del bene locato mediante la percezione di un corrispettivo per l'altrui godimento. Interesse coincidente con la piena attuazione del programma negoziale e che, invece, in conseguenza dell'inadempimento del conduttore che ha comportato la risoluzione anticipata del rapporto contrattuale rispetto alla scadenza naturale, viene irrimediabilmente pregiudicato. Di qui la conclusione volta a quantificare il risarcimento dovuto al locatore, che ha visto incolpevolmente leso il suddetto interesse, in un ammontare pari all'importo di tutti i canoni convenuti fino alla data della naturale estinzione del rapporto, o

---

[2] Cass. 13 febbraio 2015, n. 2865, in *Guida al dir.*, 2015, 12, 46; ma cfr., anche, Cass. 5 maggio 2020, n. 8482, in *Resp. civ e prev.*, 2022, 271, ove si legge: "Il locatore che abbia chiesto e ottenuto la risoluzione anticipata del contratto di locazione per inadempimento del conduttore, ha diritto anche al risarcimento del danno per l'anticipata cessazione del rapporto di locazione detratto l'utile ricavato o che avrebbe potuto ricavare con la normale diligenza. Il giudice di merito, nella valutazione dell'ammontare del danno risarcibile, terrà conto di tutte le circostanze del caso concreto, parametrando il mancato guadagno all'interesse positivo alla percezione dei canoni di locazione concordati fino al reperimento di un nuovo conduttore oppure, in mancanza di questa, fino alla scadenza naturale del contratto" ed aggiunge "In caso di risoluzione contrattuale per inadempimento del conduttore, il danno da risarcire non può non ritenersi rappresentato dall'ammontare dei canoni dovuti per la durata ulteriore della locazione ormai sciolta per inadempimento, senza che si possa prendere in considerazione la ripresa disponibilità della cosa, perché questa, finché non viene locata di nuovo, per il soggetto che aveva scelto di ricavare dal bene un reddito locatizio, non può rappresentare, o quanto meno non può a priori presumersi rappresenti, un effettivo e reale vantaggio a quello paragonabile"; Cass., 5 gennaio 2023, n. 194, in *Giust. civ. mass.*, 2023, ove si legge: "In caso di risoluzione del contratto di locazione per inadempimento del conduttore, il locatore ha diritto al risarcimento del danno patrimoniale corrispondente alle somme che avrebbe conseguito se le obbligazioni fossero state adempiute, detratto l'utile ricavato o ricavabile con l'uso della normale diligenza dall'immobile nel periodo intercorso tra la risoluzione prematura ed il termine convenzionale del rapporto inadempiuto".

[3] Sul tema specifico, per la dottrina, cfr., di recente F. MOLINARO, *Risoluzione del contratto di locazione e danno da anticipata cessazione del rapporto contrattuale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2022, fasc., 271 e ss.; A. CELESTE, *Il risarcimento del danno da inadempimento del conduttore va correlato alla lesione del c.d. interesse contrattuale positivo del locatore*, in *Immob. & propr.*, 2021, 6, 381 e ss.; F. BOSETTI, *Risoluzione della locazione addebitabile al conduttore e risarcimento del danno*, in *Danno e resp.*, 2021, 1, 100 e ss.; V. AMENDOLAGINE, *Inadempimento e risoluzione anticipata della locazione: quando scatta il diritto al risarcimento del danno*, in *Corriere giur.*, 2015, 6, 757 e ss. Sul tema più generale del risarcimento dei danni conseguenti alla risoluzione per inadempimento nei contratti di durata, cfr., tra gli altri, A. MONTANARI, *Il danno da risoluzione*, Napoli, 2013, 113 e ss.; S. PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano, 2006, 118 e ss.

ISSN 2421-2563



fino ad una nuova locazione del bene ad un canone non inferiore a quello originariamente pattuito [4]. Fatte salve, ovviamente, le peculiarità del caso concreto, che pur sempre devono essere tenute in debita considerazione da parte del giudice.

2. – Il primo punto controverso, essenziale per la soluzione del problema, attiene alla natura del corrispettivo attribuito a titolo di canone locatizio.

Com'è noto, l'art. 1571 cod. civ., nel definire il contratto di locazione, dispone che "la locazione è il contratto col quale una parte si obbliga a far godere all'altra una cosa mobile o immobile per un dato tempo, verso un determinato corrispettivo".

Il *dictum* normativo sembrerebbe addurre argomenti a sostegno della ricostruzione offerta dal primo orientamento, ove evidenzia che la natura del corrispettivo pagato/dovuto dal conduttore rappresenta "l'equivalente della privazione della possibilità di esercitare il godimento dello stesso [bene] in via diretta, cioè sia attraverso lo svolgimento su di esso dell'attività di godimento materiale possibile secondo la natura del bene, sia attraverso un atteggiamento di non utilizzazione del bene per il tramite di tale attività di godimento materiale e, quindi, attraverso la sua mera detenzione" [5].

