JUS CIVILE

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



3-2023

maggio giugno

G. Giappichelli Editore

ISSN 2281-3918/2421-2563

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

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

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

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

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

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

JUS CIVILE



INDICE

pag.

Premio Vincenzo Scalisi

Presentazione
di *Mario Trimarchi* 556

Diritto civile e *nuovi* valori costituzionali. Qualche suggestione da recenti riforme
di *Carmelita Camardi* 557

Autonomia privata e negozio giuridico nel pensiero di Vincenzo Scalisi
di *Enrico Gabrielli* 569

Verità e Dignità nel pensiero di Vincenzo Scalisi
di *Giuseppe Vettori* 577

Articoli e Saggi

Le fonti contrattuali nel rinnovato contesto pluralistico interpretativo [*]
di *Gerardo Villanacci* 585

NFT o crypto art. Inquadramento giuridico e prospettive di tutela nel mercato digitale
di *Maria Francesca Tommasini* 610

Brevi riflessioni sul collegamento negoziale, tra evoluzione dottrinaria ed emersione della figura nei testi normativi [*]
di *Claudio Colombo* 628

[*] Contributo sottoposto a revisione.

JUS CIVILE



pag.

L'Europa dei codici o un codice per l'Europa? – Una prospettiva tedesca[**]
di *Martin Schmidt-Kessel* 639

The New Deal for Consumers [*]
di *Ernesto Capobianco* 651

Criticità dell'adozione e protezione del minore. Il problema del semi abbandono permanente e le sue possibili soluzioni [*]
di *Lucia Bozzi* 661

Personal data supplying: the issue of bundled consent [*]
di *Tereza Pertot* 673

Il divieto di pratiche commerciali scorrette nella formazione dell'accordo. Brevi osservazioni in tema di rinegoziazione [*]
di *Daniela Santarpia* 692

Circonvenzione di incapace per testamento: quale invalidità? [*]
di *Chiara Sartoris* 715

La prova dell'inadempimento. La responsabilità del professionista intellettuale e del datore di lavoro [*]
di *Flavio Petrocelli* 732

Riflessioni sul rapporto tra obbligazione e azione nel contratto preliminare [*]
di *Carolina Leggieri* 763

Recensioni

Recensione su Tenore
di *Enrico Gabrielli* 794

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



PRESENTAZIONE

L'Unione dei Privatisti e l'Università di Messina hanno istituito nel 2018 il Premio Vincenzo Scalisi, giunto alla sua seconda edizione, in memoria del Maestro della Scuola civilistica messinese e del suo magistero. A ricevere tale riconoscimento per il biennio 2020-2021 è stato il prof. Giuseppe Vettori, Emerito dell'Università di Firenze, per la sua eccellente produzione scientifica e, più in generale, per la sua carriera dedicata allo studio delle principali tematiche del Diritto privato e, in specie, alla ricostruzione dei principi del Diritto contrattuale europeo.

La cerimonia, tenutasi il 28 ottobre 2022 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Messina, è stata inaugurata dai saluti delle Autorità accademiche e introdotta dagli interventi dei professori Mario Trimarchi (Università di Messina) e Giuseppe Grisi (Università Roma Tre, Presidente UP). Sono seguite le relazioni dei professori Carmelita Camardi (Università Ca' Foscari Venezia) ed Enrico Gabrielli (Università Tor Vergata Roma) e la *lectio magistralis* del prof. Giuseppe Vettori.

Il prof. Trimarchi ha tratteggiato la prestigiosa figura e l'eminente personalità scientifica del Maestro, ricordando gli innovativi e originali profili essenziali del suo pensiero, attinenti a tutti i più importanti istituti civilistici, e ne ha evidenziato il merito di aver formato intere generazioni di studiosi.

Il prof. Grisi ha sottolineato la convinta determinazione dell'Unione dei Privatisti, di cui il professore Scalisi è stato membro autorevole, di istituire un Premio in suo onore.

L'iniziativa, cui hanno preso parte i familiari, gli allievi e i colleghi anche di altre Università, ha rappresentato nel dibattito giuridico – civilistico nazionale un'importante occasione di confronto scientifico sul pensiero, sempre attuale, e sull'interpretazione del diritto del Maestro messinese.

Jus civile si pregia di pubblicare le relazioni nonché la *lectio magistralis* tenute in occasione della consegna del Premio al prof. Giuseppe Vettori.

[Mario Trimarchi]

JUS CIVILE



CARMELITA CAMARDI

Professoressa ordinaria di Diritto privato – Università Ca' Foscari Venezia

DIRITTO CIVILE E *NUOVI* VALORI COSTITUZIONALI. QUALCHE SUGGESTIONE DA RECENTI RIFORME*

SOMMARIO: *1. La riforma dell'art. 9 della Costituzione, lo sviluppo sostenibile e il tema delle generazioni future anche nel diritto civile. – 2. Strumenti di potenziamento del(l'effettività del) diritto civile. I principi. – 3. La sostenibilità nel diritto privato dei consumatori. – 4. Ancora sulle generazioni future. Ipotesi sui loro "diritti".*

1. – Il tema dei valori costituzionali, e dei principi che li mettono in forma nella Carta fondamentale, costituisce una sfida permanente per il civilista, perché mette in gioco una serie di paradigmi che nel tempo hanno conferito al metodo civilistico dell'interpretazione una sua identità stabile ed un suo ruolo sociale definito, e perciò quasi un compito irrinunciabile.

Ripropongo il tema aggiungendo l'aggettivo "nuovi", con riferimento ai valori costituzionali: e di fronte a questa novità – che a breve chiarisco – vorrei provare a rimettere in discussione quei paradigmi, e capire se gli stessi resistono ancora oppure è necessario che il civilista assuma un fardello, se non un grimaldello, idoneo a riconfermarli o a superarli.

E la novità, o la sfida, è la nuova formulazione dell'art. 9, e poi dell'art. 41 della Costituzione, che sanciscono come oggetto di tutela costituzionale alcuni valori e alcune entità che finora lo sono stati prevalentemente per via interpretativa [1].

La Repubblica … Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. *La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali*.

Il diritto è linguaggio, e se il linguaggio cambia, cambiano *rationes* e valori del diritto. Devo subito dire che – come parole del diritto – alcune di quelle che troviamo nell'art. 9 Cost. sono già presenti nell'ordinamento, in particolare in quel *Codice dell'ambiente* frutto della fenomenologia normativa contemporanea, per il suo essere attuazione del diritto europeo e del diritto costituzionale medesimo. In questo Codice troviamo in particolare, dopo la definizione dell'ambito di applicazione, l'indicazione delle finalità perseguite (la promozione dei livelli di qualità della vita umana, da realizzare attraverso la salvaguardia ed il miglioramento delle condizioni dell'ambiente e l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali.); l'affermazione dei

* Il presente contributo rielabora la Relazione tenuta a Messina il 28 ottobre 2022, in occasione della consegna del *Premio Vincenzo Scalisi,* e anticipa il testo destinato al *Liber amicorum* per Paolo Zatti.

[1] S. MASINI, *Ambiente e Costituzione: svolgimento di un itinerario ed esame di coscienza di una riforma*, in *Giust.civile.com*, Editoriale 16 febbraio 2022, p. 1; M. MELI, *In tema di ricadute privatistiche della riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2022, p. 549.



principi guida (precauzione, azione preventiva, correzione … dei danni causati all'ambiente, nonché il principio "chi inquina paga"); ed infine l'esplicito richiamo del principio dello sviluppo sostenibile: "Ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, *al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future*". Il principio dello sviluppo sostenibile – come sappiamo – non è di nuovo conio, ed è presente in tutte le fonti e in tutti gli strumenti normativi con i quali l'azione della Repubblica si confronta [2].

Ma allora dove sarebbe la novità?

La novità sta nella riformulazione del suo contenuto nel contesto dell'art. 9 della Costituzione, e la circostanza non ha la stessa valenza del pur importante richiamo con articolo *ad hoc* nel menzionato Codice dell'ambiente, perché ciascuna fonte disegna anche un perimetro. Il perimetro del Codice dell'ambiente è la sua *amministrazione*, da parte di quell'Autorità che – sebbene alla luce del principio di sussidiarietà – il Codice ha investito di tutte le funzioni necessarie ad assicurare quell'uso accorto delle risorse che costituisce il nucleo genetico della sua azione.

Riportato nella Costituzione, il principio generale dello sviluppo sostenibile, declinato con le parole che ho letto, si apre come territorio della Repubblica, e perciò chiama in causa anche il diritto civile, o almeno quei civilisti sensibili al ruolo dei valori costituzionali quali strumenti dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto civile, ma prima ancora al ruolo del diritto civile quale plesso dell'ordinamento funzionale alla definizione dell'ordine in una società complessa [3].

Ma in questa riformulazione dell'art. 9 non c'è solo il tema classico – ricorrente per tutte le norme costituzionali che non si occupano dell'architettura istituzionale in senso stretto – dell'argomentazione per principi, e più ancora della *Drittwirkung*, diretta o indiretta, immediata o mediata dalle clausole generali, integrativa, correttiva o financo abrogativa delle norme scritte che fossero contrarie ai principi costituzionali. In altre parole, nel contesto dell'art. 9 Cost. non c'è solo il tema dell'interpretazione adeguatrice, c'è una sfida in più, una posta in gioco sul tavolo della effettività delle norme. Una posta in gioco, la cui importanza – ci si permetta una notazione non giuridica – è resa drammaticamente evidente dalla semplice osservazione del paesaggio (di cui pure l'art. 9 si preoccupa), che restituisce il letto dei fiumi senz'acqua, la neve artificiale, la ri-

---

[2] Informazioni nella pagina del Ministero dell'ambiente *https://www.mase.gov.it/pagina/il-contesto-internazionale*, con riferimento all'atto di nascita del principio, ricondotto al noto documento "*Our common future*", il rapporto finale della Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo, istituita in ambito Onu nel 1983 e presieduta da Gro Harlem Brundtland. L'Art. 3-quater del Codice dell'ambiente ne riporta i contenuti.

[3] Il diritto della "sostenibilità" si è infatti espanso oltre i limiti del diritto ambientale, e ha permeato di sé quasi tutte le branche del diritto. Seppur con diverse prospettive, G. ALPA, *Solidarietà*, Bologna 2022, p. 275; G. VETTORI, *Verso una società sostenibile*, in *Persona e mercato*, 2021, p. 463; e più ampiamente G. CAPALDO, *Linee evolutive in tema di soggetti per una società sostenibile*, *ibidem*, 2020, p. 334; M. CIAN, *Principi dell'ordinamento giuridico economico e sviluppo sostenibile in Italia e Austria*, in *NLCC*, 2022, p. 100; M. LIBERTINI, *Gestione "sostenibile" delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contratto e impresa*, 2023, p. 54; G. RIOLFO, *Sostenibilita` sociale/ambientale dell'attività d'impresa: la proposta di direttiva sul "dovere di diligenza ai fini della sostenibilità e l'esperimento delle società benefit*, ibidem, 2023, 184. I riferimenti normativi della più recente letteratura sono la Proposta di DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, reperibile al link *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52022PC0071&print=true*; e la DIRETTIVA (UE) 2022/2464 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 14 dicembre 2022 che modifica il regolamento (UE) n. 537/2014, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e la direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità, al link *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022L2464&from=FR*. Nel diritto del lavoro, vedi V. CAGNIN, *Diritto del lavoro e sviluppo sostenibile*, Milano, 2018; ma anche M. RENNA, *Attività di impresa, sostenibilità ambientale e bilanciamento tra diritto alla salute e iniziativa economica privata*, in *Contratto e impresa*, 2022, 537 (con riferimento al caso ILVA).



correnza sempre più frequente di tempeste tropicali, la scomparsa del clima intermedio, e tutto quanto indichiamo distrattamente come disordine climatico [4].

E la sfida in più, per noi civilisti, è il significato normativo da assegnare al richiamo delle generazioni future; non tanto al richiamo della tutela degli ecosistemi e delle biodiversità da consegnare a chi verrà dopo di noi, quanto la valenza o la qualifica da assegnare al loro "interesse". Ed è un tema che sussiste nella misura in cui – con ogni evidenza – non si vuole relegare l'art. 9 fra le norme costituzionali che compongono quel catechismo di principi fondamentali sì, ma ineffettivi finché il legislatore non le trasforma in qualcosa di altro.

Eppure le nuove generazioni sono una sfida per il civilista. La norma indica che ci sono "figure", non posso ancora dire "soggetti", al di là da venire, non ancora presenti, il cui interesse però deve essere tenuto in considerazione ora*, hic et nunc*, perché la Repubblica deve tutelarlo *adesso* e non *dopo*.

Ed è qui l'arcano, o la sfida. Il diritto civile include per suo tratto genetico l'orizzonte del presente, si articola su diritti e interessi di soggetti che hanno una vita, un nome e una parola, e per queste ragioni possono essere dotati di diritti soggettivi e di strumenti rimediali di tutela. Le generazioni future non vi rientrano. Esse evocano una massa amorfa di individualità dai contorni ancora incerti, il cui tratto identitario e così possiamo dire – è determinato dal "*non esserci ancora*", dalle problematiche che esse saranno chiamate ad affrontare quando verranno ad esistenza, quale conseguenza delle azioni che noi oggi mettiamo in campo. Dunque, un orizzonte temporale ibrido: che include necessariamente il presente – ciò che oggi noi facciamo – ma apre ad un futuro senza data e senza termini, e però rilevante [5]. Un futuro che non coincide con quello dei nostri discendenti diretti, o semplicemente dei "terzi" che verranno a reclamare un diritto leso dai nostri atti: questi soggetti appartengono al presente e non minacciano la stabilità del diritto civile, che li può includere nelle dinamiche dei suoi istituti perché le loro pretese sono definibili sin d'ora (i nostri eredi legittimi per il nostro patrimonio; i soggetti lesi dai nostri atti come i terzi acquirenti). Le generazioni future non hanno nome né volto, non avranno nemmeno il nostro cognome perché non sono i nostri nipoti, non avranno i nostri beni, né verranno a reclamare diritti patrimoniali di cui sono titolari. Sono una massa anonima, per l'appunto, che non sembra avere cittadinanza nel diritto civile, ma alla quale la Costituzione obbliga la Repubblica a fare riferimento, a ponderare il loro "interesse".

Questo interesse ha una caratura, un contenuto che possiamo esprimere con il vocabolario del diritto civile? L'essere le generazioni future collocate in un orizzonte temporale di lungo periodo, il non essere attori del presente, rende ciononostante il loro interesse *attualizzabile*? Oppure li colloca nell'irrilevante giuridico di coloro i quali non possono avere diritti? L'art. 9 dice di no, ma non dice come rendere attuale un interesse futuro.

Eppure, non vi è dubbio che, almeno per taluni aspetti, la società attuale ha preso consapevolezza della necessità di allungare l'orizzonte della decisione politica verso le generazioni future. Seppur nel contesto di

---

[4] Per cominciare il ragionamento, vedi G. Puleio, *Rimedi civilistici e cambiamento climatico antropogenico*, in *Persona e mercato*, 2021, 469 ss. Il ragionamento teorico sulle generazioni future, peraltro, nasce dalle controversie in tema di *climate change*, delle quali si dirà nel prosieguo del testo.

[5] È questa l'interessante impostazione di M.W. Monterossi, *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione*, Pisa, 2020, 11 ss. Sul tema anche A. D'Aloia, voce *Generazioni future*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2016, 331, ed ivi altre indicazioni; R. Bifulco, A. D'Aloia, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in Aa.Vv., *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008; L. Bartolucci, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale*, in *Osservatorio Costituzionale*, AIC, 2021, 212. Sulla solidarietà intergenerazionale si veda ampiamente T. Guarnier, *La solidarietà intergenerazionale nella prospettiva costituzionale. Prime riflessioni su alcuni nodi da sciogliere*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2022, III, p. 1, 4 ss.



principi che hanno la loro valenza principale nel presente, i controlli sui conti pubblici istituiti a livello europeo, insieme con le riforme dei sistemi previdenziali tentano di prendere atto delle conseguenze che l'invecchiamento della popolazione e il calo demografico producono nell'equilibrio intergenerazionale quanto alla distribuzione delle risorse e al sostegno dei debiti pubblici. L'eccesso di spesa di oggi graverà sulle generazioni di domani, alle quali dunque si attribuisce sin d'ora, se non un diritto, un obbligo, l'interfaccia del diritto. Una spesa eccessiva non è sostenibile, quando è assunta asimmetricamente a carico delle generazioni future, che proprio perché non presenti non l'hanno scelta, ma dovranno subirla. Così come non hanno scelto di intensificare l'emissione di Co2, ma si dovranno adattare ad amministrarne le conseguenze negative in un contesto di risorse depauperato, non più ricostruibile [6].

Ma ritorniamo al diritto civile. Evitare tutto questo significa proteggere *adesso* l'interesse delle generazioni future, ma il diritto civile come vi contribuisce? La protezione è compito del Ministro dell'ambiente e del Ministro delle finanze, della legislazione ambientalistica e/o previdenziale, o anche "nostro", e "come"?

Fin qui però il concetto di generazioni future si nutre di discorsi non ancora prettamente giuridici, non ancora formali, ma più spesso tratti dalla lezione economica, non sensibile all'esigenza di raccontare i fatti attraverso le categorie e le forme. Questo ha una spiegazione: le generazioni future, non definite e non ancora presenti, eccedono il modello formale binario delle relazioni giuridiche, che è il modello nucleare dell'obbligazione, costruito sul rapporto prettamente individualistico dell'obbligazione fra soggetti presenti, che ha per oggetto una prestazione determinata attuale (o anche futura, ma *determinabile*), e nell'interesse altrettanto attuale della parte attiva del rapporto [7]. I soggetti dell'obbligazione diventano poi contraenti secondo la stessa logica; e la stessa riveste poi di sé anche il rapporto che scaturisce dall'illecito, come ogni altro rapporto che non origina da quest'ultimo e nemmeno dal consenso. L'eccesso che la stessa idea di generazione futura determina rispetto a questo schema essenziale e irrinunciabile del diritto moderno è evidente: essa non ha e non può avere una forma in questa logica.

Ma provare a pensarla è la sfida che dovremmo raccogliere.

---

[6] Una critica radicale al modello giuridico che fin qui ha costruito il rapporto tra società, natura, scienza e diritto, in una dimensione tipicamente "estrattiva", ovvero di un "diritto estrattivo", strumentale allo sfruttamento dei beni naturali e di tutte le risorse anche quelle create dall'uomo, in funzione di un'accumulazione del tutto indifferente ai bisogni delle comunità e alle stesse necessità individuali, si trova ampiamente argomentata nel volume di F. CAPRA, U. MATTEI, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Arezzo, 2017.

[7] La determinatezza, infatti, è il concetto chiave, fisionomico, dell'obbligazione e della circostanza per la quale essa, così come suppone che ci siano due soggetti, suppone intuitivamente che essi siano determinati. È per questo che talvolta sembra un problema la spiegazione di situazioni nelle quali invece uno dei soggetti è semplicemente determinabile, e lo è sulla base di criteri attualmente presenti che ne permettono l'individuazione al momento opportuno. Questo è il tema, ad esempio, della promessa al pubblico, o dei titoli di credito. Ora, nella confutazione della problematicità di queste fattispecie si giunge a dichiarare che anche in queste ipotesi risulta soddisfatto "il principio della necessaria presenza e *determinatezza* dei due soggetti dell'obbligazione". Così, per tutti, M. Giorgianni, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, Catania, 1945, 44, ma già 41 ss. Del resto, non occorre nemmeno un commento per desumere dal requisito essenziale del "consenso delle parti" la necessità della attuale determinatezza dei soggetti contraenti ai fini della esistenza del contratto. Così come non occorre riflettere sull'uso del termine "terzo" quale inequivocabile sanzione del carattere necessariamente *binario* del rapporto giuridico, in ragione del quale chi non è parte è – e non può che essere – "soggetto terzo" (dal terzo che adempie; al terzo non toccato dagli effetti del contratto, nella paradigmatica costruzione linguistica dell'art.1372 cod.civ.). Del resto, infine, inequivocabilmente binario è anche il rapporto giurisdizionale, fra attore e convenuto, salvo che – per l'appunto – un *terzo* decida di intervenire. Cenni suggestivi in tal senso in P. FEMIA, *Il civile senso dell'autonomia*, in *Cardozo electronic law bulletin*, 2019, I, vol. 25, 1, 7.



2. – È opportuno a tal fine dare un rapido sguardo alla letteratura, percorrendo sia piste generali, attente al profilo dell'argomentazione per principi; sia piste più specifiche, che hanno già incluso il principio dello sviluppo sostenibile nel territorio degli istituti civilistici.

Sul piano del diritto privato europeo, vorrei per prima cosa ricordare un'opera recente, il bel volume di S. GRUNDMANN, H. MICKLITZ, M. RENNER, *New private law theory* [8], che ha una struttura tutt'altro che manualistica, e condensa in nuova luce tutta l'esperienza del diritto privato continentale, in una prospettiva critica ampia, annunciata nelle 5 tesi "manifesto" che aprono l'opera attraverso 5 parole chiave: pluralismo, comparazione, ermeneutica orientata all'applicazione, prospettiva transnazionale, approccio critico [9]. In questa prospettiva di contenuti e di metodo, trova ampio spazio il tema della costituzionalizzazione del diritto privato, esplicitato *in primis* nel cap. 8, a cura di Micklitz [10], dove leggiamo che il costituzionalismo si traduce non tanto nell'applicazione dei principi, quanto e soprattutto nell'influenza dei diritti umani fondamentali – sociali civili e politici – in funzione di "… *overcome a certain justice deficit in the private law order*". Ne traggo una chiara indicazione di metodo, suffragata dall'espressa professione ermeneutica (non l'ermeneutica filosofica, ma quella pratica), che apre a ragionamenti intesi a ricavare uno spazio non secondario alla protezione dei diritti fondamentali nella sfera dei rapporti privati.

A partire da questa assai significativa indicazione, vorrei poi ricordare il dibattito sui principi che la civilistica italiana ha affrontato al proposito, lungo una linea complessa che include una pluralità di posizioni, da quelle che ancora si richiamano alla partizione di cui all'art. 12 delle preleggi, a quelle che invece riconoscono alla Costituzione e ai principi di rilievo costituzionale la massima effettività quali norme direttamente e sempre applicabili, anche in presenza di fattispecie positivamente normate il cui contenuto andasse in senso contrario. Non occorre riprendere in questa sede tale controverso dibattito, costantemente tenuto vivo da una casistica che tocca questioni delicate, così riproponendo anche il tema istituzionale della ricaduta della soluzione e dell'orientamento prescelti sull'assetto dei rapporti tra legislazione e giurisdizione, tra legge e interpretazione [11]. Personalmente ho assunto una posizione flessibile, agganciando l'applicazione diretta dei principi all'attribuzione ai singoli di un diritto degno di protezione, oltre che ad una corretta ricostruzione della dinamica delle fonti che interferiscono nella ricostruzione del caso. E su questa strada continuerei a muovermi, nella convinzione della necessaria estensione del valore precettivo dei principi fino al limite del rispetto dei diritti fondamentali, non oltre quello del necessario rispetto delle prerogative del legislatore [12].

Sulla base di tali premesse, e comunque entro una tale cornice, che implementa una controllata applicazione dei principi costituzionali ai rapporti privati, è opportuno adesso sperimentare la possibile rilevanza civilistica del principio normativo dello sviluppo sostenibile.

---

[8] S. Grundman, H.W.MICKLITZ, M. RENNER, *New private law theory. A pluralist approach*, Cambridge University Press, 2021.

[9] Sono le *Five Theses for a New Private Law Theory*, poste a premessa della lunga analisi che segue e le sviluppa, corredata sempre da ampie citazioni di brani di letteratura e di decisioni giurisprudenziali. Sul punto, *New private law theory*, cit., 1 ss.

[10] *Constitutionalization, Regulation and Private Law*, in *New private law theory*, cit., 166.

[11] Per una significativa idea della distanza fra le varie posizioni nel dibattito sul tema dei principi, ci limitiamo a rinviare a P. FEMIA, *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Napoli, 2021; e a G. D'AMICO, *Appunti per una dogmatica dei principi*, in *Nuovo diritto civile*, 2017, 47; ID. (a cura di*), Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017.

[12] Mi permetto di rinviare, anche per altre indicazioni bibliografiche, al nostro *Brevi riflessioni sull'argomentazione per principi nel diritto privato*, in *Riv.dir..civ*., 2017, 1130; ID., *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, 10, 15 e ss.; ma anche al volume di E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e* Drittwirkung *ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017.



La difficoltà del tema, come noto, scaturisce dal fatto che il principio in questione reca – ben più di altri – una carica innovativa tale da incidere non soltanto sull'attribuzione dei diritti personali o sulle modalità del loro esercizio, ma anche sull'organizzazione di attività private e pubbliche, e pertanto non sempre la sua applicazione può essere immediata, e prescindere dalla previa ridefinizione normativa del processo sul quale la sostenibilità incide. Si aggiunga quale dato tutt'altro che secondario, che il principio di sostenibilità ha carattere trasversale e sistemico, in quanto investe diverse discipline ed istituisce interferenze tra i vari sottosistemi sociali, modificandone le consuete relazioni. Non è un caso, infatti, che la declinazione della sostenibilità si esprima attraverso coppie concettuali antitetiche, le quali spesso esibiscono modalità operative e organizzative opposte e non sempre esauribili in un modello binario di comportamento. Si pensi alla contrapposizione tra economia lineare ed economia circolare [13]; ovvero tra economia estrattiva ed economia generativa; o ancora tra *shareholder value* e *stakeholder value* [14], e così via; tutte contrapposizioni che evocano una complessità non esauribile in una singola azione normativa o interpretativa, e delineano per contro una non semplice via normativa dello sviluppo sostenibile [15].