Proprio la qualificazione del canone locatizio nei termini da ultimo riportati rappresenta l'argomento trainante della motivazione di una più recente decisione della Cassazione [6]. Essa, richiamando quasi interamente la sentenza del 2013, evidenzia come, intervenuto il rilascio del bene locato (a causa della risoluzione del contratto di locazione per inadempimento del conduttore), la mancata percezione da parte del locatore dei canoni dovuti fino alla scadenza convenzionale o legale del rapporto, ovvero fino al momento in cui il locatore stesso conceda ad altri il godimento del bene con una nuova locazione, non configura di per sé un danno da perdita subita, né un danno da "mancato guadagno", non ravvisandosi in tale mancata percezione una diminuzione del patrimonio del creditore – locatore rispetto alla situazione nella quale egli si sarebbe trovato se non si fosse verificato l'inadempimento del conduttore, stante il carattere corrispettivo del canone rispetto alla privazione del godimento.

In definitiva, con il rilascio dell'immobile in conseguenza della risoluzione, viene ripristinata la posizione del locatore in ordine al godimento del bene nei termini sopramenzionati. E poiché il canone locatizio compensa il locatore della privazione della facoltà di godimento diretto, in via di utilizzazione del bene o per mera detenzione, nonché della facoltà di godimento indiretto, si giunge alla conclusione che "è palese che la mancata percezione del canone, tanto fino alla scadenza quanto fino alla rilocazione, non può essere conside-

[4] Merita ricordare che la problematica oggetto della questione rimessa al vaglio delle Sezioni unite, nel codice civile del 1865 trovava una espressa regolamentazione nell'art. 1611. La norma, che aveva precedenti nel *Code Napoleon* (art. 1760) e nelle legislazioni di vari Stati preunitari italiani (cfr., F. BOSETTI, *op. cit.*, 101), disponeva che "nel caso di risoluzione del contratto per colpa dell'inquilino, questi è obbligato a pagare la pigione pel tempo necessario ad una nuova locazione, ed a risarcire i danni che fossero derivati dall'abuso della cosa locata". Come sottolinea, A. CELESTE, *op. cit.*, 382, il codice civile del 1942 non ha riprodotto tale disposizione, né la Relazione ministeriale ha offerto adeguata spiegazione al riguardo, il che potrebbe giustificarsi in ragione della considerazione che la norma sarebbe stata" superflua nel nuovo contesto normativo, potendo la questione essere risolta in applicazione del principio generale di cui all'art. 1453 cod. civ., con il contemperamento – ignoto al previgente codice – offerto dall'art. 1227 cod. civ. e, in particolare, dal comma 2, con la previsione per cui "il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza". È agevole osservare che la *querelle* in corso attesta all'opposto quanto la anzidetta previsione contenuta nel codice del 1865 era opportuna.

[5] Cass., 10 dicembre 2013, n. 27614, cit.

[6] Cass., 20 gennaio 2017, n. 1426, cit.



rata di per sé una "perdita" e ciò per il suo carattere corrispettivo rispetto alla privazione del godimento", che nella fattispecie, in ragione della restituzione della *res* locata, non sussisterebbe [7].

L'opzione interpretativa riportata, se per quel che concerne la individuazione della natura del canone locatizio appare corretta, sembra ridurre la questione concernente gli effetti derivanti dalla risoluzione per inadempimento del contratto di locazione ai soli termini di scambio tra godimento e corrispettivo lasciando nell'ombra il pregiudizio economico che il locatore incolpevole subisce dall'altrui inadempimento; pregiudizio/danno che, invece, pur sempre si determina in ogni rapporto contrattuale ogni qual volta l'inadempimento di una delle parti pregiudica una piena attuazione degli interessi del contratto comportandone l'anticipato scioglimento. Interessi alla piena attuazione del programma negoziale che, con riferimento ai rapporti di durata, sono da ritenersi coincidenti con il cd. interesse positivo al perdurare del regolamento contrattuale fino alla scadenza [8].

Tale profilo, invece, appare considerato dal secondo orientamento della giurisprudenza della Corte [9] ma ciò, perlomeno con riferimento alla locazione, sembrerebbe passare da una preliminare qualificazione del canone locatizio in termini diversi rispetto alla tradizionale impostazione che lo lega sinallagmaticamente al godimento o, comunque, alla possibilità di esso da parte del conduttore.

Nell'ordinanza in commento, infatti, si pone in evidenza che il primo motivo di ricorso esaminato dalla Corte remittente sarebbe supportato dal "principio di diritto enunciato da Cass. n. 2865 del 2015", in virtù del quale "il canone non è il compenso per la privazione del godimento diretto, ma è la rendita che si ricava dalla locazione dell'immobile" [10].

Di conseguenza, poiché l'inadempimento del conduttore pregiudicherebbe tale finalità reddituale, il risarcimento deve essere coincidente con la somma di tutti i canoni convenuti sino alla data della naturale estinzione del rapporto di locazione. Non è rilevante la circostanza che il locatore è anticipatamente ritornato nella disponibilità del cespite locato ed abbia recuperato la possibilità di goderne, direttamente o dandola nuovamente in locazione a terzi, in quanto "questa nuova situazione di fatto di per sé non è idonea a porre nel nulla il danno, che esiste ed è originato dalla alterazione dell'assetto di interessi concordato – in virtù del quale il locatore aveva accettato di privarsi del godimento del suo bene (al cui godimento diretto in ipotesi potrebbe non essere affatto interessato, perché proprietario di più immobili o per diverse scelte abitative, e al quale potrebbe assoggettarsi per contro proprio per ridurre il danno) dietro il corrispettivo di un canone mensile che il conduttore si era impegnato a versargli fino alla scadenza del contratto – in conseguenza della violazione degli accordi contrattuali da parte del conduttore che abbandoni la cosa al di fuori del legittimo esercizio di un concordato diritto di recesso" [11].

Conclusione che, per quanto non del tutto condivisibile per quel che si dirà, appare coerente con la premessa, in quanto l'interesse leso dall'inadempimento del conduttore non riguarda il godimento diretto o indi-

---

[7] Ovviamente, precisa la citata giurisprudenza, qualora l'immobile sia rilasciato in condizioni tali da impedire il godimento diretto od indiretto di esso, è configurabile un danno da perdita economica del corrispettivo della locazione, da calcolarsi dal momento del rilascio al momento in cui l'immobile è ripristinato. In definitiva, "la ragione giustificativa di tale conclusione si può quindi rinvenire nell'esistenza di un inesatto adempimento dell'obbligazione di rilascio dell'immobile": cfr., V. AMENDOLAGINE, *op. cit*., 760 e ss., ove si evidenziano le differenze tra le fattispecie disciplinate dagli artt. 1590 e 1591 cod. civ.

[8] Il punto è opportunamente evidenziato nell'ordinanza in commento.

[9] Cfr., in particolare, Cass., 13 febbraio 2015, n. 2865, cit.

[10] In proposito si è evidenziato – F. BOSETTI, *op. cit.*, 103, che riprende R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 1993, 635 e ss. – che la "frustrata attesa della percezione dei canoni" può inquadrarsi in "una vicenda di ultrattività del sinallagma, così disegnando in modo suggestivo gli effetti relativi anche sul piano risarcitorio".

[11] Cass., 13 febbraio 2015, n. 2865, cit.

ISSN 2421-2563



retto del bene, quanto, piuttosto, il conseguimento di una rendita o di una aspettativa di rendita per la durata del rapporto contrattuale rinveniente dal bene stesso.

In definitiva, se l'interesse leso dal conduttore inadempiente si identifica con la mancata percezione della rendita attesa, è coerente ritenere che il danno da liquidare debba corrispondere all'ammontare dei canoni a scadere, rappresentando tale complessivo ammontare "quanto occorre alla parte incolpevole per soddisfare le stesse esigenze cui doveva sopperire il rapporto disciolto (per negligenza del debitore)" [12].

3. – Se in astratto è possibile concordare con chi, in generale, sottolinea che nel contratto l'interesse leso dall'inadempimento è quello alla regolare esecuzione dello stesso ed è perciò a tale pregiudizio che va equiparato l'obbligo risarcitorio a carico della parte inadempiente, nel contempo la qualificazione in termini esclusivamente finanziari del fenomeno locatizio non risponde ad una corretta valutazione del profilo causale che caratterizza il contratto di locazione.

Come si è detto, i termini dello scambio sinallagmatico sono espressamente individuati dal legislatore nella prestazione, gravante sul locatore, di far godere e/o immettere il conduttore nel godimento del bene e nell'obbligazione gravante sul conduttore di corrispondere il canone: l'aspettativa di guadagno, dunque, non entra nello scambio, incentrato sul canone in funzione e/o quale corrispettivo del godimento.

D'altra parte, una conferma indiretta della correttezza di tale qualificazione del canone locatizio, in termini di corrispettivo del godimento e non già di rendita attesa, si trae anche dall'art. 664 cod. proc. civ.

La norma prevede, infatti, che, nell'ipotesi in cui venga richiesto un decreto ingiuntivo contestualmente alla convalida di sfratto per morosità, il giudice adito pronuncia separato decreto di ingiunzione per l'ammontare dei canoni scaduti e da scadere fino all'esecuzione dello sfratto.

Di qui l'evidente nesso che lega il canone al godimento del bene, e ciò, si noti, a prescindere dalla persistenza del vincolo contrattuale che, in virtù della convalida, si risolve prima dell'esecuzione dello sfratto.

Nonostante la sopravvenuta carenza del titolo il canone ha, perciò, una funzione compensativa del godimento, mancato per il locatore e, nel contempo, esercitato dal conduttore.

Allorquando, invece, lo sfratto è eseguito il nesso è irrimediabilmente spezzato e, dunque, il canone non è più dovuto.

Analogamente dispone l'art. 1591 cod. civ. che, nel disciplinare i danni da mancata restituzione della *res* locata, obbliga il conduttore inadempiente [13] a versare al locatore il corrispettivo convenuto fino alla riconsegna, fatto salvo il risarcimento del maggior danno, su cui si dirà.

4. – Se si condivide quanto esposto, il *focus* della questione, oggetto dell'ordinanza di remissione, deve essere da un lato depurato da interpretazioni della causa del contratto di locazione, non rispettose del dato normativo (art. 1571 cod. civ.), dall'altro spostato sui profili della prova e della quantificazione del danno che, per lo più, subisce il locatore all'esito della invocata ed ottenuta risoluzione anticipata del contratto per le inadempienze del conduttore.