Nonostante questa consapevolezza, è presente un filone di riflessioni che mira alla costruzione di un *diritto civile sostenibile*, quale espressione di un principio trasversale che inciderebbe su tutti gli istituti civilistici, e che si esprime ancora attraverso nuove coppie concettuali [16]: proprietà e sviluppo sostenibile (con riferimento alla teoria dei beni comuni [17] e comunque ad una proprietà sottoposta a conformazione ecologica) [18]; contratto e sviluppo sostenibile, sub specie di un contratto "ecologico", che assume il principio quale dispositivo idoneo a colorarne la causa, come risulterebbe da taluni modelli, dagli appalti verdi al *green franchising* [19]; sino alla apparentemente facile costruzione dell'attività economica sostenibile di cui ci direbbe l'art. 41 nella nuova versione "ambientale" [20].

---

[13] M. Magri, *Regioni ed "economia circolare",* in *Giorn. Dir. amm*., 2018, 706; M.F. Tommasini*, La fenomenologia del rifiuto tra atti di dismissione e tutela del bene ambiente,* in *Contratto e impresa*, 2018, 416; A. Venieri, *Sostenibilità d'Impresa: una "bussola" per le aziende e gli addetti ai lavori,* in *Ambiente & sviluppo*, 2022, 681; T. Ronchetti, M. Medugno*, Pacchetto Economia Circolare: al via il recepimento*, in *Ambiente e sviluppo*, 2020, 279.

[14] Una problematica questa ancora significativamente rappresentata dallo studio di H. Hansmann, *The ownership of enterprise*, Harward, 1996, trad. it. di A. Bonito Oliva, G. Sandicchi, ed. it. A cura di A. Zoppini, Bologna, 2005. Recentemente sul punto, N. Cucari, *Lo shareholder engagement negli studi di corporate governance*, Milano, 2018.

[15] Ad indicare e rappresentare tale complessità valgano le seguenti letture di A. Genovese, *L'armonizzazione del reporting di sostenibilità delle imprese azionarie europee dopo la CSRD*, in *Contratto e Impresa*, 2023, 88; C. Mignone*, Diritti e sostenibilità. Una ricostruzione per immagini,* in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2021, 208, che fa partire la sua analisi da una concreta vicenda giudiziaria, concernente la chiusura di un ufficio postale, per sviluppare poi una riflessione sul carattere polimorfo e ambiguo del principio dello sviluppo sostenibile; F. D'Alessandro, *Il mantello di San Martino, la benevolenza del birraio e la Ford modello T, senza dimenticare Robin Hood (Divagazioni semiserie sulla c.d. responsabilità sociale dell'impresa e dintorni),* in *Riv.dir, civ*., 2022, 409; M. Cian, *Principi dell'ordinamento giuridico-economico e sviluppo sostenibile in Italia e Austria,* in *Nuove leggi civ. comm*., 2022, 100; A. Moliterni, *Antitrust e ambiente ai tempi del Green Deal: il caso dei "sustainability agreements",* in *Gior. Dir. amm.*, 2021, 354, che rappresentano dichiaratamente, e più o meno fiduciosamente, l'idea che solo norme cogenti possano rendere effettivo il principio di sostenibilità. Si vedano ancora gli Autori citati *supra* in nota 3, soprattutto M. Libertini, *Gestione "sostenibile" delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, passim.

[16] In questi termini, M. Pennasilico, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "eologica" del contratto*, in *Persona e mercato*, 2015, 37; P. Pollice, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rass. dir. civ*., 2016, 1291; S. Persia, *Proprietà e contratto nel paradigma del diritto civile "sostenibile",* in *Riv. quadr. dir. amb*., 2018, 4. In senso critico, S. Pagliantini, *Sul c.d. contratto ecologico*, in *Nuova giur. civ. comm*, 206, 337, che non riconosce a codesto paradigma una valenza generale, quanto meramente descrittiva di una contrattazione soggetta ad uno statuto inderogabile (344).

[17] Anch'essa non lineare e controversa. Vedi M.R. Marella, *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012.

[18] A. Nervi, *Beni, proprietà, contratto e giustizia ecologica. Qualche riflessione sul diritto di proprietà,* in *Cardozo electronic law bulletin,* 2019, I, vol. 25, 1.

[19] In argomento vedi *supra* nota 16; nonché, per le tipologie menzionate, S. Colombari, *Le considerazioni ambientali*



Molte di queste proposizioni a dire il vero non chiariscono se la valenza del principio sia generalizzabile – e in che misura – nelle mani del giudice e del suo eventuale sindacato sull'attività negoziale o di godimento dei privati, tutte le volte in cui la concreta operazione economica o il concreto uso del bene, e la loro disciplina, non presentino uno specifico tipo di problema che chiama in causa l'applicazione del principio, come più avanti cercheremo di argomentare, indipendentemente dalla mediazione del legislatore; senza trascurare la polisemia del termine e la menzionata ampiezza delle possibili declinazioni.

È questa una perplessità che dà ragione dell'esistenza di filoni culturali che invocano una via normativa della sostenibilità, a garanzia di quelle libertà, prima fra tutte la libertà d'impresa, con le quali l'attuazione del principio deve fare i conti. Ciò che renderebbe imprescindibile l'intervento del legislatore, certamente non solo di quello nazionale, e comunque inaccettabile l'idea di un generalizzato potere di "conformazione ecologica" delle attività private [21].

3. – Le perplessità sopra evidenziate possono attenuarsi, invece, allorché la concreta fattispecie sia direttamente sussumibile in uno degli ambiti di applicazione del principio di sostenibilità. Ciò che invero è accaduto, ad esempio, con riferimento alle decisioni prodottesi nel mondo sul caso *Dieselgate* da una parte, e sul *Climate change* dall'altra parte, casistiche che ci restituiscono un fecondo terreno di riflessione critica.

Qualche parola dunque su queste vicende.

La vicenda *Dieselgate* [22] apre un fronte estremamente importante: quello della possibile rilettura del diritto dei consumi in chiave di sostenibilità. Vengono qui in gioco due subsettori del diritto dei consumi, quello delle pratiche commerciali scorrette, richiamato dal fenomeno crescente del *green washing* [23]; e quello della garanzia di conformità nella vendita di beni di consumo, innovato dalla Direttiva 771/2019, attuata in Italia con dlvo n.170/2021, che ha riformato gli artt.128-135-*septies* del codice del consumo.

Sull'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette alle dichiarazioni mendaci di *compliance* ambientale può riservarsi una certa quale attenzione, laddove esse incidano effettivamente sull'autodeterminazione del consumatore e colpiscano in particolare la sensibilità di quello che adesso viene chiamato il consumatore "etico" [24]. Anche in tal senso sono state intese, ad esempio in Italia, le dichiarazio-

---

nell'aggiudicazione delle concessioni e degli appalti pubblici, in *Urbanistica e appalti,* 2019, 5, C. Irti, *Gli "appalti verdi" tra pubblico e privato,* in *Contratto e impresa/Europa*, 2017, p. 183.

[20] P.M. Sanfilippo, *Tutela dell'ambiente e "assetti adeguati" dell'impresa: compliance, autonomia ed enforcement*, in *Riv.dir.civ*., 2022, 993; I. Speziale, *Il nuovo paradigma dell'impresa sostenibile,* in *contratto e impresa*, 2022, 752; G. Alpa, *Note sulla riforma della costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali*, ibidem, 361; B. Rabai, *Public procurement e clausole sociali. Un nuovo equilibrio tra diritti sociali e ragioni del mercato*, in *Gior. Dir. amm*., 2022, 230.

[21] Non almeno nel senso auspicato da S. Persia, *Proprietà e contratto nel paradigma del diritto civile "sostenibile"*, cit., 17, che sembra auspicare un controllo di meritevolezza in questa chiave per tutti gli atti di autonomia, tipici o tipici che siano.

[22] Lo scandalo cosiddetto "dieselgate" scoppia negli USA e poi in Europa, in conseguenza dell'accertamento del fatto per cui alcune autovetture Volkswagen producevano ossidi di azoto in quantità molto superiori rispetto a quelle che era ragionevole attendersi sulla base delle attestazioni rilasciate; ed ancor peggio della truffaldina installazione di un device di manipolazione delle emissioni che le occultava ai controlli di conformità. Sulla complessa vicenda vedi ampiamente F. Bertelli, *Profili civilistici del «dieselgate». Questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità*, Napoli, 2021; I. Garaci, *Il dieselgate. Riflessioni sul private e public enforcement nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. ind.,* 2018, 61 ss.; E. Camilleri, *Qualità pubblicizzate e affidamento del consumatore. Spunti per il caso Dieselgate?*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, 707.

[23] Sui quali ancora F. Bertelli, *I green claims tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza*, in *Contratto e impresa*, 2021, 286; A. Pistilli, *Il* green-washing t*ra pubblicità ingannevole e pratica commerciale scorretta: quando può dirsi atto di concorrenza sleale?*, in *Dir. ind*., 2022, 381.

[24] Il cui atto di consumo, cioè, risponde anche a personali convincimenti assiologici, per le quali il bene deve corrispondere alle



ni mendaci e truffaldine della Wolkswagen a proposito del noto *device* che nascondeva le emissioni nocive, così aprendo la strada sia per l'applicazione delle sanzioni da parte dell'Autorità Antitrust; sia per l'applicazione delle sanzioni civili da parte del giudice ordinario, in particolare del risarcimento del danno patrimoniale, a titolo aquiliano, e del danno non patrimoniale da reato di frode al commercio, a favore dei consumatori. Sennonché – ed è questo un punto cruciale nel ragionamento che si conduce – il calcolo del risarcimento non è andato oltre la considerazione del danno derivante da pratica commerciale scorretta nel contesto di un'azione di classe; in particolare il giudice italiano ha ritenuto che tale danno si sia risolto "nel maggior aggravio economico, parametrato al maggior prezzo dei veicoli omologati Euro5, sostenuto per l'acquisto di un veicolo formalmente Euro5, ma di fatto di classe Euro inferiore"[25]; e ciò anche sull'argomento per il quale, a seguito degli interventi di *service* realizzati dal produttore truffaldino, le automobili comunque funzionavano! Molto più "ecologico" e "sostenibile", invero, era stato il ragionamento dell'Antitrust[26].

Riprendendo i ragionamenti prima enunciati, non si può non notare che attraverso tale qualificazione del comportamento del produttore truffatore semplicemente in termini di *green washing*, il principio della sostenibilità viene reso effettivo ben al di sotto delle sue possibilità.

Non basta una multa, o un risarcimento (nella specie calcolato fino al 15% del prezzo medio della vettura) per scoraggiare la produzione di beni insostenibili; anzi ove generalizzate, e per di più a fronte di comportamenti estremamente gravi del danneggiante, le sanzioni suddette sembrano atteggiarsi quasi come una sorta di prevedibile *fee,* pagata la quale, ciascuno dice quel che vuole, e soprattutto produce come vuole.

Non così i fatti andarono negli USA, dove la produttrice riconosce la propria responsabilità e chiude le controversie con tre pesanti accordi inclusivi di impegni concreti, non solo più che ampiamente risarcitori, ma di rimozione dal mercato delle auto viziate, nei confronti del Governo federale e dei consumatori[27]; e nemmeno in UE fortunatamente, dove la recente Decisione della CEG del 14 luglio 2022[28] sul *Dieselgate* dichiara:

1) che un dispositivo che garantisce il rispetto dei valori limite di emissione di ossido di azoto unicamente nell'intervallo termico costituisce un impianto di manipolazione in linea di principio vietato ai sensi dell'art. 5, paragrafo 2, del regolamento n. 715/2007; e poi che:

2) un veicolo non presenta la qualità abituale dei beni dello stesso tipo che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi e quindi *non è conforme al contratto* qualora, pur disponendo di un'omologazione CE in vigore e potendo, di conseguenza, essere utilizzato su strada, tale veicolo è dotato di un impianto di manipolazione vietato.

---

motivazioni etiche che sorreggono l'atto di consumo. Vedi in proposito le interessanti riflessioni di A. QUARTA, *Per una teoria dei rimedi nel consumo etico. La non conformità sociale dei beni tra vendita e produzione*, in *Contratto e impresa*, 2021, 523; A. LEONE, *Advertising e tutela del consumatore verde*, in *Dir. ind*., 2021, 73.

[25] Tribunale di Venezia, 7 luglio 2021, in *Danno e resp*., 2022, 239, 243, con nota di P. Santoro, *Dieselgate italiano: (e)mission impossible. Il Tribunale di Venezia accoglie la class action e, in sintonia con i Tribunali di Avellino e Genova, riconosce il risarcimento dei danni da illecito antitrust e da pratiche commerciali scorrette*, *ibid*em, 243, ove anche l'intera cronistoria della vicenda. Queste le massime "Qualora una pratica commerciale scorretta abbia leso la libertà negoziale dei consumatori, i suoi autori sono tenuti a risarcire, a titolo di responsabilità extracontrattuale, il danno patrimoniale derivante da tale lesione, mentre non è risarcibile il danno non patrimoniale da violazione del diritto all'autodeterminazione. Qualora una pratica commerciale scorretta integri gli estremi del reato di frode in commercio, è risarcibile il danno non patrimoniale subìto dai consumatori lesi da tale pratica".

[26] Delibera AGCM 4 agosto 2016, n. 26137 (procedimento PS10211), nel sito istituzionale dell'Autorità.

[27] Ogni informazione in P. Santoro, *Dieselgate italiano*, cit., p. 245 ss.

[28] Vedi i contenuti in *https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-07/cp220124en.pdf*.



Da ricordare che l'Avvocato generale nelle cause riunite C-128/20, C-134/20 e C-145/20 sul *Dieselgate* aveva addirittura dichiarato che la violazione della normativa in materia di emissioni rende nulli i certificati di conformità, e perciò rende inidoneo il veicolo alla circolazione, realizzando un palese ed ampio difetto di conformità, in base – all'epoca dei fatti – alla vecchia direttiva 1999/44.

Un commentatore definisce queste valutazioni "devastanti" per i produttori [29].

E arriviamo così alla disciplina attuale introdotta dalla direttiva n.771. Qui l'incidenza del principio di sostenibilità è evidente ed è positiva, specie nella riformulazione delle aspettative del consumatore rispetto alle qualità del bene. Si introduce il requisito della durabilità del bene (con evidente riferimento alle pratiche di obsolescenza programmata) intesa come "la capacità dei beni di mantenere le loro specifiche funzioni e prestazioni attraverso un uso normale" (art. 128 lett. o); e si precisa al successivo art. 129 che per essere conforme il bene deve, fra le altre cose, "essere della quantità e possedere le qualità e altre caratteristiche, anche in termini di *durabilità*, funzionalità, compatibilità e sicurezza, ordinariamente presenti in un bene del medesimo tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e delle *dichiarazioni pubbliche* fatte dal o per conto del venditore, o da altre persone nell'ambito dei precedenti passaggi della catena di transazioni commerciali, compreso il produttore, in particolare nella pubblicità o nell'etichetta" [30].

Ciò posto, cos'altro può dirsi in base al principio di sostenibilità che non sia già detto in queste norme?

Il suggerimento viene da chi analizza, proprio in chiave di sostenibilità, la gerarchia dei rimedi offerti al consumatore che riceve un bene le cui caratteristiche si accerti non essere sostenibili in base alle norme citate. Come noto, l'art. 135 *bis* dispone che "*il consumatore può scegliere tra riparazione e sostituzione*, purché il rimedio prescelto non sia impossibile o, rispetto al rimedio alternativo, non imponga al venditore costi sproporzionati", in base alle circostanze del caso e a quelle poi indicate nella norma. I rimedi edilizi classici spettano in caso i primi non siano possibili ex lett. a-d del comma 4.

E però, si è notato che la norma non stabilisce una gerarchia interna ai rimedi ripristinatori, lasciando il consumatore libero di scegliere tra sostituzione e riparazione, salvo il bilanciamento con gli interessi del venditore. Ebbene, è qui che il principio di sostenibilità può intervenire. Si legge in letteratura che studi in chiave di sostenibilità hanno posto in risalto come la sostituzione dei beni abbia un notevole impatto sull'ambiente, comunque superiore rispetto a quello della riparazione, che invece risulta essere uno strumento più efficiente per contribuire all'economia circolare. Questo secondo rimedio concorrerebbe ad allungare la vita dei prodotti, a ridurre i rifiuti, i costi di trasporto etc. Ed allora, se il principio costituzionale di sostenibilità ha un valore, questo è un significativo terreno interpretativo per sperimentarlo. La soluzione proposta è quella di considerare la scelta del consumatore tra riparazione e sostituzione come sottoposta ad un vaglio di coerenza con la sostenibilità, in seguito al quale la riparazione sarebbe rimedio eleggibile tutte le volte in cui assicuri pari soddisfazione e non sacrifichi eccessivamente le ragioni del venditore [31]. Una

---

[29] G.F. SIMONINI, *Verso una concezione oggettiva (e tecnica) del difetto di conformità dei beni di consumo*, in *Danno e responsabilità*, 2022, 64, 66 ss.

[30] Sul tema vedi ampiamente M. D'ONOFRIO, *Obsolescenza programmata: qualificazione giuridica e rimedi alla luce della Direttiva 2019/771 e del diritto interno*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 516; D. IMBRUGLIA, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, in *Persona e mercato*, 2021, 495, 504 ss.; A. BARENGHI, *Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contratto e impresa*, 2020, 806, 811 (sulla durabilità).

[31] Suggerisce esplicitamente e con interessanti argomenti sistematici la presente soluzione D.M. MATERA, *Difetto di conformità, gerarchia dei rimedi e sostenibilità ambientale nel nuovo art. 135-bis cod. cons. e nella Dir. 771/2019*, in *Riv. dir. priv.*, 2022, 453, 462 ss.; ne sottolinea l'importanza, richiamando altresì la Risoluzione del Parlamento europeo più sotto citata, anche D. IMBRUGLIA, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori,* cit., p. 507 ss., con riferimento al diritto alla riparazione e all'importanza del riu-



conseguenza forte, se si pensa alla dimensione massiva della produzione di taluni beni ed al fatto che la durabilità, come gli aggiornamenti, sono già elementi la cui mancanza incide sulla conformità (e vedi ancora una volta i provvedimenti dell'Antitrust del 2018 contro *Apple* e *Samsung* per avere aggiornato i dispositivi con software che riducevano la durata della batteria, sì da indurre i consumatori a cambiare modello) [32].

4. – Ma con questi rilievi non abbiamo ancora toccato il punto più innovativo e la sfida più grande che il principio dello sviluppo sostenibile lancia al civilista. Che è quella degli strumenti attraverso i quali dare voce a chi non ce l'ha, alle generazioni future: rendere effettivo il loro interesse attraverso strumenti non solo indiretti, come quelli che abbiamo menzionato, che toccano il mondo dei consumi e per questa via della produzione in molti dei suoi aspetti, ma anche diretti e immediati; non solo reattivi, ma preventivi, tali da rendere le generazioni a venire attori del presente, e attori parlanti: protagonisti della comunicazione sociale.

So che si tratta di una sfida, prima ancora che al rigore del giurista, al rigore della legge, la cui architettura – come ho già detto – anche quando supera la dimensione dell'umano, è comunque dimensionata sul presente, sul già esistente, sulla pretesa e sul danno presenti, non su quelli futuri.

E però non manca qualche segnale.

Nel contesto della *climate change litigation* [33], esperienze non lontane dalla nostra hanno sperimentato meccanismi di controllo dell'attività umana presente diretti ad evitare, nel nome della protezione dei diritti fondamentali e in ottemperanza con il principio dello sviluppo sostenibile, che il rischio climatico si abbatta in maniera iniqua e sproporzionata sulle generazioni a venire, segnatamente – come nel caso deciso dalla Corte Costituzionale tedesca il 26 aprile 2021 sul caso *Neubauer et al. contro Germania* – su quelle che verranno dopo il 2030, anno entro il quale la legge tedesca prevedeva un target di riduzione delle emissioni nocive che la Corte ha reputato troppo basso [34].

Ed ancora nella non lontana Olanda, la Corte Suprema decideva nel dicembre 2019 sul caso Urgenda,

---

tilizzo dei beni; e M. D'ONOFRIO, *Obsolescenza programmata*, cit., 517, 519 ss. Si vedano sul tema la Risoluzione del Parlamento europeo del 10 febbraio 2021 sul nuovo Piano d'azione per l'economia circolare (nr. 34, al link: *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0040_IT.pdf*); e la Risoluzione del Parlamento europeo del 25 novembre 2020 'Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori', al link *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0318_IT.pdf*.

[32] Vedi il provvedimento dell'AGCM contro Apple nel sito istituzionale al link *https://www.agcm.it/dettaglio?db=C12560D000291394&uid=A10131212217854FFC1258335005F2BB1&view=&title=-APPLE-AGGIORNAMENTO%20SOFTWARE&fs=*; e quello contro Samsung al link *https://www.agcm.it/dettaglio?db=C12560D000291394&uid=7956CD1F0A5CF620C1258335005F2BB0&view=&title=PS11009-SAMSUNG-AGGIORNAMENTO%20SOFTWARE&fs=Pratiche%20scorrette*. Di interesse anche le considerazioni del Presidente nell'audizione del 30 luglio 2019 avanti al Senato della Repubblica, con riguardo alle condotte attuate dai gruppi Apple e Samsung, al link *https://www.agcm.it/dotcmsdoc/audizioni-parlamentari/Audizione-20190730.pdf*.

[33] Una rassegna utile da parte di M. DELSIGNORE, *Il contenzioso climatico dal 2015 ad oggi*, in *Giorn, dir. amm*., 2022, 265; S. MARINO, *La climate change litigation nella prospettiva del diritto internazionale privato e* processuale, in *Riv. Dir.Int. Priv. e Proc,* 2021, 898; C. VIVIANI, *Climate change litigation: quale responsabilità per l'omissione di misure idonee a contrastare i cambiamenti climatici?,* in *Ambiente e sviluppo*, 2020, 599.

[34] Vedi una sintesi della decisione operata dalla nostra Corte Costituzionale al link *https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni_corrente/Segnalazioni_1619774479177.pdf*; e un commento di R. Bin al link *https://www.lacostituzione.info/index.php/2021/04/30/la-corte-tedesca-e-il-diritto-al-clima-una-rivoluzione/*; M. PIGNATARO, *Il dovere di protezione del clima e i diritti delle generazioni future in una storica decisione tedesca*, *www.eublog.it*.



condannando lo stato olandese ad una opportuna e rapida riduzione delle emissioni nocive nel nome delle generazioni future e a tutela dei loro diritti [35].

Non posso in questa sede scendere nei dettagli del giudizio, se non per ciò che concerne l'elemento chiave, pregiudiziale dell'intero processo, e cioè le caratteristiche dell'attore, analizzate e vagliate positivamente dalle Corti: nel primo caso un semplice gruppo di attivisti tedeschi anche minorenni e un gruppo di cittadini orientali; nel secondo caso una Fondazione, il cui statuto faceva riferimento al principio di sostenibilità, abilitata perciò secondo il codice civile olandese ad agire in giudizio anche a nome e a tutela di gruppi indefiniti e non identificabili di persone, ciò che ha permesso l'ingresso in giudizio delle generazioni future, "rappresentate" dalla Fondazione.

E qui l'indagine civilistica diventa interessante, a partire dal quesito seguente. Nei due casi menzionati, come negli altri che si sono svolti, ad es. negli USA, le Corti hanno messo in atto un meccanismo istitutivo di una nuova soggettività in capo alle generazioni future, attribuendo loro – in ragione dell'assenza di un substrato materiale – una appropriata rappresentanza?

Oppure più semplicemente hanno riconosciuto a soggetti esistenti la titolarità di un interesse proprio ma proiettato sull'orizzonte intertemporale di soggetti non ancora esistenti?

Certo, se assumiamo a modello il caso Urgenda, la prima soluzione appare forse la più lineare, e quella più facilmente estensibile a tutti gli enti che includano il principio di sostenibilità fra i propri scopi istituzionali e vogliano attivarlo sul piano processuale per dare tutela alle generazioni future e "parlare" a loro nome.

Se invece assumiamo a modello gli altri casi, nei quali si è ritenuta legittima la proposizione di un'azione giudiziaria da parte di un "gruppo" non entificato, allora la questione si fa più complessa, perché si adombra un meccanismo di soggettivazione delle generazioni future, o più sottilmente di attribuzione di diritti soggettivi a soggetti *ficti*, di cui si finge l'esistenza presente, in attesa di quella futura: un'anticipazione di tutela a vantaggio di chi non è presente ora, ma lo sarà domani.

Il richiamo alle note fenomenologie dei "diritti senza soggetto" è frequente in chi si è cimentato in questa teoria [36].

Ma con ciò non siamo ancora al punto finale. Esperienze ordinamentali questa volta molto lontane dalle nostre sono andate oltre, verso la rottura dello schema fondamentale che regge il rapporto tra l'uomo e quella natura che – una volta risorsa infinita– oggi si presenta come risorsa scarsa e a rischio. Alludo allo schema per il quale l'uomo è pur sempre soggetto e la natura è pur sempre oggetto, come tale appropriabile. La *personificazione della natura* è l'esito di un processo che capovolge quel rapporto: l'oggetto diventa soggetto attraverso un processo costitutivo che individua un substrato materiale, lo personifica, istituisce gli organi che lo rappresentano e ne stabilisce le regole di azione. Qui la personificazione eccede l'ambito limitato di un processo giurisdizionale nel quale reclamare occasionalmente un diritto, e stabilizza invece un soggetto idoneo a "parlare" in qualunque sede, con una capacità e diritti commisurati ai suoi interessi, all'interno dei quali le generazioni future restano formalmente sullo sfondo, beneficiarie della difesa che il nuovo soggetto – di solito un ecosistema – istituisce per sé stesso, ma anche per loro [37].

---

[35] Una ricostruzione puntigliosa e intelligente del caso URGENDA è data da M.W. MONTEROSSI, *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione*, cit., 83, 99 ss.

[36] R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, 149.

[37] Su queste esperienze (ad esempio, quella della Nuova Zelanda), vedi ancora M.W. MONTEROSSI, *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione*, cit., 264 ss., ove una accurata ricostruzione del procedimento costitutivo del "nuovo" soggetto, dalla dichiarazione della entità come *persona legale*, alla predisposizione dell'apparato idoneo a produrre decisioni, alla definizione delle regole formali per *agire*.



Non sempre questa prospettiva viene condivisa.

Proiettandosi in altra dimensione concettuale, qualcuno ha suggestivamente prospettato al proposito la categoria dei *diritti trans-soggettivi* [38], o dei diritti "latenti", con l'intento di marcare da altra prospettiva filosofica l'incapienza del diritto moderno, in particolare della *forma della soggettività*, nei confronti di figure/entità non ancora esistenti, o di ecosistemi che non "parlano". Ma questa volta non si tratta di negare a priori la possibilità di un orizzonte intertemporale, ma di prendere atto delle conseguenze che derivano da quelle impostazioni che tendono a far coincidere l'essere con il linguaggio [39]. Ne viene fuori un'idea – quella dell'agire in nome di tutti – che lavora non sui soggetti ma sui diritti, postulando la creazione di diritti che si affiancano ai diritti soggettivi tradizionali, ma senza riprodurne il meccanismo individualistico.

Una prospettiva complessa e tutta ancora da decifrare, a testimonianza della necessità attuale di una riflessione alla cui costruzione credo che il civilista si debba urgentemente dedicare con impegno.

Le suggestioni qui riportate vorrebbero contribuire a far crescere questa sensibilità.

[38] Ovvero "Accanto ai diritti soggettivi si collocano diritti trans-soggettivi, diritti senza padrone. Diritti il titolare dei quali non soltanto non può esercitare nel proprio interesse, ma l'esercizio dei quali si consuma all'interno stesso dell'atto di esercizio. Diritti radicalmente evenemenziali. Come le *actiones populares*, il sistema giuridico introduce agenti di contrasto (controdiritti): valenze collettive che ciascuno può attivare, ma delle quali nessuno può diventare il signore".

Così, P. FEMIA, *Il civile senso dell'autonomia*, cit., 9, dopo aver contestato che, nel caso di cui da ultimo nel testo, la soggettivazione della Natura o dei laghi o dei fiumi sia la soluzione giusta.

[39] Scrive P. FEMIA, *op. ult. cit*., 8: "Senza discorso nessun diritto, nessun soggetto. Ma le montagne non parlano come i sindacati, non sono soggetti di discorso. Le risorse naturali non parlano, e chi parla domina".

JUS CIVILE



ENRICO GABRIELLI

Professore ordinario di Diritto civile – Università di Roma "Tor Vergata"

AUTONOMIA PRIVATA E NEGOZIO GIURIDICO NEL PENSIERO DI VINCENZO SCALISI*

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. La sistematica degli interessi: gli interessi a rilevanza attuosa. – 3.* Segue. *Gli interessi a rilevanza attuosa negativa. – 4. Gli interessi a rilevanza inattuosa o programmatica. – 5. Interessi e negozio giuridico. – 6. Un percorso teorico e la sua conclusione.*

1. – Il compito che mi è strato affidato, di parlare del pensiero e dell'opera di Vincenzo (Enzo) Scalisi in materia di autonomia privata e di negozio giuridico, è assai arduo, ai limiti dell'impossibile, soprattutto nel limitato spazio di una relazione, per la ampiezza dell'impegno nella ricerca e nella riflessione che Enzo Scalisi, ha compiuto nel corso del Suo laboriosissimo e luminoso percorso scientifico.

Allievo di Angelo Falzea, e quindi accademicamente discendente da Salvatore Pugliatti, è riuscito a cogliere dei suoi due grandi predecessori alcuni profili che nel Suo pensiero si sono uniti in una sintesi concettuale e teorica di grande rilievo, che vede il suo centro di gravità nell'imprescindibile ruolo dell'ermeneutica.

Quella ermeneutica che verrà, in seguito, applicata anche al "valore della dignità", in uno degli ultimi ma significativi lavori [1], laddove espressamente l'a. scrive che il senso del diritto è "approntare la regola giuridica più appropriata (vale a dire l'effetto giuridico più 'conveniente' e 'adatto') a dare tutela agli interessi volta a volta portati dai fatti della vita. Di norma una tale regola discende dall'alto di sovraordinate e precostituite fonti di produzione giuridica, ma altre volte trae origine dal basso di fattualità naturali, economiche, sociali, dotate di forza normativa per conforme e generalizzata attuazione spontanea dei consociati si pensi alla c.d. *lex mercatoria*" [2].

In entrambi i casi, afferma VS, spetta all'interprete di cogliere e fissare la regola con specifico riferimento alla particolare e concreta situazione di interessi di cui si tratta, attraverso un'attività che non è di sussunzione o di sillogismo, ma di una "vera e propria valutazione produttiva e creativa", che è essa stessa costitutiva del *dover essere* giuridico.

La valorizzazione dell'elemento formale, che rimane sempre rilevante nel pensiero della Scuola messinese, si unisce, con la valorizzazione dell'interesse concreto sotteso ad ogni situazione da regolare. In un certo senso, riprendendo, forse, anche l'insegnamento di Rosario Nicolò, secondo cui il concetto di interesse è "un

* Relazione svolta il 28 ottobre 2022 in occasione della consegna, nell'Università di Messina, del "Premio Vincenzo Scalisi".

[1] V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018.

[2] V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, cit., 57.



prius rispetto al diritto, un dato preesistente all'ordinamento che lo prenderà più o meno in considerazione, un momento cioè dell'economia" [3].

La sostanza reale di bisogni, di aspettative, alla cui realizzazione e soddisfazione è diretto l'agire del soggetto, e di cui si compone il nucleo essenziale dell'interesse, superano il momento della sua configurazione formale, poiché gli interessi pratici che governano la vita dei singoli e dell'economia sono strettamente connessi con l'effetto giuridico, quale loro imprescindibile elemento costitutivo, al punto tale da colorare di caratteri assiologici le vicende della giuridicità.

Vicende che sono osservate e conosciute mediante una ermeneutica che guarda alla storia e al momento empirico, al bisogno concreto, per ricondurre le singole fattispecie, i singoli problemi, nel quadro dei valori che le stesse esprimono nella dimensione dell'esperienza giuridica.

Nel pensiero di VS la valutazione dell'interesse supera pertanto quella del concetto, come puro schema logico di riferimento, e sul profilo di rilevanza dell'interesse, nelle sue variegate manifestazioni strutturali, penso che si possa fermare l'attenzione per cogliere un aspetto di significativo rilievo della riflessione che VS ha dedicato alla teoria del negozio giuridico.

Profilo questo che, ad esempio, è già presente nella prima fondamentale monografia di VS, nella quale, prendendo le mosse dalla constatazione della "vasta crisi in cui si dibatte, e non da adesso, la dottrina del negozio giuridico" [4], il punto di partenza della revisione del concetto di negozio giuridico viene fissato "nella necessità di ricercare un possibile piano di intesa tra il *fatto* e il *valore* e un punto di equilibro tra l'interesse espresso dalla regola privata e l'interesse della comunità presente in ogni valutazione giuridica" [5].

Nel quadro di quella riflessione, che indaga il fenomeno negoziale attraverso il prisma del testamento, l'a., per individuare le diverse forme concludenti di revoca, distingue tra comportamenti materiali; comportamenti immateriali attuosi; comportamenti immateriali inattuosi; comportamenti omissivi [6].

Nella delineata prospettiva già emerge l'analisi strutturale della differente natura degli interessi coinvolti. Scrive VS, discutendo dei comportamenti legalmente tipizzati e della loro riconducibilità alla figura del negozio giuridico, che "prima di prendere posizione sul delicato problema, è opportuno proporsi di individuare il sistema di interessi giuridici che sta a base dei fenomeni di tipizzazione, al fine di rendersi conto del significato dei mezzi di tutela prescelti dal legislatore. È questo il dibattuto problema del fondamento dogmatico degli effetti" [7].

Problema che VS affronta risolvendolo nel senso che l'effetto giuridico, nelle ipotesi di comportamenti legalmente tipizzati, è disposto "a tutela di interessi sui quali ha direttamente e immediatamente inciso la condotta dell'agente", per cui, pur trattandosi di comportamenti immateriali, "essi rilevano nella previsione legislativa come comportamenti attuosi, per gli interessi che immediatamente sono in grado di attuare o realizzare", per cui l'inapplicabilità a quei comportamenti dello schema del negozio discende dalla irrilevanza in quei comportamenti del "momento *programmatico*, in funzione del quale negli atti negoziali gli effetti giuridici sono costituiti" [8].

Da qui il trattamento giuridico differenziato al quale soggiacciono i comportamenti legalmente tipizzati.

---

[3] NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*. I., Milano, 1962, 9.
[4] V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, 8.
[5] V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente,* cit., 14.
[6] V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, cit., 48.
[7] V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, cit., 318.
[8] V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, cit., 320.



2. – La discussione centrata sulla natura degli interessi, distaccandosi dalla teoria del comportamento di Falzea, trova una più ampia sistemazione, mediante una propria autonoma, originale elaborazione, nelle pagine sul negozio giuridico raccolte nel prezioso volume sul negozio giuridico [9], nelle quali è sempre la dimensione, anche assiologica e valoriale, dell'interesse il punto di partenza e potremmo dire, anche di arrivo, nel pensiero di VS: l'interesse domina la scena e la pervade della sua presenza costante ed immanente nelle pagine sulla autonomia privata e sulla teoria del negozio giuridico.

Quella che potremmo chiamare "la sistematica degli interessi" nel pensiero di VS viene quindi organizzata lungo due direttrici di inquadramento: gli interessi a rilevanza attuosa; gli interessi a rilevanza inattuosa o programmatica.

L'eleganza della costruzione concettuale del fenomeno, rilevato dalla dimensione del reale ed assunto in quella teorica, ne impone una attenta valutazione della singola e differente loro struttura.

Il punto di partenza del discorso che li riguarda è sempre la teoria del negozio giuridico e la dimensione dell'autonomia privata.

Scrive VS che ogni discorso sul negozio giuridico deve prendere le mosse dalla domanda se la categoria rifletta un dato reale dell'esperienza giuridica o se, al contrario, non sia una mera astrazione priva di riscontro nella realtà, cioè un "concetto astraente, senza referente nell'esperienza pratica: un paradigma logico, una mera forma metastorica" [10].

La considerazione che l'atto negoziale ha "radici ben salde nel sistema della fenomenologia comportamentistica, iscrivendosi il negozio nella categoria degli atti programmatici", vale a dire a quei comportamenti che si concretizzano ed esauriscono nel porre in evidenza l'interesse e nel prospettarne il relativo programma realizzativo, apre l'indagine per individuare la "negozialità", nel senso della sua natura "assiologico-pratica" [11].

In questa linea di ricerca si staglia con immediatezza, nella pagina di VS, la visione dell'interesse come "radice di tutto il diritto", poiché l'interesse "fissa l'ambito di rilevanza e il significato stesso del fatto nel diritto" e dato che la sua considerazione è prioritaria e preminente, si tratta di analizzare la sua giuridica realizzazione, come primo momento di ogni analisi dell'esperienza giuridica.

Il risultato di tale indagine è che "esistono interessi e valori che non vengono e non possono venire in considerazione per il diritto se non in quanto abbiano già trovato in fatto compiuta e integrale realizzazione" [12].

Dallo scrutinio delle varie ipotesi che la realtà ci presenta emergono situazioni in cui non solo la mera enunciazione dell'interesse non assume alcun valore giuridico per ricollegare agli stessi i corrispondenti effetti, ma il diritto interviene solo ad avvenuta e compiuta realizzazione dell'interesse medesimo, così che si limita a tradurre sul piano giuridico, e con effetti di tipo meramente conservativo, un risultato pratico, già di fatto pienamente e integralmente attuato.

Si può pertanto definire "a rilevanza attuosa", quel tipo di interesse che ha un rilievo giuridico interamente subordinato alla sua preventiva ed effettiva realizzazione [13].

Rispetto al processo di realizzazione di tali interessi la figura del negozio giuridico, nel pensiero di VS, rimane però "del tutto estranea", poiché il negozio è in ogni caso un atto che, di per se stesso, non è in grado di fornire una realizzazione di interessi immediata e attuale.

---

[9] V. Scalisi, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998.
[10] V. Scalisi, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, cit., 43.
[11] V. Scalisi, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, cit., 44.
[12] V. Scalisi, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, cit., 44.
[13] V. Scalisi, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, cit., 46.



Da qui la sostanziale equazione logica secondo cui "laddove si è in presenza di interessi a rilevanza attuosa deve escludersi l'esistenza del negozio" [14].

I comportamenti attuosi danno quindi luogo ad una distinta ed autonoma categoria di "atti non negoziali", che, in quanto vengono in considerazione a processo interamente concluso, si manifestano come "comportamenti dotati di immediata e attuale forza incisiva e come tale in grado di causare una realizzazione altrettanto immediata ed attuale" di tali interessi.

La loro manifestazione avviene, ovviamente, mediante la stessa materialità del loro porsi, ovvero attraverso atteggiamenti significanti (di tipo manifestativo in senso stretto, o dichiarativo in senso proprio) in tutti quei casi in cui, se l'interesse toccato dal comportamento appartiene alla sfera dell'immaterialità, la attuazione e realizzazione di quell'interesse avviene mediante il significato reso manifesto dal comportamento, in ragione della diretta ed effettiva incidenza che quel comportamento è in grado di esplicare sulla realtà materiale sulla quale si trova ad incidere.

L'enucleazione e l'inquadramento di tali interessi non sarebbe smentita neppure dalla discussa categoria dei negozi di attuazione, dato che – a prescindere dalla sua ammissibilità – l'interesse che sarebbe a base delle singole figure negoziali alla stessa, semmai, riconducibili, non è mai un interesse a rilevanza attuosa, dato che il medesimo interesse può essere perseguito attraverso fattispecie perfettamente parallele ma di tipo dichiarativo, come accade ad esempio con le ipotesi di cui agli artt. 1327 e 1444 cod. civ.

In questi casi, infatti, secondo VS, quello che trova realizzazione nei negozi di attuazione è "uno stato di fatto corrispondente a determinati effetti giuridici", per cui l'attuazione è propriamente "esecuzione" e come tale si colloca sul piano dell'efficacia strumentale, quindi ad un livello diverso da quello che è il piano del fatto giuridico come causa di effetti giuridici. Nelle ipotesi considerate quali negozi di attuazione (ad es. art. 1444 e 1327 cod. civ.) il profilo della "attuazione-esecuzione" assume anche una funzione manifestativa in senso proprio, come valore di comportamento significante di un determinato intento e del corrispondente interesse. Con la conseguenza che tale aspetto avrebbe generato l'equivoco di essere essi negozi immediatamente e direttamente realizzativi di interessi, laddove si tratta invece di fattispecie negoziali di tipo "manifestativo in senso proprio" [15].

3. – La figura del negozio giuridico è incompatibile, secondo VS, anche con la categoria degli interessi a rilevanza attuosa negativa, vale a dire con quegli "interessi appartenenti anch'essi alla realtà materiale di persone e cose oppure a quella immateriale (…), la cui rilevanza, ai fini della predisposizione da parte del diritto di adeguati interventi di reintegrazione della situazione d'interessi violata, presuppone necessariamente che la lesione medesima abbia già trovato concreta, effettiva, immediata e attuale realizzazione mediante il compimento di comportamenti materiali o anche significanti di tipo manifestativo oppure dichiarativo" [16].

Si tratta di situazioni in cui si assiste ad illeciti sia contro le cose, sia contro le persone, ovvero a fattispecie che attengono alla lesione di beni immateriali, quali l'identità personale, la privacy, l'onore, la reputazione, la vita di relazione, laddove l'interesse colpito e leso è sempre un interesse a rilevanza attuosa, dato che la reazione dell'ordinamento giuridico è subordinata al presupposto che la lesione abbia i caratteri dell'immediatezza e della attualità, così che anche i comportamenti illeciti – siano essi meramente materiali, siano

[14] V. Scalisi, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, cit., 46.
[15] V. Scalisi, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, cit., 48.
[16] V. Scalisi, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, cit., 48-49.



essi comportamenti significanti di tipo manifestativo in senso stretto o simbolico, che incidono negativamente su tali interessi – sono da qualificare attuosi, poiché anche nel caso di interessi immateriali la lesione che essi producono è sempre il risultato del significato reso manifesto dal comportamento illecito.

Il negozio – così come si è visto accadere per gli interessi a rilevanza attuosa positiva – rimane ad essi estraneo, poiché non è in grado, anche in queste ipotesi, di produrre una lesione immediata e diretta di interessi.

Il negozio, infatti, nella visione di VS, tanto non è in grado di produrre una immediata e diretta realizzazione, quanto non è in grado di produrre una immediata e diretta lesione di interessi.

L'atto di autonomia, infatti, quale manifestazione di un intento, cioè di una tensione della volontà verso il conseguimento di un risultato pratico, e quale proiezione verso il futuro di un determinato assetto di interessi da regolare, non è dotato di una immediata e attuale forza lesiva di interessi giuridici. E ciò, anche a prescindere dall'esistenza di una apposita regolamentazione dell'illiceità negoziale, la quale è solo in funzione della sua mera enunciazione e prospettazione programmatica; tanto ciò è vero che, secondo VS, la reazione dell'ordinamento di fronte alla nullità non si concretizza nella rimozione di un effetto già prodotto, quanto, invece, nel disconoscimento di una regolamento di interessi al quale non viene consentito di produrre gli effetti voluti, al fine di impedire che quell'assetto illecito possa attuarsi.

Gli interessi cc.dd. a rilevanza attuosa, sia essa positiva (mediante la loro realizzazione), sia essa negativa (mediante la loro efficacia lesiva), sono quindi incompatibili rispetto al negozio giuridico, così che secondo VS il fondamento assiologico-pratico della figura va ricercato in altra direzione.

4. – Rileva, infatti, VS che, accanto agli interessi a rilevanza inattuosa, esiste una vasta tipologia di interessi e scopi pratici che sia sul piano quantitativo, sia su quello qualitativo, assume una ben più ampia e significativa consistenza, per i quali però è necessario l'intervento preventivo e qualificativo dell'ordinamento, senza del quale i privati non sarebbero in grado di realizzarli [17].

Ne offrono esemplificazione, tra i molti, l'interesse traslativo nei contratti ad effetti reali (1376 cod. civ.); quello al godimento del bene in alcuni contratti di utilizzazione di cose; quello a rimuovere l'incertezza sulle situazioni controverse; quello nei contratti di assicurazione e in quelli di garanzia, e così via dicendo. Con la conclusione secondo cui, non solo tutte le situazioni che coinvolgono interessi di natura contrattuale soggiacciono al medesimo principio realizzativo, ma vi rientrano anche quelle in cui l'interesse è alla base dei negozi di diritto famigliare, dell'atto di ultima volontà, delle promesse dei negozi unilaterali.

Sicché risulta che nella realtà sociale la realizzazione dell'interesse non dipende dalla diretta ed immediata attività dei soggetti, ma unicamente dal diritto, il quale "previa valutazione di compatibilità e meritevolezza della situazione di interesse", è in grado di procurare l'integrale e compiuta realizzazione di quel fine pratico, che l'autore o gli autori dell'atto volevano realizzare, "mediante la messa a disposizione di corrispondenti effetti finali (e diretti) o anche soltanto strumentali" che richiedono in quanto tali di porre in essere corrispondenti attività esecutive [18].

La concreta realizzazione dell'interesse, però, avviene in maniera differente tra i primi e i secondi tipi di effetti: in quelli ad efficacia finale, la semplice produzione dell'effetto è sufficiente per realizzare l'interesse perseguito, poiché tra il mutamento giuridico e la modificazione puramente ideale della realtà vi è un rapporto diretto.

[17] V. Scalisi, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, cit., 52.
[18] V. Scalisi, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, cit., 53.



In quelli ad efficacia strumentale, invece, il mutamento necessita di una successiva attività dei soggetti per la realizzazione dell'interesse perseguito, che viene valutata dall'ordinamento (come necessaria, o come dovuta o come possibile) "a seconda che l'effetto giuridico consista nella modalità assiologica del dovere di agire o in quella alternativa del potere di azione" [19].

Sul piano della configurazione della natura e del tipo di interesse, la differenza è netta: nella situazione in cui la rilevanza è inattuosa "l'effetto segue immediatamente il costituirsi dell'interesse e precede di un tempo reale l'attività realizzativa dei soggetti", la quale "si trova già indicata e prefigurata nell'effetto a livello potenziale e prospettico di modalità assiologica" e sulla base di tale presupposto si produce l'attuazione dell'interesse. E sebbene anche negli interessi a rilevanza attuosa sia l'azione dei soggetti che assicura la integrale realizzazione della situazione di interesse, la differenza con la categoria degli interessi a "rilevanza attuosa" risulta evidente, poiché solo in quelli a rilevanza inattuosa l'attività di realizzazione dell'effetto richiede il preventivo vaglio normativo, il quale si pone "quale mera traduzione in fatto della correlativa componente materiale dell'effetto" [20].

La valutazione dell'ordinamento, e la necessità di una previsione effettuale, del resto, per questo tipo di interessi si basa su un duplice fondamento: sulla preventiva verifica della loro effettiva venuta ad esistenza e sulla circostanza che l'interesse si sia formato e costituito; sulla valutazione – in chiave assiologica – anche di tutti gli altri interessi giuridici interferenti o concorrenti con quello oggetto di considerazione.

Negli interessi a rilevanza attuosa, la valutazione dell'ordinamento si appunta dunque sulla realizzazione o lesione di un interesse già intervenuta; in quelli a rilevanza inattuosa, invece, affinché l'interesse sia considerato meritevole di tutela e di realizzazione, mediante l'attribuzione degli effetti desiderati, è necessario sia il controllo "assiologico omnicomprensivo" (p. 55), sia il rispetto di determinate e definite condizioni e direttive sia formali, sia sostanziali.

Il processo di qualificazione dell'interesse, quindi, si svolge secondo uno schema "triadico", dove l'effetto rappresenta la situazione "satisfattiva" finale; l'interesse la situazione "esigenziale" iniziale; la fase intermedia il necessario momento logico che, collegando le due situazioni (iniziale e finale), definisce e determina la natura e l'essenza del mutamento giuridico.

Il momento intermedio ha pertanto un valore prevalentemente assiologico-pratico, poiché svolge una funzione di mediazione nel passaggio dall'una all'altra situazione, fissando nelle forme di legge il complessivo assetto di interessi perseguiti dalle parti.

L'interesse però non può rimanere a livello di mera enunciazione di esigenze pratiche, ma deve inquadrarsi e collocarsi all'interno di un preciso "programma pratico di azione", che prefiguri e prospetti con chiarezza gli elementi essenziali e il contenuto sostanziale del mutamento pratico che si vuole conseguire, quale presupposto del mutamento giuridico corrispondente.

Il "programma", definendo l'assetto strutturale e funzionale dell'interesse, nonché sia i modi e i mezzi della sua realizzazione, sia i necessari presupposti di rilevanza ed efficacia, rende pertanto possibile quel passaggio tra l'interesse, considerato nella sua dimensione pratica e sociale, alla realizzazione dei suoi effetti nella realtà giuridica.

Nella struttura programmatica dell'interesse inattuoso, si concretizza allora la sua natura e la sua differenza rispetto a quelli a rilevanza attuosa o diretta, i quali sono suscettibili di immediata e attuale realizzazione non contemplando alcun momento programmatico [21].

---

[19] V. Scalisi, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, cit., 53.
[20] V. Scalisi, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, cit., 54.
[21] V. Scalisi, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, cit., 58.



Interesse e programma trovano però il loro punto di riconoscibilità attraverso la categoria del comportamento significante che svolge un insostituibile ruolo di mediazione nel processo di realizzazione degli interessi giuridici e la cui funzione consiste nella rappresentazione al diritto dell'interesse pratico perseguito, unita alla previsione di corrispondenti modelli realizzativi di condotta [22]. Tali comportamenti, aventi una propria connotazione e conformazione pratica e normativa, danno luogo ai negozi giuridici. Con l'avvertenza che quel comportamento, qualificabile come negozio giuridico, è tale in ragione della particolare natura dell'interesse pratico che vuole realizzare e del modo attraverso il quale esso giuridicamente si realizza.

In tal modo, nella costruzione di VS, si opera una perfetta saldatura tra la natura degli interessi diretti a realizzare risultati pratici e lo schema concettuale del negozio giuridico.

5. – È dunque evidente come alla base della riflessione si pone, nella lezione di VS, la considerazione della sostanza reale degli interessi in conflitto e da regolare, secondo una legge costante di ogni vicenda connessa alla dinamica degli effetti e dell'efficacia giuridica, che è quella del principio di convenienza dell'effetto al fatto [23].

Interessi per i quali è evidente che la considerazione dell'atto di autonomia limitata al suo intrinseco contenuto si rivela insufficiente, dovendosi apprezzare, nella sua unitarietà e complessità, l'intera operazione economica nella quale il negozio e il contratto si inserisce, al di là del suo mero schema formale.

In tal senso è fondamentale anche l'affermazione di VS secondo cui è necessario guardare il regolamento negoziale da quello che assai efficacemente è stato definito "il c.d. *punto di vista esterno* al contratto, ossia la *situazione complessiva,* della quale il singolo contratto è diretta esplicazione o nel cui contesto lo stesso è destinato a interagire", poiché tale situazione "ha valore *costitutivo*, non soltanto ermeneutico, dell'assetto regolamentare del contratto" [24].

Così che secondo VS il «negozio è la complessiva operazione risultante dalla confluenza di tre distinti ma concorrenti elementi: un interesse a rilevanza inattuosa, un programma pratico di azioni dirette alla sua realizzazione, una situazione finale rappresentata da corrispondenti effetti intesi a procurare l'attuazione giuridica dell'interesse. I primi due elementi integrano il momento sostanziale del fenomeno e il terzo il necessario e ineliminabile momento formale" [25].