---

[12] S. PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, cit. 132 e ss., sia pure con riferimento non specificamente alla locazione ma, in generale, al danno da risoluzione per inadempimento nei rapporti di durata.

[13] Trattasi di responsabilità contrattuale e, come è stato evidenziato, "non occorre una messa in mora", cfr., S. GIOVE, *Art. 1591 cod. civ.*, in *Comm. Cod. civ.* diretto da E. GABRIELLI, *Dei singoli contratti* a cura di D. Valentino, artt. 1548-1654, Torino, 2011, 317.



Se è pur vero che la restituzione o la riconsegna del bene consentono al locatore di recuperare un godimento diretto del bene o nuove opportunità per un godimento indiretto dello stesso, ciò non esclude che un danno si produca o possa prodursi [14] all'esito della risoluzione anticipata del contratto.

Prevede l'art. 1223 cod. civ., infatti, che "il risarcimento del danno per l'inadempimento (e la successiva risoluzione del contratto *ex* art. 1453 cod. civ.) o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita (danno emergente) dal creditore, come il mancato guadagno (lucro cessante), in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta".

Sembra difficile, allora, negare che, nonostante l'assenza di una "perdita subita" in ordine al godimento dell'immobile (che viene, infatti, restituito da parte del conduttore inadempiente), sussista un danno da "mancato guadagno": la posizione in cui si trova il locatore, anche a seguito della restituzione del bene locato, non è equiparabile al vantaggio derivante da una corretta esecuzione del contratto [15].

In definitiva, appare innegabile che il recupero anticipato del godimento del bene locato da parte del locatore non sia di per sé vicenda idonea a "pareggiare i conti" rispetto al caso in cui, fisiologicamente, il rapporto contrattuale avesse avuto naturale conclusione.

Il *focus* di osservazione deve, dunque, spostarsi dal sinallagma canone/godimento alla valutazione dell'esistenza di un danno da inattuazione dell'interesse sotteso al contratto di locazione; interesse che prescinde dal recupero del godimento del bene, e che evidenzia l'opinabilità dell'interpretazione fornita da una parte minoritaria della giurisprudenza, secondo cui "la mancata percezione del canone tanto fino alla scadenza quanto fino alla rilocazione, non può essere considerata di per sé una «perdita» e ciò per il suo carattere corrispettivo rispetto alla privazione del godimento" [16].

Orbene, nel premettere che nella responsabilità contrattuale l'inadempimento rappresenta il cd. danno evento, il danno risarcibile è unicamente il c.d. danno conseguenza, ossia il pregiudizio che il locatore-creditore subisce a causa dell'inadempimento (e la successiva risoluzione) del contratto di locazione [17].

L'accoglimento o meno dell'azione risarcitoria implica, quindi, la scomposizione del giudizio causale in due accertamenti: il primo è volto ad identificare il nesso di causalità materiale che lega la condotta inadempiente al danno; il secondo è invece diretto ad accertare il nesso di causalità giuridica che lega la condotta inadempiente alle conseguenze dannose risarcibili.

Trattasi di due accertamenti concettualmente distinti: la sussistenza del primo nesso causale non dimostra, di per sé, anche la sussistenza del secondo; come sottolinea, opportunamente, l'ordinanza in commento "il danno evento, coincidente con l'inadempimento, si identifica effettivamente con la mancata percezione dei canoni di locazione concordati fino al reperimento di un nuovo conduttore. Il danno risarcibile è, però, il danno conseguenza, disciplinato dall'art. 1223 cod. civ.": il che da un lato esclude la configurabilità di esso

---

[14] È quanto opportunamente rileva Cass., 5 maggio 2020, n. 8482, cit.: "«il danno da risarcire non può non ritenersi rappresentato dall'ammontare dei canoni dovuti per la durata ulteriore della locazione ormai sciolta per inadempimento, senza che si possa prendere in considerazione la ripresa disponibilità della cosa, perché questa, finché non viene locata di nuovo, per il soggetto che aveva scelto di ricavare dal bene un reddito locatizio, non può rappresentare – o quanto meno non può a priori presumersi rappresenti – un effettivo e reale vantaggio a quello paragonabile».

[15] V. AMENDOLAGINE, *op. cit*., 759, sottolinea che il rilascio anticipato della *res* locata al locatore, al di fuori dell'ipotesi in cui essa consegua al legittimo esercizio del diritto di recesso o all'accordo risolutorio intercorso tra le parti, "di per sé non è idonea a porre nel nulla il danno, che già esiste ed è originato dall'alterazione dell'assetto di interessi delle parti dello stesso rapporto precedentemente concordato".

[16] Cass., 10 dicembre 2013, n. 27614, cit.

[17] Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576, in *Giust. civ.*, 2009, 11, I, 2533, che, in maniera lapidaria, afferma "se sussiste solo il fatto lesivo, ma non vi è un danno conseguenza, non vi è obbligazione risarcitoria".

ISSN 2421-2563



come un danno in *re ipsa*, dall'altro che esso non debba necessariamente coincidere con l'ammontare dei canoni a scadere e, quindi, una volta provato nell'*an*, vada quantificato.