6. – Il percorso attento all'analisi della conformazione dell'interesse, nelle sue variegate connotazioni, iniziato da VS con lo studio sulla revoca del testamento si compie e si conclude, dunque, nei saggi sul negozio giuridico, laddove si pone in evidenza che la negozialità "altro non è che una peculiare modalità del processo di realizzazione giuridica degli interessi, è più precisamente la forma teorica e organizzativa di una intera categoria di interessi umani, quella degli interessi a rilevanza inattuosa o programmatica, una dimensione – come tale – della giuridicità assolutamente reale e praticamente fondata. E si tratta di una dimensione comune al contratto come alle promesse, al matrimonio come al testamento e in genere a tutti quegli atti, nei

[22] V. Scalisi, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, cit., 60-61.

[23] V. Scalisi, *Contratto e regolamento nel piano di azione delle nullità di protezione,* in *Riv. dir. civ*., 2005, I, 488.

[24] V. Scalisi, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in G. Vettori, *Remedies in contract: the common rules for a European law*, Padova, 2008, 243.

[25] V. Scalisi, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, cit., 62.



quali la realizzazione di interessi e valori non solo è opera esclusiva del diritto, ma si colloca anche in una fase – rappresentata dalla produzione degli effetti – necessariamente successiva a quella della preventiva enunciazione programmatica di interessi e regole operata dai soggetti" [26].

Le conseguenze di tale impostazione sono di grande momento, anche se hanno formato oggetto di discussione critica in dottrina, da chi ha osservato che in quella ricostruzione il negozio avrebbe una funzione meramente dichiarativa o rappresentativa, laddove la funzione prescrittiva apparterrebbe allo Stato, il quale, dopo aver sottoposto il negozio al controllo di meritevolezza e di validità, sarebbe in grado di assicurare a quell'assetto di interessi l'efficacia, con la conseguenza che questa costruzione, convincente sul piano della razionalità della storia, sarebbe meno persuasiva sul terreno della sintassi dei significati e nella riduzione della regola al fatto [27].

In realtà, questa rappresentazione del pensiero di VS a me pare, a sua volta, riduttiva della ricchezza di sfumature logico-concettuali attraverso le quali VS propone la sua configurazione teorica del negozio.

Laddove VS dopo aver recuperato il negozio alla sua dimensione non solo pratico-organizzativa degli interessi, ma soprattutto assiologica degli effetti di volta in volta perseguiti mediante la realizzazione dell'interesse programmato, lo colloca "tra l'interesse e la sua realizzazione", lo individua "nella sua reale funzione prospettica e progettuale", lo restituisce "alla sua effettiva dimensione assiologico-pratica di fatto" per giustamente inquadrarlo nel sistema della fenomenologia giuridica, sia come espressione di una sintesi organizzativa, sia come " costante assiologica modale propria del processo di realizzazione di una intera classe di interessi umani".

Così che VS – a conferma della utilità della categoria negoziale – conclude nel senso che "anche il negozio concorre alla strategia del cambiamento ed è strumento di partecipazione dell'uomo alle trasformazioni del mondo reale. In quanto tale il negozio va ancora difeso quale espressione della libertà e possibile mezzo di esplicazione della stessa persona umana" [28].

Nella pagina finale sulla teoria del negozio giuridico, allora, troviamo il punto di arrivo di quella ricerca di "un possibile piano di intesa tra il *fatto* e il *valore* e un punto di equilibro tra l'interesse espresso dalla regola privata e l'interesse della comunità presente in ogni valutazione giuridica" che segnava le pagine iniziali dello studio sulla revoca del testamento. A testimonianza di un programma di lavoro, impostato per una vita di studio e di ricerca, felicemente assolto e con grande maestria portato a coerente conclusione.

Un esito che il destino riserva, e concede di poter realizzare, solo ai grandi maestri del diritto.

[26] V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, cit., 62.
[27] MAZZAMUTO, *Ricordo di Vincenzo Scalisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 104.
[28] V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, cit., 69 ss.

JUS CIVILE



GIUSEPPE VETTORI

Professore emerito – Università degli Studi di Firenze

VERITÀ E DIGNITÀ NEL PENSIERO DI VINCENZO SCALISI*

SOMMARIO: *1. L'ermeneutica. – 2. Il dovere di verità. – 3. La dignità.*

Il pensiero di Vincenzo Scalisi ha dominato la Scienza giuridica a cavallo di due secoli e si è misurato nel corso di decenni con ogni aspetto del diritto privato nazionale ed europeo. Con un tratto comune negli ultimi anni: la riflessione sul compito dell'interprete chiamato a dare risposta, oggi più di sempre, ad un interrogativo: come individuare la regola giuridica più adatta ad ogni caso della vita che reclama giustizia. Con questa domanda inizia un suo saggio recente e la risposta negli ultimi scritti si sofferma su tre parole: ermeneutica, verità e dignità [1]. Su di esse dirò qualcosa. In breve.

1. – L'ermeneutica è una metodica di tutte le scienze umane e sociali. Che cosa accade nella dimensione giuridica fra gi anni '50 e '70 del '900 è noto.

Il saggio di Hart del 1958 [2] consolida la separazione fra diritto e morale con un paradigma che resterà dominante per decenni. Solo Dworkin [3], il suo successore sulla cattedra di Oxford, inizia negli anni '70, con altrettanto seguito, a porre in discussione quell'impianto formale, riflettendo su Principi, non "definiti da un test normativo ma da una conformità ad un'ideale di giustizia" [4].

L'ermeneutica ha un ruolo fondamentale nei decenni successivi nel fissare alcuni criteri forti.

Il vincolo della legge è un cardine del sistema, ma deve essere riformulato e attualizzato. "il dover essere e l'essere vengono posti sullo stesso piano" perché la norma e il caso concreto non restano immutati ma si fondono e si adattano. Il legislatore e la giurisprudenza lavorano, in modo diverso, ai processi di formazione del diritto, non fosse altro perché la legge "deve esse posta ma per avere efficacia ha bisogno di applicazione

* Lo scritto riproduce la relazione svolta a Messina nell'incontro organizzato dal Prof. Mario Trimarchi il 28 ottobre 2022 con alcune integrazioni e il richiamo di altre pubblicazioni dell'autore, talvolta trascritte letteralmente.

[1] V. SCALISI, *Per una ermeneutica giuridica 'veritativa' orientata a giustizia*, in Riv. dir. civ., 2014, 6, 1249 ss., ID. *L'ermeneutica della dignità*, Giuffrè Lefebvre, Milano, 2018.

[2] Hart, H.L. HART, *Il concetto di diritto*, (1961), Torino, Einaudi, 2002. A. SCHIAVELLO, V. VELLUZZI (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia,* Torino, Giappichelli, 2005, 207 ss.

[3] R. DWORKIN, Sul punto, almeno, R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio,* (1977) Bologna, il Mulino 2010 e G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 4-79.

[4] G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*., il Mulino, Bologna, 2022, 7-10.



e, a sua volta, per essere applicata ha bisogno di essere compresa", tramite l'osservazione del contesto sociale, la ricerca della piena effettività delle fonti e l'orientamento della buona dogmatica [5].

Vincenzo Scalisi ripercorre le diverse visioni [6]. È consapevole che il nuovo ruolo dell'interprete può condurre ad una deriva soggettivistica che il diritto non può accettare. Sa bene che il testo non è un limite perché solo con l'interpretazione assume un senso compiuto e dunque non è un freno all'arbitrio. Si convince che 'il circolo ermeneutico', per funzionare, esige l'adesione ad una prospettiva ontologica. e indica come unico criterio forte e concreto un percorso veritativo.

E sul dovere di verità le conclusioni del Maestro sono incalzanti.

2. – La complessità in cui siamo immersi non può essere eliminata o ridotta entro schemi rigidi. All'unità del moderno subentrano, con una forza via via travolgente, la diversità e il molteplice. Il formalismo estremo e lo storicismo che esalta il quotidiano come l'unico mondo possibile sono entrambi da respingere. Dopo l'immersione nei fatti se ne deve prendere la distanza per rimanere vigili custodi di un dovere di verità, appunto, che può radicare stabilmente il dovere essere nell'essere.

Si tratta di capire come.

Angelo Falzea [7] parla di adattabilità necessaria degli effetti al fatto, Salvatore Pugliatti di un dover essere fuso nel fatto [8]. Bobbio e Perelmann delle 'verità al plurale' soggette a continue revisioni, grazie alle buone ragioni, senza le quali non resta che la violenza [9]. La retorica esalta il ruolo del convincere e del persuadere ma il diritto richiede scelte ove la verità non si discute [10]. Si fa. Una verità che il diritto cerca e crea come nella confessione e nel giudicato, forme veritative, appunto, create dal codice civile e dal codice di procedura civile [11]. Ma si può andare oltre.

Un dovere di verità esiste per legge a carico di tutti i soggetti del processo.

La parte non può sostenere il falso e il suo avvocato non lo può avvallare ed anzi è vincolato ad un dovere di verità sancito dall'art. 50 del codice deontologico che ha un preciso significato.

Il difensore non deve alterare la verità processuale che si forma attraverso precise norme e decadenze a tutela della parità delle parti e del buon funzionamento del processo, come nel caso del deposito dei documenti o della deduzione delle prove. Il mancato rispetto di tali regole lo espone ad una sanzione disciplinare.

---

[5] F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999, 161 ss.

[6] V. SCALISI, *Fonti-Teoria.Metodo. Alla ricerca della regola giuridica nell'epoca del postmodernità*, Milano Giuffrè, 2012, ID. Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno, Milano, Giuffrè, 2005, ID., Per un'ermeneutica giuridica 'veritativa' orientata a giustizia, in *Riv. dir. civ*., 2014, 1249.

[7] A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*. II. *Dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1997, 62.

[8] S. Pugliatti, *Per un convegno di diritto cosmico* (1961), in *Scritti giuridici*, VI, Milano, Giuffrè, 2012, 44.

[9] C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, trattato dell'argomentazione. La nuova retorica. Con prefazione di N. Bobbio, Einaudi, Torino, 1966, in part. XVII della prefazione di Bobbio.

[10] G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza*, cit.75: "L'etica della solidarietà passa per l'etica della comprensione. Che porta il discorso verso l'ermeneutica. Non un ermeneutica che conduca inevitabilmente al nihilismo, più o meno intensamente colorato, ma un ermeneutica aperta a un gesto fondativo. Conformato sulla funzione del diritto civile, sulla sua storia, sulla sua vocazione, sulla missione del giurista che, nel misurarsi con i grandi problemi del nostro tempo, sia all'altezza di quel gesto".

[11] G. BENEDETTI, ult. cit.



Il giudice deve costruire il fatto rilevante nella causa dopo aver ascoltato la narrazione delle parti [12]. E poi decidere. Tutto ciò deve avvenire nel rispetto di norme inderogabili, del dovere di disciplina (art.54 della Costituzione) e dell'etica professionale. In mancanza la sentenza è viziata e il contegno di chi giudica è censurabile.

Ma la verità non è assicurata solo dal rispetto di norme. Nel diritto "essa altro non è che la sua giustizia". La quale si realizza, secondo Scalisi, quando l'interprete è in grado di esprimere "la regola adatta e conveniente, appropriata e congrua al caso della vita, quale scopo ultimo del procedimento ermeneutico e criterio ordinatore di tutto il dovere essere" Reso evidente e fatto palese dal tipo e dallo stile di vita della comunità "osservata dall'interprete" [13].

Sicché "occorre ancorare saldamente l'intero procedimento ermeneutico a una concezione integrale della giuridicità. Comprensiva oltre che del dato positivo anche del dovere essere portato dai fatti e da quello che scorre nella vita della società" [14].

Solo un esempio.

Stiamo vivendo una nuova rivoluzione antropologica. Oggi la vita e le azioni di ogni giorno devono confrontarsi con le macchine, gli algoritmi, la profilazione dei nostri dati personali da parte dei media e delle piattaforme.

La ricerca di regole adatte appropriate e convenienti al fatto coinvolge tutte le fonti e i formanti: la legge nazionale, il Regolamento UE del 2016, la disciplina del consumo e della concorrenza. Le corti nazionali e la Corte di Giustizia sono impegnate in due delicate operazioni: assicurare la piena effettività dei rimedi con una sinergia forte fra Regole e Principi di diversa provenienza, potenziare le situazioni soggettive anche attraverso forme di tutela collettiva per 'diritti individuali omogenei' o 'interessi superindividuali verso un bene" da tutelare in modo nuovo e diverso dal passato. Alla ricerca, in ogni caso di tutele e strumenti nuovi e più adeguati al problema da risolvere.

3. – Il principio è concepito e attraversa ogni cultura, dal pensiero cristiano, alla teoria laica, classica e rinascimentale, sino al giusnaturalismo. Incontra un ostacolo nella modernità giuridica delle prime Carte del '700 ove domina il concetto di libertà ed eguaglianza formale, astratta "dalle reali e concrete necessità della vita".

Ottiene una precisa rilevanza giuridica, dopo la seconda guerra mondiale nella Carte internazionali del 1945 e 1948 e poi nella costituzione italiana e tedesca. Promuove una vera rivoluzione "capace di sancire la definitiva ascesa della persona a valore di vertice del nuovo ordine mondiale. Un "argine al ripetersi di quegli errori che la modernità non seppe" evitare e soprattutto "un'ancora di salvataggio dell'umanità di fronte alle insidie e alle nuove sfide della postmodernità": dall'"aggressività del mercato", allo "sviluppo tecnologico sempre meno controllabile", sino al "relativismo etico e al politeismo di valori", in "uno stile di vita anch'esso nuovo e diverso", scandito da precarietà ed incertezza [15].

Insomma "il principio di dignità vuol essere fondativo di un ordine giuridico nuovo" dal quale "attingere il finale criterio di legittimità di ogni manifestazione dell'agire privato, di ogni iniziativa dei pubblici poteri,

[12] M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 74ss.
[13] V. SCALISI, *Per una ermeneutica giuridica 'veritativa' orientata a giustizia*, cit. 1250 ss.
[14] V. SCALISI, ult. cit.
[15] V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, Giuffrè, 2018.



di ogni esito interpretativo dello stesso diritto positivo": "una nuova religione civile europea" accolta dalla Convenzione di Oviedo, dalla Carta di Nizza e dai Trattati" e resa operativa da alcune pronunzie della Corte di Giustizia e dalla Corte di Strasburgo [16].

Ma il nostro autore avverte subito il lettore. "Occorre definire contenuto ed essenza del principio" per scongiurare ogni possibile 'infatuazione' e per respingere chi lo qualifica come frutto di un "pensiero negativo", un "espressione liturgica", o "scatola vuota" inutile e manipolabile. Sicché non è sufficiente per fugare questi giudizi demolitori né il richiamo concreto alla storicità di ogni interpretazione e al valore provvisorio e relativo di ogni verità, né i molti elogi [17], perché in un caso e nell'altro non si precisa a sufficienza la "consistenza ontologica " [18] dell'idea che per molti resta "uno strumento di un inammissibile superiore ordine morale [19], messo in luce da alcuni casi famosi [20].

Da qui un chiarimento e l'inizio di un limpido discorso giuridico: la dignità ha carattere "storico e relativo", è "una nozione *in progress"* continuamente "*in fieri"* come "insieme di natura e cultura", e va preso "in seria considerazione" fissando "il suo contenuto" e il suo "vero significato", con grande attenzione alle sue modalità attuative e alla possibilità di rendere effettiva la sua proclamazione normativa.

Occorre muovere dall'idea di un diritto come sottosistema normativo del più generale sistema culturale di una comunità basata sui valori della "civiltà occidentale", espressa in sistemi integrati nell'ordinamento comunitario per effetto del principio di effettività e del "valore apicale della persona umana". Intesa come "rilevanza giuridica delle diverse esigenze, bisogni, interessi dell'essere umano (storico-reale)" che sceglie il proprio stile di vita, non contrastante con norme positive e con "il miglior tipo di esistenza realmente possibile e realizzabile" [21] da quel tipo di giuridicità.

Insomma la dignità, secondo Scalisi, presidia e attua "il principio personalista enunciato da un sistema normativo continuamente aggiornato e vivificato dall'ordinamento della vita sociale", tramite "la predisposizione di appositi dispositivi tecnici intesi ad assicurare effettiva tutela realizzativa al valore fondamentale che per ciascun essere vivente rappresenta il proprio *tipo* e *stile* di esistenza".

Il che comporta superare la forma preliminare della *rilevanza giuridica* con "misure e strumenti di tutela propri dell'*efficacia giuridica"* e quindi "destinati a garantire la piena e integrale attuazione, tramite gli effetti, "dei diritti inviolabili e doveri inderogabili". Così se il principio personalista è "la sintesi omnicomprensiva di tutti i possibili interessi giuridicamente rilevanti dell'essere (storico-reale) della persona", il principio di dignità è "la sintesi omnicomprensiva di tutti i possibili effetti giuridici, intesi a tradurre, sul piano del *dover essere* giuridico e delle corrispondenti modalità attuative, *l'essere* (storico reale) di ogni soggetto.

Si può dire così che la persona è la sostanza mentre la dignità (quale complesso di diritti e doveri ad essa finalizzati) rappresenta la sua forma intrinseca di tutela" [22].

Dunque il discorso giuridico si costruisce su due riferimenti chiari: l'*essere* della persona e il *dover essere* della dignità che non è un presupposto morale o metafisico, ma un "concetto normativo" che da un lato ga-

---

[16] V. Scalisi, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, cit., 4-15 ove si trova un'ampia bibliografia.

[17] M. Fabre-Magnan, *La dignité en droit: un axiom,* in *Revue interdisciplinaire d'étude juridiques*, 2007, 1 ss.

[18] V. Scalisi, *L'ermeneutica della dignità*, cit. 19.

[19] G. Piepoli, *Dignità e autonomia privata*, in *Pol. Dir*., 2003, 60 e in senso critico S. Rodotà, *la rivoluzione della dignità*, cit. 27 ss.

[20] A. Massarenti, *Il lancio del nano e altri esercizi di filosofia minima*, Parma, Guanda, 2006, 7 ss.

[21] V. Scalisi, cit. 24 e il riferimento a A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, Giuffrè. Milano, 2008, 385 ss., 389 ss., 436 ss.

[22] V. Scalisi, cit. 26.



rantisce l'unità della persona "nella sua storica e irripetibile individualità", e dall'altro "modella e misura la tutela giuridica". Come ogni concetto indeterminato o concetto valvola che consente all'interprete. in questo caso, di realizzare l'integrale sfera soggettiva [23] nel rispetto "un necessario processo di equilibrio e di sintesi tra autodeterminazione ed eterodeterminazione" [24] del singolo.

Resta da precisare come possa costruirsi un coerente statuto della Dignità e quale sia il suo valore ermeneutico. È certo che essa esprime normativamente l'indivisibilità dei diritti fondamentali e di nuove situazioni soggettive della persona [25]e che instaura un "collegamento inscindibile con i doveri, giocandosi tutto sul piano della effettività della tutela realizzata "non da un improvvisato demiurgo quanto dall'impegno di tutti i protagonisti dell'esperienza giuridica nei rispettivi ruoli di competenza" [26]. Sicché l'ermeneutica è un dato essenziale del suo statuto. Ed è chiaro perché.

Il diritto deve approntare la "regola giuridica più appropriata" [27] e dunque l'effetto "più conveniente e adatto" a dar tutela e risposta ad ogni problema di vita [28]. La regola può discendere dall'alto o "trarre origine dal basso di fattualità naturali ed economiche, sociali dotate di forza normativa per conforme e generalizzata attuazione spontanea dei consociati" [29]. In entrambi i casi spetta all'interprete "fissare la regola" tramite una "propria valutazione produttiva e creativa, costitutiva essa medesima del dover essere giuridico" [30]. Si tratta di limitare e rendere prevedibile questa funzione essenziale ed questo è il problema di oggi, avvertito da tutti.

Il nostro autore indica una serie di modalità: una "rigorosa metodica di principi, canoni, criteri e moduli valutativi verificabili", un "dovere della verità, inteso come dovere di ricerca della regola 'giusta', ossia della regola più "conveniente e adatta" insita nel principio "di convenienza e adattabilità dell'effetto al fatto". Una giuridicità espressa dai precedenti tramandabili (dal diritto vivente alla legalità sociale originaria) [31]. Il collegamento scontato fra idea di giustizia e principio di dignità [32] e soprattutto la capacità del principio di governare "il procedimento ermeneutico" in base ad una serie di dati.

Il carattere di "architrave dell'intero catalogo dei diritti fondamentali", non espressione di una tirannia assiologica ma capace anzi, come pochi altri, di isolare la persona umana "non come parte di una moltitudine, ma nella sua unicità" [33],difesa molto bene dalle sentenze della Corte costituzionale [34], della Corte di Cassazione (in tema di mutazione di sesso 20.7.2015, n.15138 e di parto anonimo 25.1.2017 n.1946) e dalle Cori europee.

La conclusione è netta: solo il principio di dignità, reso pienamente effettivo, può "costituire un sicuro criterio ermeneutico di governo della complessità giuridica di ogni ordine e grado, a partire dal sistema delle

---

[23] V. Scalisi, cit. 31.

[24] V. Scalisi, cit., 40.

[25] V. Scalisi, cit. 50.

[26] V. Scalisi, cit., 52.

[27] V. Scalisi, cit., 58.

[28] A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, 456.

[29] P. Grossi, *Ritorno al Diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015, 33 ss.

[30] V. Scalisi, cit., 58 e la lunga nota 3 con una citazione amplissima di autori e opere fondamentali nella cultura del '900 giuridico.

[31] V. Hassemer, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2007, 65, G. Piepoli, *Teoria della dignità e ordinamento della società secolare europea*, in *Riv. crit. dir. priv.,* 2007, 26. V. Scalisi, cit. 60.

[32] M.C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Il Mulino, Bologna, 2012.

[33] W. Hassemer, cit. 57 ss.

[34] G. Zagrebelsky, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007; V. Scalisi, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio "personalista" in Italia e nell'Unione europea* (2010) ora in Id., *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della "regola giuridica" nell'epoca della postmodernità*, Giuffrè, Milano, 2012, 399 ss.



fonti", come presupposto di legittimità delle regole, "in funzione conformativa di ogni criterio normativo" [35] e come "istanza assiologica suprema di controllo dell'ordinamento positivo" [36].

Insomma un'efficace bussola in un nuovo ordine giuridico europeo e un paradigma umanistico capace di orientare nelle incertezze della postmodernità, nel politeismo dei valori senza cedere ad un "decantato quanto controverso postumanesimo [37]. In ogni settore della vita dal suo inizio alla fine per costruire una soggettività giuridica di tipo nuovo, "sollecitando la costruzione dal basso di sempre nuovi diritti e doveri finalizzati al pieno e sviluppo della persona umana in un tempo dato e definito". Con i rischi di ogni processo ermeneutico ma con la convinzione che sia possibile un efficace controllo dell'operato dell'interprete [38].

Le visioni sono molteplici. Simon Weil [39] rifiuta la sacralità della persona [40]. Foucault parla della vita che non coincide mai con la soggettività ed è piuttosto "uno spazio che il potere investe senza mai riuscire ad occuparlo integralmente" [41]. Deleuze scrive di una realtà "fuori dalle sagome della persona e della cosa, capace di "riunificare forma e sostanza" [42] e di cogliere ogni aspetto dell'uomo come essere naturale" [43].Mentre "nella filosofia morale e nell'etica contemporanea", si parla "non di persona ma di 'persone'," espresse dalla pluralità delle culture senza alcuna pretesa unificante che si ponga al di sopra dei concreti e molteplici individui e dei concreti modi" in cui si vive nel mondo [44].

Infine la Dignità nella logica impersonale è considerata un "pensiero negativo" [45], un'"espressione liturgica" [46], una "scatola vuota" inutile e manipolabile, "uno strumento di un inammissibile superiore ordine morale [47], addirittura un "concetto stupido" [48] messo in luce da alcuni casi famosi [49]. Alcuno [50] conclude che la Di-

---

[35] S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009, M.R. Ferrarese, *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, Roma-Bari, 2012 citate da V. Scalisi, cit. 73.

[36] L. Mengoni, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, 1982, in *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, 134.

[37] R. Pepperell, *The Post-Human, Condition. Consciousness beyond the brain*, Intellect Books, Exeter, 1997 (*ivi* The post-Human Manifesto); R. Marchesini, *Il tramento dell'uomo. La prospettiva post-umanista*, Dedalo, Bari, 2009 5 ss.; entrambi citati da V. Scalisi, cit. 76.

[38] V. Scalisi, cit.105-107 e in particolare Id., *Per un'ermeneutica giuridica 'veritativa' orientata a giustizia*, in *Riv.dir.civ.*, 2014, 1249 ss.

[39] S. Weil, *La personne e le sacré*, in Ecrits de Londres et dernières lettres, Paris 1957 (trad.it. *La persona e il sacro*, in *Oltre la politica. Antologia del pensiero impolitico*, a cura di R. Esposito, Milano, 1996, 76. "Quello che è sacro non è la persona ma ciò che non è coperto dalla sua maschera. Solo ad esso può riuscire di ricostruire il rapporto fra umanità e diritto".

[40] R. Esposito, cit., 21.

[41] La frase è tratta da R. Esposito, *Terza persona* cit. 24.ma v. M. Foucault, *Le penseé du dehors*, in Ecrits, Paris, 1994, I, /trad. it. *Il pensiero del di fuori*, in *Scritti letterari*, a cura di C. Milanese, Milano, 1984).

[42] R. Esposito, cit., 24. ma v. G. Deleuze, *Pourparler*, Paris 1990 (trad. it.) *Pourparler*, Macerata 2000, 154.

[43] Y. Thomas, *Le sujet de droit, le personne et la nature*, in *2 Le debat*, 100 (maggio-agosto, 1998) 85-107 cit. da R. Esposito, Terza persona, cit. 13 nota 12.

[44] Così in Lessico del XXI secolo, Treccani, voce impersonale.

[45] A. Schopenhauer, *Il fondamento della morale*, Laterza, Roma-Bari, 1991, 168 citato da M. Rosen, *Dignity. Its History and Meaning* (2012) trad.it. (con il titolo a Dignità. Storia e significato) di F. Rende, Codice Edizioni, Torino 2013, 14. Entrambe le citazioni si trovano in V. Scalisi, *L'ermeneutica della dignità,* Giuffrè, Milano, 2918. 5 nota 6 e p.16 ed ivi il riferimento a F. Nietzsche, *Lo Stato dei greci* in Id. *La filosofia nell'epoca tragica dei greci e scritti 1870-1873*, Adelphi, Milano, 1073, 223.

[46] J.P. Baud, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique de corps* (1993) trd.it. (con il titolo Il caso della mano rubata. Una storia giuridica del corpo) di L. Colombo, a cura di C.M. Mazzoni, Giuffrè, Milano, 2003, *Prefazione,* XVII.

[47] G. Piepoli, *Dignità e autonomia privata*, in *Pol. Dir*., 2003, 60 e in senso critico S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità,* cit. 27 ss.

[48] S. Pinker, *The stupidity of Dignity*, in The Nwe Republic, vol. 238 n. 9, n. 28 ss. citato da F. Viola, *Lo statuto normativo della Dignità umana,* in A. Abignente, F. Scamardella, (a cura di), *Dignità della Persona. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, 283, nota 1, entrambi citati da V. Scalisi, cit., 16 nota 45.

[49] A. Massarenti, *Il lancio del nano e altri esercizi di filosofia minima*, Guanda, Parma, 2006, 7 ss.



gnità è un sentiero stretto attraverso due principi opposti: "la sovranità dell'individuo e la religione della persona umana che lo asfissia". Altri reputano la parola "logora", "obsoleta" "un luogo comune" che induce solo a riflettere sulla libertà e responsabilità dell'uomo e spinge ad alzare gli occhi su una dignità non umana, della natura e dell'universo [51]. Altri ancora teorizzano il valore impersonale di una specie globale in formazione con i tratti essenziali della cultura occidentale [52]. Ma in tal modo si oscura un principio che le Carte costituzionali e internazionali pongono a fondamento della vita di tutti.

A questa visione Vincenzo Scalisi si oppone decisamente.

La dignità ha un carattere storico [53],assiologico [54] e ha "consistenza ontologica" [55]. Non solo. Esprime la "rilevanza giuridica di interessi e bisogni dell'essere umano [56]. Si serve "di appositi dispositivi tecnici propri dell'*efficacia giuridica"* e quindi "destinati a garantire la piena e integrale attuazione, tramite gli effetti, "dei diritti inviolabili e dei doveri inderogabili".

Certo l'ermeneutica è un dato essenziale del suo statuto. Ed è chiaro perché. Il diritto deve approntare la "regola giuridica più appropriata" [57] e dunque l'effetto "più conveniente e adatto" a dar tutela e risposta ad ogni problema di vita [58]. La disciplina può e deve discendere dall'alto di una legislazione necessaria [59]. Ma spetta alla dottrina a e all'interprete fissare comunque "il dover essere giuridico" [60]. Con i rischi di ogni processo ermeneutico ma con la convinzione che sia possibile un efficace controllo dell'operato del legislatore e dell'interprete [61].

Insomma la Dignità esprime la rilevanza giuridica di interessi e bisogni dell'essere umano (storico-reale) nella scelta del proprio stile di vita. Attua "il principio personalista enunciato da un sistema normativo continuamente vivificato dall'ordinamento della vita sociale". Si serve di appositi dispositivi tecnici propri della efficacia giuridica e quindi "destinati a garantire la piena e integrale attuazione, tramite gli effetti "dei diritti inviolabili e dei doveri inderogabili".

Così se il principio personalista è la sintesi di tutti gli interessi giuridicamente rilevanti, la dignità è la sintesi di tutti i possibili effetti giuridici, intesi a tradurre sul piano del dovere essere e delle corrispondenti modalità attuative, l'essere (storico-reale) di ogni soggetto. Sicché la Persona è la sostanza mentre la Dignità, come complesso di diritti e doveri, rappresenta la sua intrinseca forma di tutela.

E il discorso giuridico si costruisce su due riferimenti chiari: l'essere della Persona e il dovere essere della Dignità che non è un presupposto solo morale o metafisico ma un concetto normativo che da un lato garantisce l'unità della Persona ' nella sua storica e irripetibile individualità e dall'altro "modella e misura la sua tutela giuridica".

---

[50] G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della Dignità (note a margine della Carta dei diritti),* in Riv. dir. civ., 2002, 6, in part. 106, ma il saggio contiene una ricca rassegna della bibliografia europea sul punto.

[51] C.M. Mazzoni, *Quale dignità. Il lungo viaggio di un'idea*, Olschki, Firenze, 2019, 111 e ss.

[52] A. Schiavone, *L'Occidente e la nascita di una civiltà planetaria,* Il Mulino, Bologna, 2022, .33, 44, 71 ss.

[53] V. Scalisi, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, Giuffrè, 2018, 4-15 ove si trova un'ampia bibliografia.

[54] M. Fabre-Magnan, *La dignité en droit: un axiom*, in *Revue interdisciplinaire d'étude juridiques*, 2007, 1 ss.

[55] V. Scalisi, *L'ermeneutica della dignità*, cit. 19.

[56] V. Scalisi, cit. 24 e il riferimento a A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, Giuffrè. Milano, 2008, 385 ss., 389 ss., 436 ss.

[57] V. Scalisi, cit. 58.

[58] A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir*., XIV, Giuffrè, Milano, 1965, 456.

[59] P. Grossi, *Ritorno al Diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015, 33 ss.

[60] V. Scalisi, cit., 58 e la lunga nota 3 con una citazione amplissima di autori e opere fondamentali nella cultura del '900 giuridico.

[61] V. Scalisi, cit.105-107 e in particolare Id., *Per un'ermeneutica giuridica 'veritativa' orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ*., 2014, 1249 ss., e E. Felice, *La conquista dei diritti. Un'idea della storia*., il Mulino, Bologna, 2022.



Come ogni concetto indeterminato, la Dignità, consente all'interprete di realizzare l'integrale sfera soggettiva nel rispetto di un "necessario processo di equilibrio e di sintesi tra autodeterminazione ed eterodeterminazione" dei singoli.

L'ermeneutica è un dato essenziale del suo statuto ed è chiaro il perché.

Il legislatore deve costruire regole appropriate, ma spetta alla Scienza giuridica e all'interprete dare attuazione a una norma, contenuta in tutte le Carte del novecento, per garantire la piena tutela ad ogni persona nella sua unicità, con una precisa funzione.

Il principio è un criterio di governo della complessità, capace di orientare nelle incertezze della postmodernità e nel politeismo dei valori. Uno strumento per costruire una soggettività giuridica di tipi nuovo "sollecitando dai bassi nuovi diritti e nuovi doveri, finalizzati ad un pieno sviluppo della persona.

Con i rischi di ogni procedimento ermeneutico, ma con la convinzione che sia possibile un efficace dialogo e controllo reciproco fra i formanti. Perché solo un ordine plurale della sovranità che neghi l'assolutezza del potere e lo articoli ina una dimensione dialogica fra organi diversi e autonomi, può garantire una visione integrata ed effettiva della eguaglianza, della identità e della dignità.

Si pensi all'attuale prassi della Corte costituzionale di interloquire con il legislatore su temi sensibili, come la fine della vita e l'aiuto al suicidio, il nome e la genitorialità. E non solo. Si tratta di un percorso veritativo che richiede una virtù tecnica e una virtù etica di altissimo valore.

Solo un'ultima notazione.

Occorre un'azione umana per attuare ogni valore universale come la verità e la dignità.

Il metodo più efficace si deve ancora alla lezione di un Grande fiorentino, svelata da un Grande siciliano come Luigi Russo [62]. Il quale ribalta la vulgata di Machiavelli come cinico tessitore di fini che giustificano i mezzi, ed esalta, invece, la distinzione tra politica e morale come una perpetua dialettica di due momenti essenziali che potenziandosi reciprocamente, realizzano il progresso della civiltà. Machiavelli insegna la virtù tecnica e" identifica la bontà di un'azione con la bontà dei mezzi con cui si sviluppa". Un'azione è buona se è tecnicamente esatta e coerente con sé medesima [63]. La sua autonomia dal fideismo medievale basato sulla virtù divina, porta Machiavelli a fondare la scienza della politica. Ma la conclusione di Luigi Russo è chiarissima.

Savonarola e Machiavelli "l'uno con la passione spirituale e l'altro con il realismo scientifico restano vittima di due astrazioni". Perché "senza etica e politica, cultura e tecnica, realtà effettuale e realtà ideale "non si compie opera storica nel mondo" [64].

Queste parole risuonano negli scritti di Vincenzo Scalisi ove etica e tecnica sono fuse in un mirabile intreccio che orienta la nostra attività di giuristi e di cittadini.

[62] L. Russo, *Machiavelli*, Laterza, Roma-Bari, 1983.
[63] Id., 215.
[64] Id., 18.

JUS CIVILE



GERARDO VILLANACCI

Professore ordinario di Diritto privato – Università Politecnica delle Marche

LE FONTI CONTRATTUALI NEL RINNOVATO CONTESTO PLURALISTICO INTERPRETATIVO

SOMMARIO: *1. La rilevanza della trazione costituzionale ed eurounitaria nella interpretazione evolutiva e sistematica. – 2. La metamorfosi metodologica della meritevolezza degli interessi. – 3. La variegata composizione dei rimedi contrattuali alla luce dei canoni costituzionali ed eurounitari. – 4. La forma dei contratti nella sua rilettura assiologica e sostanzialista. – 5. Le clausole negoziali e la corretta identificazione ed interpretazione del loro contenuto. – 6. La complessità della ricostruzione sistematica della buona fede: criterio primario dell'interpretazione. – 7. L'incidenza dell'elemento testuale nella valutazione interpretativa.*

1. – Nel complesso panorama contemporaneo, l'attività interpretativa è sempre più protagonista.

La globalizzazione e le emergenze, dapprima sanitaria e poi bellica, hanno determinato rapidi cambiamenti sociali ed economici dei quali il diritto deve tenere conto per mantenere una salda connessione con la realtà, nella consapevolezza delle limitazioni poste dall'attività del legislatore spesso tardiva e farraginosa.

Il contrasto alla repentina obsolescenza normativa, senza dubbio influenzata anche dal ritmo frenetico che scandisce l'incedere delle odierne vicende umane, deve essere affidato all'esegesi e, in particolare, ad un metodo che, nel tracciato dei principi della Carta fondamentale e del diritto sovranazionale, sempre più rilevante in ambito domestico, consenta di attualizzare le disposizioni legislative conferendo loro un significato più moderno, lasciandone però immutata la formulazione testuale ma anche di rintracciare la regola del caso concreto in enunciati non più isolatamente considerati, bensì posti in raffronto sistematico con altre regole del settore di riferimento e col panorama dei valori fondamentali dell'ordinamento giuridico.

L'opera che il giurista contemporaneo è chiamato a svolgere deve, pertanto, svilupparsi secondo due direttrici fondamentali: evolutiva e sistematica.

Del primo canone manca un'univoca definizione così come un'analisi dettagliata dei presupposti teorici. Queste carenze di uniformità hanno dato luogo a diverse modalità applicative, nelle quali è possibile tuttavia individuare uno schema di base connotato dalla presenza di un fattore esterno che determina la necessità di adottare un'interpretazione evolutiva, e, al contempo, del referente oggetto della stessa; cioè l'originaria intenzione dell'autore della regola [1] che potrebbe anche essere superata se oramai priva di qualsiasi rilevanza fattuale.

[1] Il cui autore può essere il legislatore o, in una prospettiva contrattuale, le parti. A tale ultimo riguardo cfr. Cass. civ., S.U., 29 gennaio 2021, n. 2143, in De Jure, 2020 per la quale l'attività interpretativa evolutiva è consentita nella misura in cui rispetti i limiti di tolleranza ed elasticità del significato testuale, escludendosi che essa possa configurare "*un'attività direttamente creativa*".



Nell'orizzonte pluralistico del sistema delle fonti [2], tracciato dagli artt. 117, comma 1, Cost. [3] e 1 disp. prel. cod. civ. [4], l'interpretazione sistematica viene ad assumere un ruolo centrale, essendo strumento che, tramite l'impiego di alcune figure argomentative (ad es. combinato disposto, *sedes materiae*, costanza terminologica), permette di desumere il significato di una data disposizione dalla sua collocazione nel sistema complessivo, ovvero relativo ad una specifica materia o ad un dato istituto. In questo ambito deve essere riconosciuto precipuo rilievo all'interpretazione adeguatrice la quale consentendo di conformare il significato di una disposizione a quello di altri enunciati materialmente, strutturalmente o assiologicamente superiori [5], rappresenta un mezzo imprescindibile per ristabilire un ordinato rapporto tra le fonti dell'ordinamento e per forgiare la norma della fattispecie concreta, destinata ad essere plasmata dalla legge ordinaria nel tracciato delle coordinate poste dai canoni normativi ad essa sovraordinati [6].

Tutto ciò nella triplice prospettiva di evitare la creazione di una disciplina contingente inidonea ad "abbracciare la complessità fenomenica in tutte le sue sfaccettature né tanto meno di ponderare con esattezza gli interessi connessi ad una certa pretesa, così da mettere a repentaglio il conseguimento del bene anelato per effetto di strumenti spesso inadeguati o inefficaci" [7]; della valorizzazione dell'aspetto sostanziale della giustizia e, dunque, del concetto di interesse quale "requisito strutturale di ogni posizione soggettiva fatta valere in giudizio al fine di superare le contraddizioni di un sistema troppo attento ai dettami normativi" [8]; infine, della costante tensione ermeneutica di adeguamento del significato dei principi costituzionali, e del rapporto gerarchico tra di essi, alle sempre mutevoli prerogative emergenti dall'attualità [9].

---

[2] Sui risvolti che l'emergenza pandemica ha avuto sull'intricato sistema delle fonti e, in particolare, sul ruolo della Corte dei conti si v. G. VILLANACCI, *Le insidie del neocontestualismo nella rinnovata funzione di controllo della Corte dei conti*, in *Rivista della Corte dei conti*, 1, 2022, 4.

[3] Tale disposizione, a seguito della riforma costituzionale apportata con l. cost. n. 3/2001, statuisce che: "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".

[4] Secondo cui: "Sono fonti del diritto: 1) le leggi; 2) i regolamenti; 3) le norme corporative [*n.d.r.* numero da considerarsi abrogato a seguito della soppressione dell'ordinamento corporativo]; 4) gli usi".

[5] Numerosi esempi di interpretazioni adeguatrici si rinvengono nelle sentenze della Corte costituzionale "interpretative" di accoglimento, con le quali si evita di dichiarare costituzionalmente illegittima una disposizione nella sua interezza e ci si limita a dichiarare illegittima una delle sue possibili interpretazioni, ovvero di rigetto, con cui la Corte evita di dichiarare costituzionalmente illegittima una disposizione interpretandola in modo tale che sia conforme a Costituzione, o ancora nelle ordinanze con cui i giudizi comuni respingono un'eccezione di illegittimità costituzionale sollevata da una parte, adducendo che la questione è manifestazione infondata dal momento che la disposizione tacciata di incostituzionalità è suscettibile di una interpretazione conforme a Costituzione. L'interpretazione adeguatrice risponde alla finalità di evitare l'insorgere di antinomie tra norme di diverso grado gerarchico, ma anche tra norme particolari e principi generali e generalmente producono un effetto di conservazione dei documenti normativi, fondando sul (duplice) dogma della coerenza logica e della coesione assiologica dell'ordinamento.

[6] Il riferimento è alla Costituzione e al diritto sovranazionale così come si evince dal citato art. 117, comma 1, Cost.

[7] Si v. G. VILLANACCI, *Al tempo del neoformalismo giuridico*, Torino, 2016, 9 ove si aggiunge: "Si pensi, a titolo puramente esemplificativo e non esaustivo alle ipotesi di nullità per difetto di forma scritta nei contratti di subfornitura o di locazioni abitative che nella loro versione originaria comportavano la caducazione del contratto, in gravissimo pregiudizio del contraente che si vedeva privato degli effetti del negozio del quale avrebbe senz'altro preferito la prosecuzione; alla mancanza di un'espressa previsione normativa che legittimi l'individuo al risarcimento del danno ambientale in tema di pregiudizio arrecato all'ecosistema; ad una prestazione ancora possibile sul piano oggettivo ma del tutto inutile per chi la riceve a seguito di circostanze imprevedibili che compromettano in modo irreparabile lo scopo alla stipula o, ancora, a tutte quelle sopravvenienze non espressamente contemplate dalla legge, inidonee in omaggio al principio di intangibilità del contratto a pregiudicare l'assetto pattuito e che tuttavia meritano di essere prese in considerazione allorquando determinino uno stravolgimento delle condizioni originariamente previste sulle quali si è formato l'originario consenso".

[8] G. VILLANACCI, *op. ult. cit.*, 10.

[9] Così G. VILLANACCI, *L'equilibrio contrattuale nella rinnovata interpretazione dinamica evolutiva*, in *Jus civile*, 6, 2021, 1642.



2. – Espressione della metamorfosi metodologica delineata è quella della meritevolezza (artt. 1322, comma 2 e 2645-*ter* cod. civ.) [10], rispetto alla quale lo sforzo esegetico è confluito nella sua identificazione quale "criterio distintivo tra interessi apprezzabili e scopi voluttuari, favorendo un più intenso controllo del giudice che – acclarata la conformità del contratto a norme di legge – potrà in ogni caso ritenere il negozio e più in generale la pretesa immeritevole, dunque non tutelabile" [11]. Ciò nella prospettiva di una netta affermazione di autonomia ontologica e funzionale dal vaglio di liceità (*ex* artt. 1343 e 1344 cod. civ.).

Un approdo interpretativo non sempre condiviso.

Ed infatti, all'indomani dell'entrata in vigore del Codice civile, al fine di neutralizzare letture del sistema di carattere social-tipologico improntate al primato dell'ordine sociale sulla libertà privata di autoregolamentazione [12], la linea prevalente è stata quella della sovrapposizione della meritevolezza alla liceità [13]. In senso contrario si sono posti coloro che, nell'ottica di far assurgere ad interessi degni di tutela quelli supportati da una incontestabile volontà di assunzione del vincolo alla stregua delle regole giuridiche, hanno riservato al giudizio di meritevolezza un controllo sul tipo, ossia la verifica della impegnatività, e dunque della effettiva giuridicità, dello schema atipico elaborato dai privati [14]. Ma anche quanti hanno condiviso, a partire dagli an-

---

[10] L'art. 1322, comma 2, cod. civ. stabilisce che: "*Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela*". Tale disposizione presiede, dunque, al potere riconosciuto ai privati di dare vita a schemi contrattuali atipici, ossia diversi da quelli specificamente contemplati dall'ordinamento. La sua interpretazione è, da sempre, al centro di un vivace dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza. Il confronto ermeneutico è stato ravvivato dall'introduzione dell'art. 2645-*ter* cod. civ. (avvenuta ad opera dell'art. 39-*novies*, d.l. 30 dicembre 2005, n. 237, conv. in l. 23 febbraio 2006, n. 51) per cui sono trascrivibili gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novant'anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c.

[11] Così G. VILLANACCI, *Al tempo del neoformalismo giuridico* cit., 32 ed ivi nota 24 secondo cui: "Interessanti considerazioni sulla distinzione tra meritevolezza e liceità si rinvengono in Cass. 2 luglio 1975, n. 2578, in *Riv. dir. comm.*, II, 1976, 263; Cass. civ. 5 gennaio 1994, n. 75, in *Foro it.*, I, 1994, 413; ID. in *Contratti*, 1994, 264. *Idem*, 10 ove si legge: "Nell'indagine assume rilievo l'interpretazione del concetto di meritevolezza che, in un sistema precipuamente formalistico caratterizzato dalla pedissequa aderenza al dato formale, rappresenta una vera e propria valvola di sfogo nella catalogazione delle posizioni degne di essere salvaguardate".

[12] Il riferimento è alla dottrina di Emilio Betti il quale aveva comunque ritagliato uno spazio di autonomia alla meritevolezza intendendola quale limite positivo della corrispondenza del contratto agli interessi consolidati nell'esperienza sociale, da affiancare al limite negativo rappresentato dall'illiceità.

[13] In tal senso, ad esempio, V. ROPPO, *Il contratto*, seconda ed., in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, 2011, 402-403.

[14] F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, rist., Vicalvi (Frosinone), 2017 secondo cui: "(…) il giudizio condotto in sede di analisi circa la meritevolezza dell'interesse appare *qualitativamente* diverso rispetto a quello di liceità. Mentre quest'ultimo ha la funzione di salvaguardare l'ordinamento giuridico dalla presenza di accordi impegnativi i cui contenuti siano in contrasto con i propri canoni regolamentari (attesa l'unicità del criterio valutante, che è appunto quello elaborato dall'ordinamento giuridico, e, come tale, si pone dalla sua parte e non dalla parte dei privati), l'altro giudizio (quello di meritevolezza) ha diversa portata non incentrandosi nella difesa dei principi fondamentali dell'ordinamento, ma piuttosto nella valutazione dell'*idoneità* dello strumento elaborato dai privati ad assurgere a *modello giuridico* di regolamentazione degli interessi, vista l'assenza di una preventiva opera di tipizzazione legislativa, intesa come mera predisposizione di una certa serie (più o meno variabile) di schemi. Ciò che si risolve (…) nella conformità dell'atto non (ancora) ad una serie di norme imperative in senso stretto, di carattere, per così dire, *regolamentare*, ma piuttosto nella conformità a tutte quelle norme inderogabili di carattere, per così dire, *procedimentale* e *formale* che attengono al riconoscimento dello strumento pattizio come *strumento giuridico*". E ancora: "Non è dubbio allora che è necessario distinguere, proprio nel quadro di una corretta considerazione della funzione autonoma dei due diversi concetti, il giudizio che attiene al *tipo* da quello che attiene alla *causa* e, di conseguenza, distinguere il giudizio di meritevolezza da quello di liceità".



ni '60 e '70, un'intensa e profonda opera di rinnovamento del diritto civile, nel segno dell'incisiva duplice angolazione costituzionale e sovranazionale [15].

A tale ultimo ambito deve innanzitutto ricondursi la posizione di chi ritiene, fermi i limiti della dannosità sociale (derivanti dall'art. 41, 2° comma, Cost.) e della illiceità, che la meritevolezza abbia valore positivo quale riconoscimento dell'autonomia privata, ossia della libertà della persona di esplicare la propria capacità di agire per la realizzazione di qualsiasi interesse economico o personale costituzionalmente rilevante [16]. E ancora, la prospettiva di quanti sono inclini ad attribuire alla meritevolezza funzione di conciliazione degli interessi individuali delle parti con quelli super-individuali [17].

Per altro verso, l'equiparazione di regole e principi ha condotto a ritenere superflua la mediazione dell'art. 1322 c.p.v. cod. civ., per la via del requisito della meritevolezza, all'interno del giudizio di utilità sociale dell'atto di autonomia privata, volto a verificare se la causa concreta del contratto contrasti o meno con interessi sociali rilevanti sul piano costituzionale. Onde, pur svalutandosi il requisito posto dall'art. 1322, comma 2, cod. civ., in modo non dissimile da chi, come sopra riferito, riteneva di sovrapporre la meritevolezza alla liceità, non si giunge alla neutralizzazione del possibile contenuto valutativo del giudizio sugli interessi meritevoli, ma, al contrario, al recupero di siffatto aspetto ponendo l'accento sulla funzionalizzazione dell'autonomia privata, o, ancora, innestando nel sindacato di liceità quei profili valutativi inevitabili quando il parametro di giudizio si arricchisce di precetti che instaurano un giudizio morale come accade con i principi e i diritti fondamentali [18].

Secondo altra concezione, che pure si inserisce nel medesimo tracciato esegetico, il giudizio di meritevolezza avrebbe portata autonoma rispetto a quello di liceità, essendo al primo demandata la funzione di garantire la concretizzazione dei valori fondamentali dell'ordinamento. Ciò sul presupposto che le libertà negoziali

---

[15] In tal senso, significativo è quanto di recente affermato da Cass., S.U., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Resp. civ. Prev.*, 2019, 163 ss., secondo la quale il giudizio di meritevolezza "guarda […] alla complessità dell'ordinamento giuridico, da assumersi attraverso lo spettro delle norme costituzionali, in sinergia con quelle sovranazionali […] e segnatamente delle Carte dei diritti, le quali norme non imprimono all'autonomia privata una specifica ed estraniante funzionalizzazione, bensì ne favoriscono l'esercizio, ma non già in conflitto con la dignità della persona e l'utilità sociale (artt. 2 e 42 cost.), operando, dunque, in una prospettiva promozionale e di tutela".

[16] In tal senso C.M. Bianca, *Diritto civile*, III, 413-414. Nel medesimo solco G. Villanacci, *Al tempo del neoformalismo* cit., 11 e 29 ss.