Se si concorda con questa ricostruzione dell'onere probatorio relativo al danno conseguenza, peraltro consolidata in giurisprudenza [18], appare evidente che, preliminarmente ad ogni questione in ordine alla quantificazione del danno risarcibile, grava sul locatore fornire la prova del nesso causale tra l'inadempimento ed il danno di cui invoca il ristoro (danno conseguenza). Ciò comporta che il locatore deve provare che a causa dell'inadempimento del conduttore e della successiva risoluzione del contratto, ha subito un danno: è, allora, onere del locatore dimostrare che, nonostante la ricerca di una nuova collocazione del bene, non sia riuscito a ricollocarlo sul mercato o che tale nuova destinazione sia stata trovata, ma ad un prezzo inferiore rispetto a quello previsto nel contratto risolto per inadempimento; in assenza di tale prova, non sussiste, almeno in termini strettamente processuali, alcun danno.

Si precisa, inoltre, che il riparto dell'onere probatorio così come delineato non grava il locatore di una prova c.d. "negativa", essendo oggetto di prova unicamente l'impegno nella ricerca di una nuova collocazione del bene sul mercato (prova positiva) e restando una mera conseguenza la circostanza che da questo impegno non sia derivata una effettiva nuova collocazione dello stesso [19].

Il riparto dell'onere probatorio proposto dall'orientamento prevalente [20] merita, allora, una rivisitazione: è onere del locatore provare di essersi adoperato sul mercato, non potendo limitarsi ad allegare semplicemente il c.d. danno-conseguenza, dovendo dare prova dello stesso; adempiuto tale onere, è compito del debitore contestare la sussistenza di tale danno, dovendo allegare e provare, anche nei termini di cui all'art. 1227, comma 2, cod. civ., che il locatore/danneggiato avrebbe potuto evitare i danni, di cui chiede il risarcimento, usando l'ordinaria diligenza.

In detto contesto, un ruolo non di poco spessore è ricoperto anche dal giudice che, ai sensi dell'art. 1227, comma 1, cod. civ. può, pure d'ufficio, valutare il reale impegno del locatore ed eventualmente diminuire il *quantum* del risarcimento secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.

Le conclusioni raggiunte sembrano, inoltre, in linea con il principio di autoresponsabilità e, più in generale, con le regole di buona fede e correttezza espresse dagli articoli 1175 e 1375 cod. civ., di cui l'art. 1227 cod. civ. è pur sempre espressione, nonché del principio di solidarietà sociale espresso dall'art. 2 della Costituzione.

Allo stesso tempo, potrebbe in concreto non assumere rilevanza, ai fini dell'esclusione del danno conse-

---

[18] Cfr., con molta chiarezza, tra le tante, Trib. Imperia, 21 settembre 2021, n. 542, in *Banca dati De Jure*; Trib. Napoli, 31 maggio 2023, n. 5618, in *Banca dati De jure*; Cass., 4 dicembre 2018, n. 31233, in *Dir. & giust*., 2018, Cass., 5 dicembre 2017, n. 28995, in *Dir. & giust*., 2017.

[19] Non sembra da condividere, quantomeno relativamente alla fattispecie in questione, il riparto dell'onere probatorio proposto dall'orientamento prevalente (da ultimo, Cass. 5 maggio 2020, n. 8482, cit.) secondo cui è "il debitore/danneggiante a dover fornire la prova che il creditore/danneggiato avrebbe potuto evitare i danni, di cui chiede il risarcimento, usando l'ordinaria diligenza", in tal senso, per la dottrina, da ultimo, anche F. BOSETTI, *op. cit.*, 105. Il riparto dell'onere probatorio, come delineato nel testo, risulta più aderente alle coordinate giurisprudenziali della Suprema Corte: colui che intende far valere il diritto (nel caso di specie, il c.d. danno conseguenza derivante dall'inadempimento e successiva risoluzione del contratto di locazione) è tenuto a dare prova della c.d. causalità costitutiva; nell'evenienza in cui il conduttore-debitore ritenga che tale danno non sia derivato dal suo inadempimento, ma da cause esterne, ascrivibili anche al comportamento negligente del locatore, ha l'onere di contestare la pretesa risarcitoria, dando prova della c.d. causalità estintiva. Uno scenario così delineato è maggiormente conforme, inoltre, al principio di vicinanza della prova, essendo, come più volte ribadito, sicuramente più agevole per il locatore provare il suo impegno nella ricerca di una nuova collocazione del bene; allo stesso modo, il conduttore non è gravato da una prova negativa, ma semplicemente è tenuto a contestare la pretesa risarcitoria, dimostrando che tale danno non è ascrivibile al suo comportamento.

[20] da ultimo, Cass. 5 maggio 2020, n. 8482, cit.



guenza e della sua relativa quantificazione, la circostanza che il locatore abbia, nel frattempo, recuperato il godimento della *res* locata [21].

5. – Dando per presupposta l'ottemperanza da parte del locatore ai predetti oneri di allegazione e di prova in ordine alla sussistenza del danno conseguenza, l'ordinanza in commento non affronta compiutamente l'ulteriore questione della misura/quantificazione del danno risarcibile.