[17] Secondo E. Minervini, *La «meritevolezza» del contratto. Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, Torino, Giappichelli, 2019, 13 ss., nonché A. Guarneri, *Il contratto immeritevole e il raoio di Occam*, in *N. giur. civ.*, 2018, 255 ss. variamente individuati: i) nell'impiego responsabile alla creazione di valori produttivi: così F. Lucarelli, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, Milano, Giuffrè, 1964, rist. anastatica, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2009, 229 ss., in particolare 238-239; ma soprattutto Id., *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, Jovene, 1970, 171; ii) nelle linee di politica economica generale: così G. Cotturri, *Intervento*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica* (Atti della tavola rotonda di Macerata, 22-24 maggio 1970), II. *Interventi*, Giuffrè, Milano, 1971, 94 ss., in particolare 98-99; iii) nelle direttive di politica economica: così A. Cataudella, *Il richiamo dell'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica* (Atti della Tavola rotonda di Macerata, 22-24 maggio 1970), I. *Relazioni e comunicazioni*, Milano, 1971; iv) nel pieno sviluppo della persona umana nonché la preservazione dell'ambiente: così G. Lener, *Ecologia, persone, solidarietà: un nuovo ruolo del diritto civile*, in *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona* a cura di N. Lipari, Bari, 1974, 339-340, 342 ss. per cui sono immeritevoli i contratti "volti alla produzione di beni superflui, da imporre al consumo mediante la creazione di bisogni artificiali o volti alla troppo rapida obsolescenza di beni ancora pienamente capaci di servire all'uso cui sono destinati". Sul punto, si v. anche M. Pennasilico, *Dal "controllo" alla "conformazione" dei contratti*, in *Contr. impr.,* 2020, 823 ss.

[18] M. Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, Giuffrè, 1975, 98-99 il quale obietta al timore liberale dell'accentuazione dei poteri del giudice, in primo luogo, che il giudizio di non contrarietà ai fini individuati dalla Costituzione non è fondato su parametri più generici e imprecisi di altri criteri diffusi nella legislazione e, in secondo luogo, che la limitazione dei poteri del giudice si pone in contrasto con i dati ricavabili dal sistema.



e contrattuali non costituiscano in sé un valore; abbiano cioè "giustificazione non in sé, ma in principi e valori del sistema – non più Stato di diritto, ma Stato sociale di diritto – caratterizzato dalla solidarietà e dal personalismo", onde "qualsiasi atto di autonomia è meritevole purché conforme a questi specifici valori" [19]. Da ciò deriva l'estensione del giudizio *ex* art. 1322, comma 2, cod. civ. a qualunque contratto, dunque anche se tipico [20], e l'istituzione di una forma di controllo e di conformazione giudiziale degli atti di autonomia ai principi fondamentali nazionali ed europei, così da conciliare il perseguimento dell'utile individuale con l'attuazione delle direttive di fondo dell'ordinamento.

Per quanto appieno condivisibile, l'aspetto di maggiore criticità di detta impostazione risiede nella premessa da cui muove, per giungere ad una larvata funzionalizzazione degli atti di autonomia (tipici e atipici): quella per cui la libertà negoziale non possiede giustificazione in sé, ma "in principi e valori del sistema". Invero, nel passaggio dallo Stato liberale a quello costituzionale (*Verfassungsstaat*), proprio delle democrazie pluralistiche, la libertà individuale, e dunque anche quella economica *ex* art. 41 Cost. (di cui la libertà negoziale costituisce un'estrinsecazione), "diviene la parte più significativa del sistema (giuridico-positivo) dei valori supremi (costituzione), che si impone come parametro universale della legittimità dei vari atti dei poteri «costituiti», compreso il legislatore, e come misura di liceità dei comportamenti dei soggetti privati nella loro opera personale di fruizione e di strutturazione delle obiettive *chances of life* che l'ordinamento positivo offre ad essi" [21]. Onde, la medesima si raccorda con gli altri valori supremi dell'ordinamento, ad essa legati da un "intreccio materiale", attraverso un procedimento a due stadi: bilanciamento dei valori coinvolti e loro successiva ponderazione con la particolare struttura materiale della fattispecie [22].

E proprio questo, in un diritto civile compenetrato nella legalità costituzionale, potrebbe essere uno spazio di operatività da riservare al giudizio di meritevolezza, da considerare cioè quale strumento di valutazione, alla luce delle coordinate costituzionali e sovranazionali, della ragionevolezza del bilanciamento dei valori emergenti dal caso concreto e della proporzionalità della tutela per ciascuno di essi ritagliata dai privati con l'atto di autonomia. Dunque, mentre il giudizio di liceità opererebbe al livello della legalità (ossia dei fini), concretizzandosi in un confronto dialettico tra la causa concreta del contratto e le prescrizioni di legge, quello di meritevolezza riguarderebbe, invece, il differente piano della "legittimità" (ossia dei valori in gioco)

---

[19] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, quarta ed., IV, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2020, 104 per cui: "Una lettura dell'art. 1322 cod. civ. alla luce dei principi fondamentali, ed in particolare di quelli contenuti negli artt. 2, 3, e 41 cost., conduce ad affermare che la valutazione dell'atto di autonomia sia 'positiva' – e, dunque, che esso sia meritevole – soltanto se l'atto concreto è idoneo alla attuazione di valori fondamentali; tale controllo s'impone all'interprete". Sotto altro profilo, alla luce dell'evoluzione del sistema giuridico prodotta dal processo di armonizzazione europea, il giudizio di meritevolezza troverebbe talune ulteriori linee direttive tanto nel criterio quantitativo della proporzionalità, quanto nei criteri qualitativi della ragionevolezza e dell'adeguatezza, i quali impongono un bilanciamento tra interessi disomogenei e dunque non comparabili: così P. PERLINGIERI, *«Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale*, in *Rass. dir. civ.,* 2017, 382.

[20] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale* cit., 105 ss.

[21] A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 288: "Le libertà costituzionali (…) sono innanzitutto valori e, come tali, si inseriscono nella tavola dei valori di riferimento attraverso cui opera la «legalità costituzionale». In questa, anzi, occupano il posto più importante in relazione al processo di ricomposizione del contrasto fra legalità (rispetto ai fini) e legittimità (rispetto ai valori) di cui consta la giurisdizione costituzionale".

[22] Si v. A. BALDASSARRE, *Diritti della persona* cit., 279 per il quale, nell'ambito di un panorama di valori materialmente intrecciati, il particolare ordinamento da applicare può essere determinato solo caso per caso attraverso un bilanciamento dei valori coinvolti ed una loro successiva ponderazione con la particolare struttura materiale della fattispecie. Per quanto concerne l'operatività del meccanismo nell'ambito del diritto civile, che qui interessa, sia consentito il rinvio a G. VILLANACCI, *La ragionevolezza nella proporzionalità del diritto*, Torino, 2020.



dell'atto di autonomia, da condurre in riferimento ai sistemi tracciati dalla Carta fondamentale e dal diritto sovranazionale, adeguati alle esigenze, contingenti e sempre mutevoli, economiche e sociali [23].

Anche in giurisprudenza la soluzione ermeneutica che coniuga la meritevolezza con i principi costituzionali ha avuto ampia condivisione. In proposito valga ricordare che nell'orientamento esegetico della Suprema Corte il giudizio *ex* art. 1322, comma 2, cod. civ. è tradizionalmente ancorato a tre differenti postulati: non meritevolezza dei contratti, o patti, che, pur formalmente leciti, hanno per scopo o per effetto di attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra [24]; porre una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra [25]; costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti [26]. Onde la immeritevolezza discenderebbe dalla contrarietà del risultato del contratto, o del patto atipico, con i principi di solidarietà, di parità e di non prevaricazione, canoni da porre tutti a fondamento dei rapporti tra privati [27].

All'ambito enunciato è riconducibile, in primo luogo, la pronuncia che si è occupata di un contratto di concessione di acque pubbliche, dichiarato nullo nella parte in cui estendeva, in capo al concessionario, l'obbligo di corrispondere il canone anche là dove, per cause a lui non imputabili, l'utilizzo dell'impianto fosse divenuto impossibile [28]. In questa occasione, il vaglio di meritevolezza ha coinvolto la causa del contratto con particolare riferimento al duplice profilo: dello sviamento del patto dalla funzione tipica del contratto di concessione, considerando che l'interpretazione del testo contrattuale non consentiva di cogliere con chiarezza l'intento delle parti di dare vita ad una pattuizione connotata da aleatorietà; del contrasto di essa con la libertà di iniziativa economica presidiata dall'art. 41 Cost., dato che l'operazione concepita dai contraenti aveva come effetto quello di far gravare sull'imprenditore un rischio incalcolabile e di assicurare alla pubblica amministrazione una posizione ingiustificatamente privilegiata.

In secondo luogo, viene in considerazione quell'orientamento che ha fatto ricorso ad un giudizio sul contenuto del contratto, basato sul legame tra meritevolezza e principi costituzionali, teso alla omogeneizzazione dei termini dell'operazione negoziale. Questa linea si è affermata soprattutto in tema di validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile. Il riferimento è alla pronuncia con cui la Suprema Corte ha reputato immeritevole la clausola *claims made* impura o mista, la quale stabilisce che la copertura assicurativa opera quando il fatto illecito e la richiesta risarcitoria si realizzino entrambi nel periodo di efficacia del contratto [29]. Sul punto, in senso parzialmente difforme, si è collocata una successiva decisione a Sezioni Unite che, sulla scorta della legislazione speciale, ha ricondotto all'area della tipicità l'assicurazione con clausola *claims made,* presentando quest'ultima come una deroga convenzionale allo schema dell'art. 1917 cod. civ., inidonea a dare origine ad una radicale deviazione strutturale [30]. Sulla scorta di tale riclassificazione, il giudizio ha coinvolto la causa in concreto nel solco della «*stessa tensione ispiratrice dello scrutinio di meritevolezza*», ossia con lo sguardo rivolto al complesso dei valori costituzionali e sovranazionali, con l'obiettivo

---

[23] La dicotomia legalità-legittimità è ispirata a quanto espresso da A. BALDASSARRE, *Diritti della persona* cit., 285, 287 che la riferisce al rapporto tra legge ordinaria e Costituzione.

[24] Cfr. Cass. civ. n. 22950/15.

[25] *Ex plurimis* Cass. civ. n. 4222/17 e 3080/13.

[26] Cass. civ. n. 14343/09.

[27] In tal senso, Cass. civ., 28 aprile 2017, n. 10509.

[28] Cass. civ., 17 febbraio 2017, n. 4222.

[29] Il riferimento è a Cass. civ. n. 10509/2017 cit. Il ragionamento della Corte prende le mosse dalla qualificazione della clausola *claims made* inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile come patto atipico.

In merito Sezioni Unite: n. 22437/2018.

[30] Cass. civ., Sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437.



ultimo di garantire un esercizio dell'autonomia privata conforme ai principi della dignità umana (art. 2 Cost.) e dell'utilità sociale (art. 41 cost.). Avuto riguardo agli interessi delle parti, scopo dell'operazione critica è la calibratura del contenuto contrattuale. Nel caso dell'assicurazione contenente una clausola *claims made*, le Sezioni Unite chiariscono che detto sindacato potrebbe avere esito negativo là dove venisse rilevato che «*lo scopo pratico del regolamento negoziale [...] presenti un arbitrario squilibrio giuridico tra rischio assicurato e premio, giacché, nel contratto di assicurazione contro i danni, la corrispettività si fonda in base ad una relazione oggettiva e coerente con il rischio assicurato, attraverso criteri di calcolo attuariale*». In tal caso, al giudice sarebbe riconosciuto il potere di arginare gli abusi del contraente più forte e di forgiare una fattispecie concreta improntata ad equità, tramite lo strumento manutentivo della nullità parziale e non già attraverso la sostituzione della copertura assicurativa *claims made* con quella – di matrice codicistica – basata sull'insorgenza del danno.

Nel tracciato delle pronunce fondate sulla connessione tra meritevolezza e canoni costituzionali si pone, infine, la decisione sulla validità di una clausola inserita in un contratto di locazione ad uso abitativo con la quale, a pena di risoluzione, era stato stabilito in capo al conduttore il divieto di dare ospitalità a persone estranee al proprio nucleo familiare per un apprezzabile periodo di tempo [31].

Il giudizio di meritevolezza ha riguardato altresì la disamina svolta in punto alla causa solidaristica, la quale connota le fattispecie che non consentendo di rintracciare la funzione tipica della donazione e lo spirito di liberalità, impongono al soggetto un sacrificio patrimoniale volto piuttosto che all'arricchimento dell'altra parte, al perseguimento della finalità solidaristica (ad esempio, di natura familiare, sociale, religiosa) sulla base di valori che conformano il suo sistema di vita [32].

L'inquadramento di una siffatta ragione pratica avverrà all'esito di un procedimento ermeneutico incentrato sullo specifico contesto, sociale e relazionale, dal quale l'atto è originato [33], che pertanto costituirà il punto di partenza del vaglio dell'interesse che il debitore intende liberamente attuare tramite il sacrificio patrimoniale, rappresentato dall'art. 1322 il quale indica all'autonomia contrattuale il limite della realizzazione di interessi meritevoli di tutela. Ed è proprio con riguardo a quest'ultimo profilo che viene in considerazione l'operatività dei canoni costituzionali, in particolare quello di solidarietà desumibile non solo dall'art. 2 Cost., che richiede «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà», ma anche dall'art. 41 Cost. per cui lo svolgimento dell'attività economica deve essere conforme all'utilità sociale e al rispetto della sicurezza, libertà e dignità umana. Si tratta di valori connessi ad interessi della persona, di carattere non patrimoniale, la cui tutela viene ulteriormente rafforzata dalle fonti sovranazionali ed internazionali, in primo luogo dalla CDFUE per la quale la solidarietà, in quanto valore individuale ed universale, è l'autentico pilastro dell'Unione.

---

[31] Cass. civ., 19 giugno 2009, n. 14343.Anche in questa occasione la Suprema Corte si serve della clausola di meritevolezza come porta d'ingresso dei principi costituzionali al fine di istituire un giudizio di valore che investe il contenuto del contratto e, per di più, la Corte lo fa rivendicando espressamente un tale compito: i «fondamenti costituzionali dell'autonomia negoziale offrono all'interprete le indispensabili coordinate, alle quali attingere per esprimere sui singoli e concreti atti di autonomia quei giudizi di valore che l'ordinamento affida loro. Ci si riferisce ai controlli di "meritevolezza di tutela degli interessi" (art 1322 c.c.) e di "liceità" (spec. art. 1343 c.c.) che devono essere condotti, per quanto qui interessa, alla stregua dell'art. 2 Cost., il quale tutela i diritti inviolabili dell'uomo e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà». La clausola sul divieto di ospitalità viene, quindi, reputata priva di effetti perché in conflitto insanabile con l'adempimento del dovere di solidarietà, che può anche comportare l'ospitalità di terzi per fare fronte alle altrui difficoltà oppure per dare corpo ai vincoli familiari, fondati tanto sul matrimonio quanto sulle convivenze, o a quelli amicali.

[32] G. Oppo, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 264 ss.

[33] M. Girolami, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012, 107.



Considerata, dunque, la centralità della solidarietà sotto il profilo causale, occorre sottolineare che, se l'assunzione di un vincolo obbligatorio giustificato da un dovere morale o sociale è da ritenersi serio, lecito e socialmente apprezzabile, meritevole di tutela per l'ordinamento, non tutti gli interessi non patrimoniali sono idonei a legittimare gli effetti dell'atto.

Ed è proprio sotto tale profilo che assume rilievo il giudizio di meritevolezza *ex* art. 1322, comma 2, cod. civ., alla cui stregua devono ritenersi esclusi gli interessi "bagatellari" ovvero quelli singolari, limitati cioè a ristrette porzioni di realtà. Utili indicazioni in questo senso sono rinvenibili nella Relazione al Codice civile per la quale è necessario che il fine intrinseco del contratto sia quello di risultare socialmente utile, così che il dovere morale integrerà gli estremi di interesse meritevole ai sensi dell'art. 1322 cod. civ. ove sia anche socialmente apprezzabile, mentre, in ipotesi contraria, retrocederà al rango di mero motivo potendo trovare soddisfazione, oltre che attraverso l'istituto dell'art. 2034 cod. civ., tramite un diverso negozio a causa tipica.

3. – Posto che la nullità è la forma più grave di invalidità [34] dalla quale discende un'inefficacia assoluta e radicale del contratto [35] la disciplina che il Codice civile vi dedica fa riferimento all'art. 1418 il quale, rubricato "Cause di nullità del contratto" ne dispone che è nullo il contratto "contrario a norme imperative" (comma 1), ovvero quello affetto da problemi relativi ai suoi elementi costitutivi (comma 2), e, infine, "negli altri casi stabiliti dalla legge" (comma 3). Alle nullità testuali dell'ultimo comma si contrappongono quelle "virtuali", "fattispecie in cui *l'interprete ricava che il contratto è nullo, pur in assenza di una norma che lo dichiari espressamente tale*, applicando taluno dei criteri di cui ai primi due commi dell'art. 1418" [36]. A detta categoria sono riconducibili "*due grandi famiglie* di nullità contrattuali: quella delle nullità strutturali, cui si collegano i contratti nulli perché *insensati o incompleti*; o le nullità politiche relative ai contratti nulli perché *disapprovati*" [37].

Le nullità strutturali sono tali poiché consistono in difetti relativi agli elementi che compongono la struttura del contratto, che lo rendono insensato, foriero di un'operazione giuridicamente ed economicamente paradossale. Sono "politiche", invece, quelle che colpiscono i contratti sensati e completi, ma disapprovati dall'ordinamento perché contrastanti con i canoni e le scelte politiche fatte dallo stesso.

Tuttavia, una rinnovata impostazione esegetica in senso assiologico, ha riguardato l'istituto della nullità di protezione, introdotto in ambito domestico ad opera di legislazioni speciali di matrice euro-unitaria. La principale fattispecie che viene in rilievo è quella contemplata dall'art. 36 cod. cons., secondo cui, da un lato, le clausole vessatorie sono nulle ma il contratto rimane valido per il resto (comma 1), mentre, dall'altro, il rimedio opera soltanto a vantaggio del consumatore ed è sottoposto al rilievo d'ufficio ad opera del giudice (comma 3).

---

[34] In tal senso V. Roppo, *Il contratto*, cit., 693.

Da un punto di vista di interconnessioni tra rami dell'ordinamento, è opportuno ricordare che l'art. 14, l. 11 febbraio 2005, n. 15 ha inserito nella l. 241/1990 l'art. 21-*septies* che disciplina la nullità del provvedimento amministrativo. A differenza del sistema delle invalidità disegnato dal Codice civile, nel diritto amministrativo la nullità ricopre un ruolo ancillare rispetto all'annullabilità (di cui al successivo art. 21-*octies* l. 241/1990).

[35] L'"inefficacia originaria" si ha "quando il fattore che la determina è già *esistente al tempo della conclusione del contratto*, onde questo nasce inefficace fin dall'inizio": così V. Roppo, *Il contratto* cit., 690. È, invece, assoluta l'inefficacia "che *può generalmente farsi valere sia fra le parti, sia dai terzi, sia contro i terzi*": *idem* 691.

[36] V. Roppo, *Il contratto*, cit., 694.

[37] Si v. ancora V. Roppo, *Il contratto*, cit., 696.



Degne di rilievo sono anche le ipotesi contemplate dall'art. 2 del d.lgs. n. 122/2005, il quale ricollega la nullità, «*che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente*», al mancato rilascio, da parte del costruttore, di una garanzia fideiussoria di importo pari alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo ricevuto dal compratore; dall'art. 23 del d.lgs. n. 58/1998 (T.U.F.), che, in materia di contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, sancisce la nullità (comma 3) nel duplice caso dell'inosservanza della forma scritta e del rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente; dall'art. 127 del d.lgs. n. 385/1993 (t.u.b.) per il quale le nullità contrattuali, previste nel titolo in cui la disposizione è collocata, possono essere fatte valere solo dal cliente e nella formulazione risultante dalla modifica introdotta con il d.lgs. n. 141/2010, essere rilevate d'ufficio dal giudice.

L'esemplificativa menzione svolta è sufficiente per cogliere la variegata composizione della categoria, preferibilmente contrassegnata dalla locuzione "delle nullità" – e non "della nullità" – di protezione. In ogni caso, al di là della loro poliedrica sostanza, l'elemento sempre ricorrente, e pertanto distintivo, è rappresentato dalla limitata legittimazione attiva assegnata al soggetto "debole" del rapporto contrattuale, ritenuto meritevole di uno specifico ed incisivo strumento di presidio. Tale carattere endemico delle nullità di protezione, precipuamente consacrate alla tutela di un interesse individuale, deroga alla sistematizzazione generale dell'invalidità contrattuale sotto un triplice profilo: quello sostanziale, essendo di regola la tutela degli interessi singolari affidata all'annullabilità (artt. 1425 ss.). La legittimazione attiva, per cui la nullità comminata dall'art. 1418 cod. civ. può essere fatta valere da «*chiunque vi abbia interesse*», in conformità con la sua natura di rimedio tradizionalmente connesso alla tutela di interessi generali, e infine l'aspetto inerente al portato della declaratoria di nullità e, segnatamente, al rimedio restitutorio di quanto prestato in esecuzione del contratto (artt. 2033 ss.). Infatti, essendo la nullità di protezione posta a tutela dell'interesse individuale del contraente "debole", degli effetti derivanti dalla sua dichiarazione, compresa la facoltà di ricorrere alla disciplina dell'indebito, solo questi può avvantaggiarsene *rectius*: farla valere [38].

In un'ottica di più ampio respiro, la Corte di cassazione si è soffermata sull'operatività della cosiddetta nullità selettiva derivante dall'invalidità del contratto-quadro stipulato tra intermediario finanziario ed investitore, risolvendo un contrasto interpretativo circa l'effettiva portata della fattispecie di cui all'art. 23 T.U.F. In particolare, il disaccordo concerneva la legittimità della limitazione degli effetti derivanti dall'accertamento della nullità del contratto-quadro ai soli ordini oggetto della domanda dell'investitore.

Sul punto, nella giurisprudenza di legittimità si erano fronteggiate due contrapposte linee interpretative: l'una [39], favorevole all'impiego della nullità selettiva con conseguente limitazione della declaratoria di invalidità ed estensione del rimedio restitutorio (art. 2033 cod. civ.) alle sole operazioni oggetto della domanda formulata dal cliente; l'altra [40], di segno contrario, incline ad estendere gli effetti della dichiarazione anche agli acquisti esclusi dalla causa *petendi* attorea, con tutte le conseguenze restitutorie e compensative fatte valere in via di eccezione o di domanda riconvenzionale.

Il fondamento del contrasto risiedeva in un'opposta prospettiva di lettura del congegno di tutela, ritenendo

[38] Cass. civ., S.U., n. 28314/2019 che ha posto il seguente principio di diritto: «La nullità per difetto di forma scritta, contenuta nell'art. 23, comma 3, del d.lgs. n. 58/1998, può essere fatta valere esclusivamente dall'investitore con la conseguenza che gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento operano soltanto a suo vantaggio. L'intermediario, tuttavia, ove la domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, può opporre l'eccezione di buona fede, se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno, alla luce della complessiva esecuzione degli ordini, conseguiti alla conclusione del contratto-quadro».

[39] Cass. civ. n. 6664/2018.

[40] Cass. civ. n. 8395/2016.



il primo orientamento che la necessità di protezione del contraente "debole" fosse sufficiente a giustificarne un'operatività a trecentosessanta gradi, anche in senso svantaggioso per la parte professionale del rapporto; postulando, invece, il secondo indirizzo un'operatività in senso più bilanciato del rimedio.

A fronte di ciò, una terza tesi identificava nel principio della buona fede il mezzo più adeguato per affrontare il tema dell'uso eventualmente distorsivo della nullità di protezione in funzione selettiva. Ed infatti, ad avviso di questo filone esegetico, detto canone consentiva, senza alterare il regime giuridico – con particolare riguardo all'unilateralità – dello strumento di presidio legislativamente contemplato, la ricostruzione dell'equilibrio delle posizioni contrattuali delle parti e la contestuale neutralizzazione di impieghi abusivi ad esclusivo detrimento di una di esse [41].

Le Sezioni Unite si inseriscono in quest'ultimo tracciato e giungono ad escludere le opzioni ricostruttive avulse dal canone di buona fede, le quali o consideravano legittima l'azione intrapresa dal contraente debole senza alcuna limitazione, o negavano la legittimità dell'uso selettivo delle nullità di protezione, aprendo alla ripetizione dell'indebito anche in relazione agli investimenti non selezionati dall'investitore ma travolti dalla nullità del contratto-quadro.

Ciò costituisce il portato della rilettura "*in modo costituzionalmente orientato e coerentemente con i principi del diritto euro-unitario*" dell'art. 23, comma 3, T.U.F., con specifico riguardo ai principi posti dagli artt. 2, 3, 41 e 47 Cost.

Alla luce di quanto affermato, l'approdo nomofilattico ha chiarito che:

i) della dichiarata invalidità del contratto-quadro può avvalersi soltanto l'investitore, sia sul piano sostanziale della legittimazione esclusiva che su quello sostanziale dell'operatività a suo esclusivo vantaggio e quindi la banca non è legittimata ad agire in via riconvenzionale, o in via autonoma, *ex* artt. 1422 e 2033 cod. civ.;

ii) l'uso selettivo del rilievo della nullità del contratto-quadro non contrasta con lo statuto normativo delle nullità di protezione, ma la sua operatività deve essere modulata e conformata dal principio di buona fede;

iii) al fine di modulare correttamente il meccanismo di riequilibrio delle posizioni contrattuali delle parti di fronte all'uso selettivo delle nullità di protezione, deve procedersi ad un esame degli investimenti complessivamente eseguiti, comparando quelli oggetto dell'azione di nullità, derivata dal vizio di forma del contratto-quadro, con quelli che ne sono esclusi e verificare se permanga un pregiudizio per l'investitore corrispondente al *petitum* azionato.

Nel caso in cui si accerti che gli ordini non colpiti dall'azione di nullità abbiano prodotto un rendimento economico superiore al pregiudizio confluito nel *petitum*, può essere opposta, ed al solo scopo di paralizzare gli effetti della dichiarazione di nullità degli ordini selezionati, l'eccezione di buona fede, al fine di non determinare un ingiustificato sacrificio economico in capo all'intermediario stesso. Più specificamente, l'effetto neutralizzante sarà totale, là dove il saldo sia positivo per il cliente; parziale, in caso contrario [42].