La prima domanda da porsi è se esso possa dirsi coincidente con i canoni che sarebbero maturati fino alla scadenza, come vorrebbe l'orientamento giurisprudenziale più rigoroso secondo cui andrebbe calcolato "parametrando il mancato guadagno all'interesse positivo alla percezione dei canoni di locazione concordati fino al reperimento di un nuovo conduttore oppure, in mancanza di questa, fino alla scadenza naturale del contratto" [22], sia pure con il temperamento rappresentato dalla detrazione "dell'utile ricavato o ricavabile con l'uso della normale diligenza dall'immobile nel periodo intercorso tra la risoluzione prematura ed il termine convenzionale del rapporto inadempiuto" [23].

La risposta deve tenere conto di una serie di elementi che concorrono a determinare l'apprezzamento da parte del giudice del merito di tutte le circostanze del caso concreto.

Ponendosi nella prospettiva del locatore, è innegabile che solo la predetta misura risarcitoria è idonea a compensare il pregiudizio subito all'esito della condotta inadempiente del conduttore, non potendosi, nella fattispecie, assumere che si tratterebbe di guadagni meramente ipotetici [24].

La circostanza che sia stato il locatore a promuovere la domanda di risoluzione, mentre avrebbe potuto chiedere l'adempimento del contratto, non può certo risolversi in suo danno e, in ogni caso, essa non esclude dal novero dei danni risarcibili anche il mancato guadagno (art. 1453 cod. civ.), se ed in quanto costituisca conseguenza immediata e diretta, ex art. 1223 cod. civ., dell'evento risolutivo. Tale è il mancato "incremento patrimoniale netto che la parte non inadempiente avrebbe conseguito mediante la realizzazione del contratto e che non ha potuto conseguire per l'inadempienza dell'altra parte" [25].

Nel contempo, l'ulteriore circostanza che il conduttore abbia restituito la *res* locata, poiché rappresenta un fatto di per sé non necessariamente idoneo ad elidere la sussistenza del danno conseguenza, può rappresentare solo un fattore che il giudice può porre, secondo il proprio prudente apprezzamento e tenuto conto delle peculiarità del caso concreto, a base della propria valutazione equitativa.

Di contro, va considerato, ponendosi nella prospettiva del conduttore, che, come osserva la Sezione remittente, sarebbe errato confondere l'azione risarcitoria con l'azione di adempimento: solo grazie all'esperimento di quest'ultima, infatti, il creditore può esigere il mancato pagamento dei canoni convenuti fino alla scadenza del rapporto; in assenza di tale domanda, un risarcimento quantificato sulla base della totalità dei canoni che il conduttore avrebbe dovuto corrispondere in presenza del contratto porterebbe a soluzioni aberranti.

---

[21] La circostanza è invece valorizzata da S. PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, cit., 147, che evidenzia, quanto all'operare dell'art. 1227, comma 2, cod. civ., che "dall'ammontare complessivo dei canoni percipiendi deve detrarsi la somma che il risolvente (…) avrebbe potuto ottenere mediante la stipula di una locazione di copertura nel periodo compreso tra lo scioglimento anticipato del contratto e lo spirare del termine d'efficacia del rapporto".

[22] Cass. 5 maggio 2020, n. 8482, cit.

[23] Cass., 5 gennaio 2023, n. 194, cit.

[24] Cass., 3 settembre 1994, n. 7647, in *Giust. civ. mass.*, 1994, 1128

[25] Cass., 12 febbraio 2015, n. 2865, cit.

ISSN 2421-2563



Il conduttore, a seguito della risoluzione del contratto per inadempimento, si troverebbe di fronte alla scelta tra non restituire il bene e pagare i canoni fino alla scadenza del contratto (art. 1591 cod. civ.), oppure restituire il bene e dover, comunque, pagare i canoni fino alla scadenza del contratto, questa volta non a titolo di corrispettivo del godimento (che non ha più) ma di lucro cessante.

In tale contesto, sembra agevole comprendere quale dei due comportamenti porrà in essere il debitore, visti anche i lunghi tempi di esecuzione degli sfratti in generale, ed in particolare se condizionati da bisogni abitativi del conduttore.

Da un'adesione piena all'orientamento più rigoroso, inoltre, derivano conseguenze eccessivamente svantaggiose in capo al conduttore inadempiente: questi, qualora non riuscisse a corrispondere il canone locatizio, ad esempio, per motivi economici sopravvenuti, si troverebbe nella paradossale situazione in cui, in caso di inadempimento, perderebbe sia il bene locato, che magari – in ipotesi di locazione commerciale – era funzionale all'esercizio dell'attività per la quale era stato preso in locazione, sia dovrà continuare a pagare il canone, non a titolo di corrispettivo per il godimento del bene ma come ristoro del danno causato, senza, però, godere del bene stesso e, dunque, perdendo anche la possibilità di esercitare l'attività commerciale che gli avrebbe consentito di reperire le risorse per il pagamento dei canoni locatizi.