---

[41] Cass. civ., ord. nn. 12388, 12389, 12390/2017 e n. 23927/2018.

[42] «Limitatamente a tali ipotesi, l'intermediario può opporre all'investitore un'eccezione, qualificabile come di buona fede, idonea a paralizzare gli effetti restitutori dell'azione di nullità selettiva proposta soltanto in relazione ad alcuni ordini. L'eccezione sarà opponibile, nei limiti del *petitum* azionato, come conseguenza dell'azione di nullità, ove gli investimenti, relativi agli ordini non coinvolti dall'azione, abbiano prodotto vantaggi economici per l'investitore. Ove il *petitum* sia pari od inferiore ai vantaggi conseguiti, l'effetto impeditivo sarà integrale. L'effetto impeditivo sarà, invece, parziale, ove gli investimenti non colpiti dall'azione di nullità abbiano prodotto risultati positivi ma questi siano di entità inferiore al pregiudizio determinato nel *petitum*. L'eccezione di buona fede operando su un piano diverso da quello dell'estensione degli effetti della nullità dichiarata, non è configurabile come eccezione in



4. – In senso generale, la forma è il veicolo attraverso il quale la volontà negoziale si esteriorizza, divenendo in tal modo conoscibile ai terzi [43].

Nel Codice civile, la disciplina contenuta nel IV Libro si occupa della specie della forma scritta, considerata nel capo dedicato ai requisiti essenziali del contratto (art. 1325, n. 4)) e in tre articoli contenuti in un'apposita sezione (artt. 1350-1352), per cui le operazioni negoziali concernenti diritti immobiliari, siano esse definitive o preliminari, devono stipularsi con atto pubblico o scrittura privata, a pena di nullità [44].

L'individuazione della forma da adottarsi è rimessa non solo alla legge, ma anche ai privati. L'art. 1352 cod. civ. stabilisce, infatti, che, se le parti hanno convenuto per iscritto una determinata forma per la futura conclusione di un contratto, si deve presumere che ciò sia stato espressamente voluto per la validità di questo.

La disposizione ha suscitato un vivace dibattito con riguardo a tre aspetti. Quanto alla natura giuridica della convenzione, non potrebbe trattarsi di un preliminare [45], posto che con la sottoscrizione della stessa le parti si obbligano esclusivamente ad impiegare per la stipula una forma prestabilita, con lo scopo di evitare incertezze sull'esistenza e sul contenuto dell'accordo [46]. Facendo leva sulla Relazione al codice, si tratterebbe di un contratto normativo e quindi sarebbe correttamente riconducibile tra le pattuizioni con cui i privati, in previsione di futuri rapporti, ne determinano antecedentemente la disciplina [47].

È stato inoltre precisato che il negozio *ex* art. 1352 cod. civ. avrebbe carattere bilaterale. Ed infatti, l'assunzione unidirezionale del vincolo si risolverebbe in una limitazione della libertà d'agire non motivata da un interesse rilevante per l'ordinamento giuridico [48].

Persistono dubbi, poi, nella possibilità di stipulare contratti in forme diverse da quelle contemplate dal Codice civile, anche se è prevalente l'opinione che le parti possano farlo purché ciò risponda al canone di meritevolezza [49]. Onde tale ambito, alla luce di quanto sopra affermato in ordine all'intimo legame tra il principio sancito dall'art. 1322, comma 2, cod. civ. ed il sistema dei valori tracciato dalla Carta fondamentale, rappresenterebbe un loro primo possibile contesto di operatività in punto di forma.

Perplessità sussistono altresì in merito agli effetti della violazione della pattuizione, ai fini dell'eventuale invalidità o inefficacia dell'atto successivamente concluso. Oppure, come diversamente può sostenersi, per la nullità dello stesso [50]. Un'ipotesi che trae fondamento dall'art. 1418, il quale non pone alcuna distinzione tra forma imposta dalla legge e forma convenzionale, parlando genericamente di "*assenza di uno dei requisiti*

---

senso stretto non agendo sui fatti costitutivi dell'azione (di nullità) dalla quale scaturiscono gli effetti restitutori, ma sulle modalità di esercizio dei poteri endocontrattuali delle parti. Deve essere, tuttavia, oggetto di specifica allegazione».

[43] Cfr. F.S. PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9° ed. ristampa, Jovene, Napoli, 2012, 135 per il quale: «Questa [la forma], portando nel mondo esteriore la volontà del soggetto, la perfeziona, rendendola idonea a produrre gli effetti che si propone, ad assumere rilevanza giuridica. (…) Forma è l'espressione della volontà e, come tale, non può mancare in nessun negozio».

[44] Le disposizioni in materia di forma del contratto sono profondamente connesse alla disciplina della trascrizione (artt. 2643 ss. c.c.). Questo legame sistematico emerge nitidamente dall'art. 2643 c.c., che contiene un'elencazione in gran parte ricalcata su quella dell'art. 1350 c.c., nonché dall'art. 2657 cod. civ. per il quale: «*La trascrizione non si può eseguire se non in forza di una sentenza, di atto pubblico o di scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente*».

[45] A. GENOVESE, *Forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949, 70 ss.

[46] In tal senso, R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale, artt. 1321-1352*, in *Comm. cod. civ.,* a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna-Roma, 1970, 456; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, 1948, 459.

[47] L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico* cit., 458-459.

[48] G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980, 218.

[49] F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato dir. civ. comm.* a cura di A. Cicu, F. Messineo, Milano, 1987, 373.

[50] G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale* cit., 218; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico* cit., 458; F. MESSINEO, *Il contratto in generale,* in *Tratt. dir. civ. comm.* a cura di A. Cicu, F. Messineo, Milano, 1968, 154 ss.



previsti dall'art. 1325", tra i quali rientra la forma. Nonché dal tenore letterale dell'art. 1352 cod. civ., il quale prevede che la forma volontaria sia voluta per la "validità" del contratto. E, infine, dalla *ratio* della previsione, il cui scopo sotteso sarebbe quello di evitare che una forma diversa da quella stabilita possa rendere oscura la volontà o comunque dare luogo ad inconvenienti probatori. Per una differente prospettiva esegetica, stipulando il contratto in antitesi con quanto previamente sancito, le parti avrebbero derogato, sia pur implicitamente, al patto o, comunque, volontariamente rinunciato a far valere, in un ipotetico giudizio, il difetto di forma [51]. In senso critico, si può tuttavia rilevare che, dovendosi la convenzione *ex* art. 1352 cod. civ. stipulare "per iscritto", le parti, al fine di sciogliere o modificare l'impegno assunto, non potrebbero agire per comportamenti concludenti, ma sarebbero tenute a perfezionare l'accordo impiegando la stessa forma (scritta) della pattuizione sulla quale intendono intervenire.

Al di là dell'esigua sistematizzazione esaminata, la forma è considerata dal Codice civile in maniera disorganica. Di essa si occupano, ad esempio, l'art. 1392 cod. civ., per il quale la procura non ha effetto se non conferita nella stessa forma del contratto che il rappresentante deve concludere. E ancora, ma nell'ambito del Libro II, l'art. 782 cod. civ., secondo cui la donazione, allo scopo di supplire alla debolezza causale che la connota e richiamare l'attenzione del disponente sulla sua portata, deve essere fatta per atto pubblico, sotto pena di nullità. La disposizione è stringente ed in rapporto di specialità reciproca con l'art. 1350 cod. civ. Ed infatti essa esclude il ricorso alla scrittura privata e letta con l'art. 769 cod. civ., eleva l'adozione della forma scritta a regola anche per i contratti obbligatori, là dove, per questa tipologia negoziale, il vincolo *ex* art. 1350 cod. civ. riguarda solamente locazioni immobiliari ultra-novennali e costituzioni di rendite vitalizie.

Ulteriori frammenti normativi sono rinvenibili nella disciplina del testamento (artt. 587 ss.), che, rispetto alla forma, traccia un regime di invalidità eccentrico, modulato in funzione della gravità dell'inosservanza. La finalità è quella di delineare, rispetto al contratto, un più ampio margine di salvezza del negozio che incorpora la volontà del defunto. Ai sensi dell'art. 606 cod. civ. è nullo il testamento olografo, quando manca l'auografia o la sottoscrizione del disponente; il testamento per atto di notaio, nel caso in cui difetti la redazione per iscritto, da parte del pubblico ufficiale, delle dichiarazioni del testatore, ovvero la sottoscrizione dell'uno o dell'altro. Per ogni altro vizio di forma, l'atto di ultima volontà può essere annullato, su istanza di chiunque vi abbia interesse. La relativa azione si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata data esecuzione alle disposizioni ivi contenute.

Anche nel Libro V vi sono riferimenti alla forma. A tal proposito, vengono in rilievo gli artt. 2332, comma 1), cod. civ., che commina la nullità dell'atto costitutivo di S.p.a. per il quale non sia stata adottata la forma dell'atto pubblico, e l'art. 2296 cod. civ., che pone un onere di forma scritta – atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata – per l'iscrizione nel registro delle imprese.

Il ruolo dell'istituto non è invariabilmente quello costitutivo dell'atto di autonomia poiché al medesimo è assegnata anche funzione probatoria. È quanto emerge dall'art. 2725 cod. civ. secondo cui, quando in forza di legge o volontà delle parti, un contratto deve essere provato per iscritto, la testimonianza è ammessa solo nell'ipotesi in cui il contraente abbia perduto il documento, senza sua colpa.

Tradizionalmente, l'analisi della materia è scandita dal confronto di due impostazioni in ordine alla sussistenza del principio della libertà di forma. L'una [52], ad esso favorevole, ritiene che i vincoli esaminati siano

[51] M. NUZZO, *Sulla rilevabilità d'ufficio del difetto di forma convenzionale*, nota a Cass. 9 febbraio 1980 n. 909, 2239; A. LISERRE, voce *Forma degli atti, I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, vol. XIV, 5; M. GIORGIANNI, voce *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1968, vol. XVII, 1002-1003.

[52] Per tutti si v. C.M. BIANCA, *Il contratto* cit., 245.



eccezionali, protesi verso una più sicura determinazione ed una maggiore riflessiva formulazione della volontà dei contraenti, nel solco dei canoni della certezza del diritto e della solidarietà sociale. L'altra [53] lo nega in radice giungendo ad identificare, sulla base dell'art. 1325 cod. civ., una duplice struttura contrattuale: debole, risultante dalla combinazione di accordo, causa ed oggetto, e forte, rispetto alla quale verrebbe in considerazione anche l'elemento formale. Una tesi molto acuta che, tuttavia, si imbatte nello sbarramento della essenzialità della forma del contratto quando è prescritta dalla legge a pena di nullità (art. 1325 n. 4), per quanto la stessa sia sempre elemento imprescindibile del fenomeno negoziale, essendo il veicolo attraverso il quale la volontà dei privati si manifesta all'esterno.

Le strettoie di un'analisi così diretta e delle sue conseguenze applicative, evidenziano l'opportunità di un mutamento prospettico in senso funzionale ed assiologico. A tale riguardo, è stato condivisibilmente osservato che: «i limiti all'esercizio del diritto alla realizzazione di attività o al compimento di un atto sono da sottoporre al giudizio di costituzionalità non tanto per il *quantum*, ma soprattutto per l'*an*; vanno pertanto individuati e valutati i rispettivi fondamenti a confronto con le norme e i valori costituzionali» [54].

Nel solco di tale cambiamento, le impostazioni tradizionalmente collegate al tema in esame risultano opinabili sotto molteplici profili. Un primo aspetto di criticità risiede nel preteso accostamento tra eccezionalità ed inderogabilità delle disposizioni sulla forma [55], con nullità di ogni patto derogatorio. In senso critico può rilevarsi, innanzitutto, che la violazione della disciplina legale della forma non è invariabilmente connessa alla nullità [56], e, in secondo luogo, che la deduzione del suo carattere inderogabile a partire dalla comminatoria della sanzione, e non piuttosto da un'indagine funzionale, si risolve in un'indebita inversione logica. Ecco che «la funzione della norma non si ricava dalla «sanzione» nullità, ma è la nullità che deve essere giustificata in base alla funzione (preindividuata) dalla norma» [57].

Non è condivisibile, poi, l'idea che per l'autonomia privata la forma costituisca mero vincolo, posto che al suo fondamento si pongono sovente interessi di rango comparabile (o addirittura superiore) alla prima. Un approccio più equilibrato è suggerito anche dall'art. 41, comma 2, Cost. per il quale l'iniziativa economica è sì presidiata, ma deve comunque svolgersi in modo da non compromettere sicurezza, libertà e dignità umana [58]; una visione, questa, che trova nella forma un sicuro ancoraggio in funzione garantista [59].

È altresì insoddisfacente ridurre l'analisi all'esangue binomio regola-eccezione sul presupposto dell'esistenza del principio di libertà delle forme. Sotto tale profilo, è quindi apprezzabile la posizione di quanti rifiutano una tale semplificante determinazione, giungendo ad affermare che la norma di cui all'art. 1325 n. 4), cod. civ. è «suscettibile di applicazione analogica, e capace di esprimere principi generali» [60] da evincersi dalle altre norme sulla forma contemplate dall'ordinamento. Tuttavia, l'aspetto di maggiore critici-

---

[53] N. IRTI, *Del falso principio di libertà delle forme. Strutture forti e strutture deboli*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di M. Giorgianni*, Napoli, 1988, 452 ss.

[54] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale* cit., 168 ove si evidenzia che: «*Un'indagine del genere è per lo più sfuggita all'attenzione della dottrina ed è questa la ragione principale della tralaticia qualifica di eccezionalità delle regole statuenti forme legali degli atti negoziali*».

[55] M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 994-1001.

[56] Come emerge dal menzionato art. 606 cod. civ. in punto di testamento.

[57] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale* cit., 169 e Idem, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, ESI, Napoli, 1987, 19 ss. e 117 ss.

[58] P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, 35 ss.

[59] Si v. Corte cost., 23 novembre 1994, n. 398, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, 58 in merito alla funzione di garanzia svolta dalla forma scritta per il licenziamento individuale.

[60] N. IRTI, *o.u.c.*, 20.



tà di questa raffinata teorizzazione può rintracciarsi nella svalutazione del momento sistematico connotante, per il principio di unitarietà dell'ordinamento, la valutazione di ogni regola giuridica, di talché: «Eccezionale è la norma che si presenta tale nel contesto delle regole generali e delle altre leggi, cioè dell'intero ordinamento storicamente condizionato» [61].

La natura eccezionale o meno di ciascuna regola legale deve, quindi, essere vagliata dall'interprete non con riguardo all'art. 1325 n. 4) cod. civ. o al principio di libertà della forma, quanto, piuttosto, agli interessi su cui la stessa si basa, testandone meritevolezza, compatibilità e coerenza con altre ipotesi pure fondate su valori essenziali del sistema. Tutto ciò in una prospettiva precipuamente teleologica, in accordo con quanto stabilito in materia processuale dall'art. 121 c.p.c.

Questa è, peraltro, l'impostazione che emerge da alcuni recenti arresti della giurisprudenza di legittimità. Quello relativo alla forma del patto fiduciario [62], cioè dell'accordo con cui, in linea di massima, taluno (il fiduciario) si obbliga a gestire un bene immobile di cui sia già titolare (fiducia statica), o all'uopo alienatogli (fiducia dinamica) da un altro soggetto (il fiduciante), per conto di quest'ultimo ed a trasferirlo a lui nuovamente ovvero ad un terzo (il beneficiario). Il fenomeno è complesso e non agevolmente riducibile ad una definizione adeguata a ricomprendere tutte le sue possibilità. Anche il dibattito in ordine alla natura giuridica, individuata in quella di un patto autonomo o accessorio al trasferimento immobiliare (eventuale), riverbera la poliedricità della materia.

Con riguardo alla questione evocata, si contrapponevano due indirizzi. L'uno, minoritario [63], riteneva che l'accordo fiduciario non richiedesse forma scritta a fini di validità, ben potendo detto requisito venire soddisfatto da una successiva dichiarazione unilaterale con cui il fiduciario si fosse impegnato a trasferire determinati beni al fiduciante, in attuazione del *pactum* [64]. L'altro [65], prevalente, subordinava la rilevanza della convenzione fiduciaria alla circostanza che i soggetti l'avessero affidata ad un atto scritto. La premessa risiedeva nell'equiparazione di quest'ultima al preliminare, con conseguente operatività del vincolo *per relationem* (art. 1351 cod. civ.) [66].

Le Sezioni Unite tracciano una soluzione inedita. Dopo aver dichiarato l'inapplicabilità al patto fiduciario dell'art. 1351, rilevano che l'eventuale dichiarazione scritta contenente l'impegno al ritrasferimento, varrebbe quale promessa *ex* art. 1988 cod. civ.; la sua funzione sarebbe, dunque, di attenuare l'onere probatorio di colui a favore del quale è stata fatta. L'esito interpretativo fonda su tre connotati del patto fiduciario, essendosene constatata la distanza intercorrente con il preliminare, calibrato su un diverso assetto di interessi [67]; il

---

[61] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale* cit., 174.

[62] Cass. civ., Sez. un., 6 marzo 2020, n. 6459.

[63] Inaugurato da Cass. civ., sez. III, 15 maggio 2014, n. 10633.

[64] Secondo questa prospettazione, la dichiarazione unilaterale con cui il soggetto, riconoscendo il carattere fiduciario della precedente intestazione, prometteva il passaggio del bene al fiduciante, aveva un proprio rilievo quale autonoma fonte dell'obbligazione del promittente, purché integrata dall'enunciazione dell'impegno e del contenuto della prestazione. A fondamento, veniva evocata la disciplina del mandato senza rappresentanza all'acquisto di beni immobili, rispetto al quale era stata esclusa la necessità della forma scritta.

[65] *Ex multis* Cass. civ., sez. II, 25 maggio 2017, n. 13216; Cass. civ., sez. I, 17 settembre 2019, n. 23093.

[66] L'applicazione di detta disposizione al patto fiduciario fondava, in primo luogo, sulle affinità strutturali tra quest'ultimo ed il contratto preliminare, discendendo da entrambi un obbligo di trasferimento immobiliare. In secondo luogo, sulla valorizzazione dell'influenza operativa intercorrente tra gli artt. 1351 e 2932 cod. civ. Tuttavia, quest'ultimo argomento era inaccettabile, risolvendosi in quella che i logici definiscono la "fallacia dell'affermazione del conseguente".

[67] A tale riguardo, nella sentenza a S.U. in esame si afferma che: «*nel preliminare l'effetto obbligatorio è strumentale all'effetto reale, e lo precede, nel contratto fiduciario l'effetto reale viene prima, e su di esso s'innesta l'effetto obbligatorio, la cui funzione non è propiziare un effetto reale già prodotto, ma conformarlo in coerenza con l'interesse delle parti. Ne consegue che, mentre*



più idoneo accostamento al mandato senza rappresentanza ad acquistare, con derivante estensione del regime libero della forma per quest'ultimo sostenuto dall'orientamento esegetico prevalente [68]; da ultimo, ed è la considerazione di maggior rilievo ai fini che in questa sede interessano, un non trascurabile risvolto concreto, per cui – osservano le Sezioni Unite – «*condizionare all'osservanza della forma scritta la validità del patto fiduciario significherebbe praticamente escludere la rilevanza pratica della fiducia in molte ipotesi di fiducia cum amico, dato che la formalità del patto finirebbe quasi sempre per incidere sulla dimensione pratica del comportamento, escludendone la fiduciarietà dal punto di vista della morfologia del fenomeno empirico*».

Il secondo arresto di rilievo concerne la forma del contratto-quadro di investimento [69]. Nello specifico, si dubitava della portata dell'art. 23 del d.lgs. n. 58/1998 ed in particolare della occorrenza della firma dell'intermediario ai fini di validità del negozio. La Cassazione nella sua massima composizione ha abbracciato la soluzione negativa, sulla scorta di un duplice apprezzamento. In primo luogo, si è osservato che il vincolo legale di forma andrebbe inteso «*secondo quella che è la funzione propria della norma e non automaticamente richiamando la disciplina generale sulla nullità*». In secondo luogo – e conseguentemente – è stata valorizzata la finalità di presidio dell'interesse del contraente debole, da cui l'imprescindibilità della sua sola firma per il soddisfacimento della prescrizione [70].

5. – L'interpretazione del contratto [71] può definirsi quale operazione di accertamento della portata semantica delle clausole negoziali, tesa alla identificazione del loro contenuto [72], dei loro effetti e del regime appli-

---

l'obbligo di trasferire inerente al preliminare di vendita immobiliare è destinato a realizzare la consueta funzione commutativa, la prestazione traslativa stabilita nell'accordo fiduciario serve, invece, essenzialmente per neutralizzare il consolidamento abusivo di una situazione vantaggiosa per il fiduciario a danno del fiduciante». E ancora che: «*l'obbligo nascente dal contratto preliminare si riferisce alla prestazione del consenso relativo alla conclusione di un contratto causale tipico (quale la vendita), con la conseguenza che il successivo atto traslativo è qualificato da una causa propria ed è perciò improntato ad una funzione negoziale tipica; diversamente, nell'atto di trasferimento del fiduciario – analogamente a quanto avviene nel mandato senza rappresentanza (art. 1706, comma 2) – si ha un'ipotesi di pagamento traslativo, perché l'atto di trasferimento si identifica in un negozio traslativo di esecuzione, il quale trova il proprio fondamento causale nell'accordo fiduciario e nella obbligazione di dare che da esso origina*».

[68] Sul punto, le S.U. asseriscono che il mandato senza rappresentanza ad acquistare «*costituendo lo strumento tipico dell'agire per conto (ma non nel nome) altrui, non solo può piegarsi alle esigenze di un pactum fiduciae che contempli l'obbligo del fiduciario di ritrasferire al fiduciante un diritto, ma si pone anzi come figura negoziale praticamente meglio idonea ad assorbire, senza residui e senza necessità di ulteriori combinazioni, (...) quel determinato intento*». Ad ulteriore conforto, si rileva che: «*la dottrina, dal canto suo, evidenzia come mandato (in nome proprio) e negozio fiduciario si presentino entrambi come espressioni della interposizione reale di persona: in particolare, con specifico riguardo all'ipotesi, che qui viene in rilievo, del soggetto che abbia acquistato un bene utilizzando la provvista di altri e per seguire le istruzioni ricevute, essa perviene alla conclusione che tale posizione può essere qualificata come mandato e come fiducia, ma che le norme applicabili sono comunque le stesse*».

[69] Cass. civ., Sez. un., n. 898/2018.

[70] Le S.U. richiamate hanno posto il seguente principio di diritto: «*Il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dal D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si potrebbe desumere alla stregua di comportamenti concludenti*».

[71] Sul punto si v. L. Bigliazzi-Geri, *L'interpretazione del contratto*, in *Commentario al Codice Civile già diretto da P. Schlesinger,* Milano, Giuffrè, 2013, 61 ss.; C.M. Bianca, *Il contratto*, Milano, 2019, 373 ss.; V. Roppo, *Il contratto*, seconda ed., Milano, Giuffrè, 2011, 439 ss.; M. Bessone, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2013, 175 ss.; M.C. Diener, *Il contratto in generale*, Giuffrè, 2011, 493 ss.

[72] Il contenuto del contratto è l'insieme delle pattuizioni che determinano diritti ed obblighi delle parti, prestazioni e modalità per la loro esecuzione. Può parlarsi anche di regolamento contrattuale come «sistemazione degli interessi delle parti», quale insieme di regole pattuite dalle parti per disciplinare i propri interessi *ex* art. 1322 cod. civ. Il risultato di insieme è il "programma" contrattuale,



cabile, imprescindibile prodromo dell'(eventuale) attività di integrazione (art. 1374 cod. civ.)[73]. Interpretare il contratto, atto di autonomia per eccellenza mediante il quale le parti dispongono della loro sfera giuridica, significa accertare il significato di ciò che le parti hanno disposto, ossia accertare il contenuto sostanziale del contratto[74], e dunque l'intento pratico da loro perseguito[75].

Il procedimento consta di una serie di indagini da compiersi in virtù degli artt. 1362 ss. del Codice civile, di talché il relativo vaglio sembrerebbe connotato da discrezionalità tecnica. Tale operazione è, senza dubbio, condizionata dalla riconduzione del contratto ad un dato tipo negoziale, valutazione da svolgersi in via ufficiosa e, talvolta, in senso contrario a quanto ipotizzato dalle parti.

Come anticipato, l'interpretazione, da un lato, e l'integrazione del contratto, dall'altro, sono attività contigue. Con riferimento a quest'ultima, si suole distinguere tra integrazione suppletiva[76], diretta a colmare eventuali lacune nel regolamento contrattuale, ed integrazione cogente[77], tesa invece alla sostituzione delle clausole negoziali contrarie a norme imperative con quelle imposte dalla legge (artt. 1339, 1419 cod. civ.)[78].

Fondamento normativo dell'integrazione è l'art. 1374 cod. civ. per il quale: «*Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità*».

Nell'ordine disegnato dall'enunciato, lo spazio riservato all'equità è residuale, essendo la stessa collocata in posizione subordinata alla legge, contro la quale non può mai operare.

Il Codice civile non specifica in cosa essa consista, limitandosi a stabilire che il giudice, chiamato a svolgere una valutazione secondo tale canone, sia tenuto ad adottare, nel quadro del sistema assiologico tracciato

---

in senso giuridico, ma anche economico cui il primo è strumentale. Il contenuto dell'accordo esteriorizza e oggettivizza le volontà delle parti determinandone la sintesi. Al riguardo, si v. R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2015.

[73] In astratto, l'interpretazione non si confonde mai con l'integrazione, costituendone un momento preliminare. Si v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Roma, 2004; G. GABRIELLI, *Norme imperative e integrazione del contratto*, Milano, 1994; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *I contratti in generale*, Torino, 1999, 1019 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1967, 148 ss.; F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, 1969, 108 ss.