Una ricostruzione del genere, oltre a siffatti effetti paradossali, non risulta temperata dalla titolarità del diritto di recesso di fonte legale in capo al conduttore: prescrive l'art. 3, comma 6, l. 431/1998, infatti, che "il conduttore, qualora ricorrano gravi motivi, può recedere in qualsiasi momento dal contratto, dando comunicazione al locatore con preavviso di sei mesi", tuttavia, non si può pretendere dal conduttore un comportamento diligente al punto da onerarlo di un esercizio (preventivo) del diritto di recesso.

D'altra parte, non si può del tutto non considerare che la scelta di risolvere il contratto deriva dalla volontà del locatore, il quale, liberamente, ha esperito l'azione di risoluzione, ritenendo maggiormente conforme al soddisfacimento del suo interesse la restituzione dell'immobile e lo scioglimento del vincolo. Tale decisione non può risultare neutra sul piano delle conseguenze: il locatore, infatti, se avesse voluto ottenere il pagamento dei canoni fino al termine del contratto, avrebbe dovuto esperire l'azione di adempimento, correndo il rischio che essa si riveli infruttuosa oltre all'aggravio di dover corrispondere (quantomeno per le locazioni commerciali) le tasse anche sui canoni maturati ma non riscossi [26]. Laddove, all'opposto, decida, consapevolmente, di sciogliersi dal vincolo contrattuale, non può, poi, dolersi di non ricevere il pagamento dei canoni.

L'insieme di considerazioni di cui innanzi devono essere oggetto della valutazione giudiziale e consentono di ritenere che il danno da risoluzione anticipata del contratto di locazione, è un danno che non può essere provato nel suo preciso ammontare: esso, dunque, non può dirsi necessariamente coincidente con l'ammontare dei canoni a scadere, nell'ipotesi di mancata ricollocazione locativa della *res*, o nella misura pari alla differenza tra il canone ridotto cui è stato nuovamente locato il bene e quello originario.

Trattandosi, quindi, di un danno che si caratterizza per l'impossibilità di una sua precisa valutazione o che, comunque, implica una particolare difficoltà nella sua determinazione, va valutato equitativamente alla luce del combinato disposto degli artt. 1226 e 2056 cod. civ.

---

[26] Il d.l. n. 34/19, convertito con modificazioni dalla l. n. 58/2019, ha modificato la formulazione dell'art. 26 del DPR n. 917/86 (TUIR). Il decreto, sostanzialmente, consente al locatore, relativamente alle sole locazioni ad uso abitativo, di non dover pagare imposte sui canoni di locazione (non percepiti) fin dal momento in cui procede con l'intimazione di sfratto per morosità o con l'ingiunzione di pagamento, senza più dover attendere, come prevedeva il testo prima della modifica, la conclusione della procedura di sfratto per morosità. Tuttavia, secondo la prevalente interpretazione, il regime di favore di cui innanzi non trova applicazione per le cd. locazioni commerciali.



Anche tale ricostruzione potrebbe presentare qualche criticità: l'apprezzamento di cui all'art. 1226 cod. civ. potrebbe condurre, infatti, a soluzioni incerte, affidate all'apprezzamento del giudice del caso concreto e, quindi, differenti a seconda della maggiore (o minore) "sensibilità" del giudice *a quo*.

È necessario, allora, ancorare tale valutazione equitativa ad un parametro che limiti i margini di discrezionalità dell'interprete.

In tale contesto, tale limite può essere ricercato nella disciplina legale del recesso in materia locatizia: la normativa, richiamata in precedenza, può considerarsi un utile parametro, idoneo quantomeno ad orientare la decisione del giudice sulla quantificazione del danno risarcibile.

Tale assunto merita, però, delle precisazioni: una soluzione di tale portata era, infatti, già stata prospettata dalla Suprema Corte [27] secondo cui "il danno risarcibile al locatore derivante a titolo di lucro cessante è rappresentato dalla mancata percezione di un introito mensile per tutto il tempo presumibilmente necessario per poterlo nuovamente locare, in relazione al quale un obiettivo parametro di riferimento può essere utilmente individuato, salvo prova diversa, nel periodo di preavviso previsto per il recesso del conduttore".

Le critiche rivolte alla menzionata pronuncia risultano in parte condivisibili: si è affermato, infatti, che "la diversità dei presupposti e, in particolare, l'assenza di inadempimento nel caso del recesso, non consente di assimilare le due ipotesi (risarcimento conseguente alla risoluzione del contratto di locazione per inadempimento del conduttore e recesso)" [28].

L'appunto, sicuramente meritevole di considerazione, va ridimensionato qualora si consideri l'ammontare dei canoni dovuti (in virtù dell'esercizio del diritto di recesso legalmente attribuito al conduttore) non l'unico, bensì uno dei possibili criteri che possono orientare il giudice nella propria decisione, dovendo questi, come ribadito dalla Corte remittente, valutare, comunque, le circostanze del caso concreto, ai fini di una decisione il più possibile aderente alle peculiarità della questione controversa.

6. – Il Collegio remittente invoca l'intervento delle Sezioni unite chiedendo che esse dicano se "il maggior danno" cui allude l'art. 1591 cod. civ. possa individuarsi, ai sensi dell'art. 1223 cod. civ., nel mancato guadagno "rappresentato dalla mancata percezione dei canoni di locazione concordati fino al reperimento di un nuovo conduttore" entro il termine di scadenza dell'originario rapporto locatizio.

Prima di ipotizzare una possibile soluzione alla diatriba giurisprudenziale, rimessa al vaglio delle Sezioni unite, si ritiene dover effettuare una precisazione essenziale al fine della corretta individuazione della fonte dell'obbligazione risarcitoria.

L'ordinanza di remissione tende, infatti, a sovrapporre due norme che, però, svolgono funzioni diverse.

Alla luce delle brevi considerazioni svolte in merito alla causa del contratto di locazione e del rapporto sinallagmatico che connatura tale tipo di negozio, si ritiene che il "maggior danno" al quale si riferisce l'art. 1591 cod. civ. non allude alla lesione dell'interesse positivo derivante dalla risoluzione per inadempimento del contratto di locazione, ma fa riferimento all'inadempimento e/o al corretto adempimento dell'obbligazione restitutoria positivizzata dall'art. 1590 cod. civ. e derivante dal rapporto sinallagmatico menzionato.

Si sottolinea, infatti, che dal contratto di locazione derivano, in capo al conduttore, due obblighi: il primo

---

[27] Cass., 14 gennaio 2014, n. 530, in *Guida al dir.*, 2014, 15, 81. In proposito A. CELESTE, *op. cit.*, 384, usa l'espressione "criterio limitativo del danno risarcibile".

[28] Cass., 5 maggio 2020, n. 8482, cit. Per la dottrina, cfr., i rilievi critici di F. BOSETTI, *Risoluzione della locazione addebitabile al conduttore e risarcimento del danno*, cit., 104.

ISSN 2421-2563



attiene al dovere di corrispondere il canone per il godimento dell'immobile; il secondo consiste nella restituzione dell'immobile "nel medesimo stato in cui l'ha ricevuto, in conformità della descrizione che ne sia stata fatta dalle parti, salvo il deterioramento o il consumo risultante dall'uso della cosa in conformità del contratto" (art. 1590 cod. civ.).

Si ritiene, allora, che l'art. 1591 cod. civ. si riferisce solo alle conseguenze derivanti dall'inadempimento di tale obbligo restitutorio: il primo periodo riguarda l'evenienza in cui tale dovere restitutorio non venga adempiuto; il secondo attiene ad una restituzione cd. viziata del bene oggetto di locazione.

Il "maggior danno" cui si riferisce tale disposizione non riguarda il pregiudizio dell'interesse contrattuale positivo leso dalla mancata esecuzione del contratto fino alla scadenza naturale, ma si riferisce alle conseguenze derivanti dall'inadempimento dell'obbligo restitutorio derivante dal contratto.

A riprova di tale lettura della norma è anche la collocazione delle due prescrizioni che si trovano in rapporto di stretta consequenzialità, come se il legislatore abbia inteso prescrivere l'obbligo (1590 cod. civ.) e le conseguenze derivanti dall'inadempimento dello stesso (1591 cod. civ.).

La questione rimessa alla Suprema Corte, nella sua composizione più autorevole, non attiene all'inadempimento dell'obbligo di restituzione, ma alla lesione dell'interesse contrattuale positivo, che trova la sua fonte normativa nell'art. 1223 cod. civ. I piani risultano distinti: il locatore può domandare il risarcimento del danno sulla base sia dell'art. 1591 cod. civ., qualora risulti inadempiuto o inesattamente adempiuto l'obbligo di restituzione come delineato dall'art. 1590 cod. civ., sia il ristoro della lesione dell'interesse contrattuale positivo derivante dall'inadempimento e dalla successiva risoluzione del contratto di locazione, a causa del comportamento illecito del conduttore.

Con riferimento a tale ultima posta risarcitoria, la quantificazione del danno conseguenza da risoluzione anticipata del contratto di locazione, in assenza di parametri certi, dovendo rispondere ai criteri generali di ragionevolezza e proporzionalità, e dell'equo contemperamento degli interessi in gioco, non deve essere determinata aprioristicamente né sulla base dei canoni da corrispondere fino alla scadenza naturale del contratto risolto, né sulla base dei canoni dovuti in caso di esercizio del diritto del recesso da parte del conduttore.

Tale ultimo criterio può rappresentare unicamente quello più prossimo ad una equa commisurazione del danno da risarcire, ma non può essere sostitutivo rispetto alla più ampia valutazione equitativa di cui agli artt. 1226 cod. civ. e 2056 cod. civ. Valutazione equitativa ove il potere liquidatorio del giudice deve tener conto di ogni altro elemento di fatto utile alla quantificazione del danno [29], e, pur tuttavia, deve porre, il più possibile, il locatore nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato nell'ipotesi in cui il rapporto contrattuale avesse avuto naturale conclusione, evitando, nel contempo, che al locatore danneggiato venga attribuito un arricchimento ingiustificato.

[29] Da ultimo, in ordine alla modalità di esercizio dei poteri del giudice nella liquidazione equitativa del danno, cfr., Cass., 7 marzo 2024, n. 6116, in *Il caso.it.*