Peraltro, v'è da dire che integrazione ed interpretazione oggettiva si avvicinano. L'integrazione, in termini generali, presuppone una lacuna nel regolamento, l'interpretazione oggettiva si spiega con una particolare oscurità o necessità ermeneutica del contratto. D'altronde, l'integrazione, così come anche l'interpretazione oggettiva, possono porsi anche in termini correttivi a tutela tanto di interessi generali (come nel caso dell'operatività del principio di conservazione degli atti), quanto particolari (cioè delle parti del contratto).

[74] In questi termini Cass. Civ., sez. III, 7 marzo 2023, 6727.

[75] Quel che presiede all'organizzazione nella quale propriamente consiste il sistema, è da sempre l'interpretazione, che rispetto al sistema opera secondo un dispositivo discorsivo: l'interpretazione produce organizzazione, la quale istituisce un determinismo che rende necessaria nuova interpretazione che produce a sua volta nuova organizzazione, ecc. In questo senso, la complessità del sistema non comporta un conflitto con l'attività interpretativa ma rende solo necessario un adeguamento degli strumenti concettuali da porre a fondamento dell'attività interpretativa perché possa essere adeguata alla complessità e innovatività contemporanea, procedendo, alla c.d. ricerca della giusta soluzione del caso, mediante la riorganizzazione del tessuto normativo. Così, M. BARCELLONA, *Un'altra complessità, l'orizzonte europeo e i problemi della causa*, in Juscivile, 2016, 5, 360.

[76] S. PAGLIANTINI, G. D'AMICO, "*Nullità per abuso e integrazione del contratto*", Torino, 2013, 216 ss.; F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *"Manuale di diritto civile*", "*Il contratto*", 2008, 649; F. CACCIAFAVA, "*Contratti*", Milano, 2012, 61; F. BOCCHINI, R. QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2016, 951 ss.

[77] V. ROPPO, *Il contratto* cit., 471 ss.

[78] Il termine "legge" deve essere inteso in senso lato con riferimento a qualsiasi normativa stabilmente ed istituzionalmente vigente indipendentemente dal livello e la fonte di provenienza compresi i principi: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale,* 2006, 545. I principi, quindi, sono idonei ad integrare il contratto; questo vale innanzitutto per i principi costituzionali e per i principi di diritto comunitario, specialmente se contenuti nei Trattati, che sono direttamente applicabili nel nostro ordinamento, purché non siano in contrasto con i valori fondamentali della Carta costituzionale. Si vedano al riguardo: S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, 118 ss.; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, Napoli, 2001; E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*", Milano, 2000.



dalla Carta fondamentale, la soluzione meno gravosa per l'obbligato, se il contratto è gratuito, ovvero, in caso di onerosità, quella in grado di assicurare un ragionevole contemperamento degli interessi in gioco.

Per altro verso, al di fuori delle ipotesi in cui puntuali norme di legge facciano ad essa richiamo (es. art. 1384 cod. civ. in punto di riduzione della clausola penale manifestamente eccessiva), è controversa l'ammissibilità di un intervento correttivo con modifica del contenuto o degli effetti del contratto. Secondo l'orientamento attualmente più diffuso, quando non è espressamente evocata, l'equità può operare solo in via sussidiaria e suppletiva rispetto all'autonomia privata, al fine di colmare (eventuali) lacune del contratto [79].

Le regole di interpretazione del contratto poste dal Codice civile vengono tradizionalmente distinte in soggettive ed oggettive. Le prime tendono all'individuazione della comune intenzione delle parti. L'art. 1362 cod. civ. prevede, a tale riguardo, che: «*Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto*».

Alla luce di tale disposizione, dunque, la ricerca della comune intenzione delle parti [80] fonda sul tenore letterale del contratto, nonché sul complessivo comportamento dalle medesime tenuto in epoca precedente e successiva alla stipula. Là dove la portata semantica ricavabile dal dato testuale sia contraddetta dal significato tratto dal contegno dei contraenti, sarà quest'ultimo a prevalere [81].

Quanto all'interpretazione dell'elemento letterale, di particolare rilievo è, senza dubbio, l'art. 1363 cod. civ. per il quale «*Le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto*» [82], onde occorre conferire a ciascuna parte del testo un significato che sia coerente con quello delle altre [83].

---

[79] L'equità integrativa del contratto ricorre quando la legge consente al giudice di sopperire ad una incompleta determinazione del contenuto contrattuale, esprimendo stime, fissando prezzi ed assegnando valori alle prestazioni delle parti. Sull'equità quale fonte di integrazione del contratto si v. a F. GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, 1970, 11 ss.; F. GALGANO, *Dialogo sull'equità fra il filosofo del diritto ed il giurista positivo*, 401 ss.; G. TUCCI, *L'equità nel codice civile e l'arbitrato di equità*, 1998, 471 ss.

[80] Fine ultimo dell'interpretazione, secondo la dottrina tradizionale: *ex plurimis*, G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, 3; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 352; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, terza ed., in *Trattato Grosso-Santoro Passarelli*, Torino, 1972, 182, pur non mancando una differente opinione secondo cui la "comune intenzione dei contraenti" costituisce canone interpretativo e non fine dell'interpretazione. Sul punto, anche N. IRTI, *Testo e contesto*, Padova, 1996.

[81] In questo senso la chiarezza non va intesa in senso meramente lessicale, ma in relazione alle intenzioni dei contraenti Cass. civ., 9 dicembre 2014, n. 25840, in *Foro it.*, 2015, 10, I, 3284. Al riguardo, secondo un primo orientamento, il senso letterale delle parole deve ritenersi il criterio fondamentale e prioritario, con la conseguenza che, ove le espressioni usate nel contratto siano di chiara ed inequivoca significazione, la ricerca della comune volontà è esclusa (Cass. civ., 29 settembre 2005, n. 19140, in *Mass. Foro it.*); secondo altra impostazione, il giudice non può mai prescindere dalla ricerca della comune intenzione delle parti, rispetto alla quale il senso letterale delle parole adoperate dai contraenti si pone come il primo degli strumenti di interpretazione Cass. civ., 25 febbraio 1982, n. 1198, in *Mass. Foro it.*

[82] Ne deriva che, in tale prospettiva, il significato delle parole utilizzate nel testo contrattuale e, quindi, il valore da attribuire alla dichiarazione negoziale, deve essere ricercato in ogni parte e in ogni parola che compone il testo contrattuale e non in una parte soltanto, quale una singola clausola contrattuale, dovendo il giudice, ai sensi dell'art. 1363 c.c., collegare e raffrontare tra loro frasi e parole, come anche il contesto relazionale delle parti, al fine di chiarire il significato del regolamento contrattuale: Cass. civ., 28 agosto 2007, n. 18180, in *Danno e resp.*, 2008, 752, con nota di I. CONFORTINI; Cass. civ., 22 dicembre 2005, n. 27479, in *Obbl. e contr.*, 2006, 553, con nota di Gennari; Cass. civ., 16 giugno 2003, n. 9629, in *Giust. civ.,* 2004, I, 2334; Cass. civ., 17 febbraio 2010, n. 3685, in *Orient. giur. lav.*, 2010, 28; Cass. civ., 22 febbraio 2007, n. 4176, in *Arch. giur. op. pubb.*, 2007, 252.

[83] F. ASTONE, *Art. 1363*, in *Comm. Gabrielli,* Torino, 2011, 452 ss.; A. GENTILI, *Senso e consenso*, II, Torino, 2015, 563. *Contra* sembra porsi Cass. civ., 31 maggio 2011, n. 12037, in *Giuda dir.*, 2011, 42, 23. Si v., poi, G. GIACOBBE, *L'interpretazione del contratto*, in *Diritto civile*, a cura di Lipari e Rescigno, III.2, Milano, 2008, 568, che, a fronte della chiarezza del testo, sembra escludere l'interpretazione sistematica.



Sempre nella prospettiva individualizzante dell'interpretazione soggettiva del contratto, occorre considerare l'art. 1364 cod. civ. per il quale «*Per quanto generali siano le espressioni usate nel contratto, questo non comprende che gli oggetti sui quali si sono proposte di contrattare*», nonché i successivi articoli 1365, secondo cui «*Quando in un contratto si è espresso un caso al fine di spiegare un patto, non si presumono esclusi i casi non espressi, ai quali, secondo ragione, può estendersi lo stesso patto*», e 1366 in virtù del quale «*Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede*».

I canoni ermeneutici previsti nelle successive disposizioni possiedono, invece, matrice squisitamente oggettiva, fondando su dati estrinseci alla volontà contrattuale cristallizzata nelle clausole negoziali. L'operatività di tali regole presuppone l'ambiguità ed oscurità del testo contrattuale, ovvero la sussistenza di peculiari circostanze poste dal legislatore a fondamento di specifici correttivi esegetici.

In un'ottica oggettivistica devono essere specificamente riguardati gli artt. 1367, 1368, 1369, 1370 e 1371 cod. civ. [84].

Nel confronto tra i canoni soggettivi ed oggettivi, la Corte di cassazione, riconoscendo una preferenza ai primi, ha forgiato il principio del "gradualismo", di talché le norme di interpretazione oggettiva possono essere applicate solo là dove l'operatività di quelle soggettive abbia fallito il proprio scopo di chiarificazione [85]. L'assioma fonda sul rapporto di sussidiarietà tra i criteri interpretativi. Imprescindibile punto di partenza è il dato letterale quindi, se la portata testuale è *prima facie* ben definita, non vi sarebbe bisogno di ricorrere agli altri criteri interpretativi ("*in claris non fit interpretatio*") [86]. Detto approdo esegetico è stato recentemente ripreso ed implementato da parte della Suprema Corte. Ed infatti, in alcune pronunce, pur dando conto dell'orientamento precedentemente consolidato [87] (per cui, come detto, ai fini della ricerca della comune intenzione dei contraenti il primario strumento è quello letterale), la Cassazione [88] ha affermato che il senso lette-

---

[84] L'art. 1367 cod. civ. pone il principio della conservazione del contratto e stabilisce che la clausola si interpreta nel senso in cui è valida o è efficace, anziché in quello per il quale sarebbe invalida o inefficace. Parimenti, l'art. 1368 cod. civ. la clausola ambigua si interpreta secondo ciò che generalmente si pratica nel luogo in cui il contratto è stato concluso, ovvero laddove uno dei contraenti sia un imprenditore, nel luogo in cui è situata la sede dell'impresa. Con l'art. 1370 cod. civ. il legislatore precisa che le clausole che pongono condizioni generali di contratto si interpretano, nel dubbio, contro l'autore della clausola, ossia nel senso più favorevole all'altro contraente, che è quello più debole. Se il contratto rimane ancora oscuro, il contratto a titolo oneroso si interpreta nel senso che realizza l'equo contemperamento degli interessi delle parti, ossia il migliore equilibrio possibile tra prestazione e controprestazione; il contratto a titolo gratuito si interpreta nel senso meno gravoso per il contraente obbligato (art. 1371 c.c.). L'art. 1369 c.c., poi, dispone che le espressioni contrattuali che possono avere più sensi devono, nel dubbio, essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto.

[85] La finalità del principio espresso dalla giurisprudenza era quella di evitare che il giudice potesse finire per sostituire la propria opinione alla volontà effettiva delle parti: in questo senso, si v. Cass. civ., 11 maggio 1971, n. 1341, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, 691; sotto altro profilo, si intendeva evitare la pretestuosa censura delle pronunce che avessero fatto riferimento al solo criterio dell'interpretazione letterale.

[86] In tal senso Cass. civ., 8 novembre 2013, n. 25243, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2014, I, 296, con nota di FOGLIA; Cass. civ., 21 maggio 2019, n. 13603, in *Giust. civ.*, mass. 2019, ha sottolineato che: «il ricorrente in cassazione il quale deduca che l'interpretazione di un contratto è avvenuta in violazione degli artt. 1366 e 1369 cod. civ. ha l'onere di indicare, a pena di inammissibilità del gravame, l'elemento semantico di tale contratto che, essendo oggettivamente incerto nel suo significato, rende non sufficiente, per la ricerca della volontà comune delle parti, l'utilizzo del criterio c.d. letterale e necessaria, invece, l'applicazione di quelli della buona fede o della funzione del contratto».

[87] Fatta eccezione per qualche pronunzia di segno diverso, ad es., Cass. civ., 10 ottobre 2003, n. 15150, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 10; Cass. civ., 23 febbraio 1993, n. 12758, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1925.

[88] Si veda, in particolare, Cass. civ., 6 luglio 2018, n. 17718, in *Giust. civ.,* mass. 2018; Cass. civ., 22 ottobre 2014, n. 22343, in *Giuda al dir.*, 2014, 57, 28 con nota di PIRRUCCIO, ma ancora prima Cass. civ., 19 maggio 2011, n. 10998, in *Giuda al dir.*, 2011, 24, 65 per cui: «se è vero che l'elemento letterale assume funzione fondamentale, il giudice, nel rispetto del c.d. principio del gradualismo, deve allora se del caso fare ricorso anche agli ulteriori criteri di interpretazione, e in particolare a quelli, anch'essi in realtà primari criteri d'interpretazione soggettiva, dell'interpretazione funzionale *ex* art. 1367 cod. civ. e dell'interpretazione secondo buona



rale riconducibile alle clausole negoziali deve essere vagliato alla luce dell'intero contesto contrattuale, formato dal rapporto tra le singole parole che compongono la clausola e da quello reciproco tra le clausole stesse (art. 1363 cod. civ.)[89]. Sotto altro profilo, pur assumendosi l'elemento letterale a fondamento dell'operazione di esegesi negoziale, la Suprema Corte ribadisce l'importanza dell'impiego degli ulteriori canoni, tra cui, specialmente, quello funzionale *ex* art. 1369 cod. civ., e, ancora, il criterio della buona fede o correttezza *ex* art. 1366 cod. civ.[90].

Il primo consente di accertare il significato dell'accordo in coerenza appunto con la relativa ragione pratica o causa concreta.

Quanto al secondo, la buona fede o correttezza (in senso oggettivo) è generale metro di condotta oggetto di specifici obblighi (artt. 1337, 1175, 1375 cod. civ.), onde i soggetti coinvolti in una trattativa, parti di un rapporto contrattuale o anche semplicemente obbligatorio sono tenuti a mantenere contegni leali, in applicazione della solidarietà sociale (art. 2 Cost.)[91], volti alla salvaguardia dell'altrui utilità, nei limiti di un ragionevole sacrificio[92], anche a prescindere dall'esistenza di specifiche previsioni contrattuali o legislative. Dalla sua inosservanza può discendere un danno risarcibile[93].

Ciò posto, il criterio esegetico statuito dall'art. 1366 cod. civ. si sostanzia nella lealtà, e, dunque, nel divieto, da un lato, di suscitare falsi affidamenti e di approfittare dei medesimi, e, dall'altro, di contestare legittime e ragionevoli aspettative della controparte[94]. La sua operatività impedisce la formazione di soluzioni esegetiche sofisticate, incoerenti con lo scopo pratico perseguito con l'accordo negoziale[95].

Secondo l'orientamento più diffuso, il criterio esegetico *ex* art. 1366 cod. civ. ricopre una posizione centrale, perno del rinnovato approccio giudiziario sulle operazioni negoziali il quale, facendo leva sull'evoluzione del concetto di causa, risulta essere più penetrante rispetto al passato.

Per altro verso, la necessità di utilizzare in maniera combinata i diversi canoni esegetici del contratto emerge, in maniera nitida, dallo stesso art. 1362 cod. civ. per il quale – come sopra specificato – l'accertamento della comune intenzione delle parti presuppone non solo la considerazione del senso letterale delle pa-

---

fede o correttezza *ex* art. 1366 cod. civ. Il principio di tali criteri consente di accertare il significato dell'accordo alla stregua della relativa ragione prativa o causa concreta». In dottrina, avverso il gradualismo si vedano: C.M. BIANCA, *Il contratto* cit.; ID., *Sulla «sussidiarietà» dei criteri legali di interpretazione non letterale del contratto*, in *Studi in ricordo di Alberto Auricchio*, Napoli, 1974, 129 ss., ed ora in ID., *Realtà sociale ed effettività della norma*, I, Milano, 2002, 253 ss., da cui sono tratte le ulteriori citazioni; G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, cit., 17 ss.; R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, 4° ed., Torino, 2016, 1354 ss.; A. GENTILI, *Senso e consenso*, cit., 615 ss.; V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, 188 ss.; A. SCALISI, *La comune intenzione dei contraenti*, Milano, 2003, 10 ss.; M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, 229 ss.; ID., *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, Torino, 2012, 3; E. CABOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in *Trattato diretto da V. Roppo, II. Regolamento*, Milano, 2006, p. 308 ss.; V. CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione* cit., 65 ss.

[89] Cass. civ., 28 agosto 2007, n. 18180, in *Giust. civ.*, 2008, 3, I, 684; Cass. civ., 22 dicembre 2005, n. 28479, in *Obbl. e contr.*, 2006, 6, 553.

[90] Tali criteri debbono essere infatti correttamente intesi quali primari criteri d'interpretazione soggettiva, e non già oggettiva, del contratto, avendo riguardo allo scopo prativo perseguito dalle parti, e dunque alla causa concreta. In tal modo: Cass. ci., 23 maggio 2011, n. 11295, in *Giust. civ.*, 2012, 2, I, 430; Cass. civ., 19 maggio 2011, n. 10998.

[91] Cass. civ., 31 maggio 2010, n. 13208, in *Giust. civ.*, 2011, 12, I, 2925; Cass. civ., 18 settembre 2009, n. 20106; Cass. civ., 5 marzo 2009, n. 5348, in *Giust. civ. mass.,* 2009, 3, 391.

[92] Cass. civ., 15 febbraio 2007, n. 3462, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 6.

[93] Cass. civ., 10 novembre 2010, n. 22819, in *Vita not.*, 2011, 1, 357.

[94] Cass. civ., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 4, 1134.

[95] Cass. civ., 23 maggio 201, n. 11295; con riferimento alla causa concreta del contratto autonomo di garanzia, Cass. civ., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Giust. civ. mass.,* 2010, 2, 237.



role utilizzate dalle parti, ma anche dai comportamenti tenuti dalle medesime tenuti, nonché degli altri elementi indicati nelle disposizioni del Codice civile sin qui evocate [96].

La considerazione isolata del dato letterale rischia di condurre ad una visione statica del regolamento negoziale, con possibile frustrazione della realizzazione della finalità perseguita dai contraenti [97].

6. – Per l'art. 1366 cod. civ. il contratto deve essere interpretato secondo buona fede [98], canone che risulta, in virtù della sua natura e collocazione intermedia nell'ambito dei criteri di interpretazione, di non agevole ricostruzione sistematica [99].

L'interpretazione secondo buona fede costituisce primaria regola che nella prospettiva della "solidarietà contrattuale", si specifica «*nel significato di lealtà, che si sostanzia nel non suscitare falsi affidamenti e non speculare su di essi come pure nel non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nella controparte*» [100].

---

[96] A. MORACE PINELLI, *In claris non fit interpretatio: un brocardo che non trova asilo nel nostro ordinamento giuridico*, in *Giur. it.,* 1994, I, 1, 1164 ss.; G. GIACOBBE, *L'interpretazione del contratto*, 558; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale,* 3° ed., in *Comm. cod. civ. Utet (artt. 1321-1469)*, Torino, 1980, 207; E. CABOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, p. 311 ss., il quale intende il significato letterale come propedeutico ad ogni altra indagine. In giurisprudenza, si v. Cass. 20 gennaio 1984, n. 511, in *Giust. civ. rep.,* 1984; Cass. civ., 12 luglio 1980, n. 4480, in *Giust. civ.,* 1980, I, 2413.

[97] D. ACHILLE, *Metodo dell'interpretazione contrattuale e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2017, 164.

[98] Il criterio della buona fede, si pone come criterio generale che va applicato sia con riguardo all'effettivo intento delle parti, come con riguardo all'attribuzione di senso al contratto nella difficoltà di individuarne l'intento effettivo. Ciò in quanto, secondo una ricostruzione, infruttuosamente esperiti i criteri soggettivi, prima di passare a quelli oggettivi il giudice dovrà valutare il significato che ciascuna delle parti poteva ragionevolmente aspettarsi in una negoziazione corretta o poteva lealmente attendersi che l'altra condividesse.

[99] La natura, soggettiva o oggettiva, del criterio ha diviso la dottrina, anche se allo stato deve ritenersi prevalere la tesi che assume la natura "soggettiva" del criterio, valorizzando lo stesso il significato che le parti hanno legittimamente creduto di attribuire al regolamento contrattuale: in tal senso, C.M. BIANCA, *Il contratto* cit., 415; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale* cit., 184 ss. La relazione ministeriale al codice civile, al n. 622, invece, dava conto del fatto che la norma collocata nell'art. 1366 che fissa il principio dell'interpretazione secondo buona fede costituiva il «punto di sutura» tra il momento soggettivo ed oggettivo dell'interpretazione; nel senso che rappresenta, invece, una tipologia di criterio "oggettivo", si vedano F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, 2° ed., in Tratt. Cicu-Messineo, Milano, 2002, 471; V. ROPPO, *Il contratto* cit., 477, il quale ritiene di dover qualificare il criterio ermeneutico come oggettivo sul rilievo che il significato attribuito secondo buona fede non corrisponde alla comune intenzione delle parti in quanto, utilizzando siffatto criterio, «si attribuisce al contratto il significato su cui una parte aveva fatto legittimo affidamento»; F. ZICCARDI, *Interpretazione del negozio giuridico* cit., 6; ID., *Le norme interpretative speciali,* Milano, 1972, 36; L. BIGLIAZZI-GERI, *L'interpretazione del contratto* cit., 346; C. GRASSETTI, voce *Interpretazione dei negozi giuridici inter vivos*, in *Nov. Dig.,* VIII, Torino, 1962, 907. In giurisprudenza, che il canone ermeneutico della buona fede andasse catalogato fra i criteri di c.d. "interpretazione oggettiva" era pacifico nella giurisprudenza più risalente (Cass. 11 giugno 1991, n. 6610; Cass. 20 gennaio 1989, n. 345; Cass. 5 aprile 1984, n. 2204, Cass. 19 luglio 2004, n. 13392). Oggi, l'insegnamento della Suprema Corte è invece nel senso che, "pur assumendo l'elemento letterale funzione fondamentale nella ricerca della reale o effettiva volontà delle parti, il giudice deve in proposito fare (…) applicazione altresì degli ulteriori criteri di interpretazione, e in particolare di quelli dell'interpretazione funzionale *ex* art. 1369 cod. civ., e dell'interpretazione secondo buona fede o correttezza ex art. 1366 cod. civ. Tali criteri debbono essere infatti correttamente intesi quali primari criteri d'interpretazione soggettiva, e non già oggettiva, del contratto, avendo riguardo allo scopo pratico perseguito dalle parti con la stipulazione del contratto e quindi alla relativa causa concreta. L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza *ex* art. 1366 cod. civ., quale criterio d'interpretazione del contratto (fondato sull'esigenza definita in dottrina di 'solidarietà contrattuale'), si specifica in particolare nel significato di lealtà, sostanziantesi nel non suscitare falsi affidamenti e non speculare su di essi come pure nel non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nella controparte. A tale stregua esso non consente di dare ingresso ad interpretazioni cavillose delle espressioni letterali contenute nelle clausole contrattuali, non rispondenti alle intese raggiunte, e deponenti per un significato in contrasto con la ragione pratica o causa concreta dell'accordo negoziale". Così, testualmente, Cass. 6 maggio 2015, n. 9006, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 4, 1293. In senso conforme, *ex plurimis*, Cass. civ., 14 marzo 2016, n. 4967, in *Riv. dir. not.*, 2016, 2, 318.

[100] C.M. BIANCA, *Il contratto* cit., 415. In tal senso sembra anche porsi una recente pronuncia di legittimità la quale in motivazio-



L'impiego della buona fede nell'interpretazione del contratto implica, in primo luogo, assegnare alle clausole negoziali una portata semantica conforme a lealtà, al precipuo scopo di non suscitare falsi affidamenti e tutelare quelli già ingenerati reciprocamente tra le parti del contratto [101], con il limite della diligenza dell'uomo medio [102].

In questo senso, la "buona fede interpretativa" in quanto connotato di un approccio "interno", è indissolubilmente legata alla volontà reale delle parti ed al significato obiettivo dell'accordo, pur se socialmente anomalo [103].

Una differente opinione, incentrata sulla valorizzazione della "ragionevolezza" e sulla sua identificazione con la buona fede interpretativa, «*interpretare il contratto secondo buona fede o correttezza, vuol dire che il contratto deve essere interpretato secondo ragionevolezza, cioè, esplicitando il contenuto tenendo conto che esso risponde – o deve rispondere – ad equità e giustizia. Interpretare il contratto secondo buona fede, in definitiva, significa attribuire al contratto un contenuto equo e giusto, nei limiti in cui la forma e ancor più il comportamento complessivo dei contraenti, lo consenta*» [104]. In altri termini viene evocata una concezione squisitamente oggettiva di "ragionevolezza", che si pone in termini eccentrici rispetto alla volontà delle parti. Pur intervenendo nell'operazione esegetica di ricostruzione della volontà dei contraenti, condotta secondo buona fede, la ragionevolezza non può essere intesa esclusivamente quale limite di rilevanza, in termini di meritevolezza, dell'affidamento coltivato.

In questa direzione, il collegamento "solidaristico" tra l'art. 1366 cod. civ. e l'art. 2 Cost. [105] impone al giudice di ricostruire la volontà delle parti dall'insieme degli elementi a sua disposizione (testuali, compor-

---

ne ha affermato che «ove l'interpretazione delle clausole di un contratto presenti dei margini di ambiguità, dovrà comunque essere preferita l'interpretazione più rispondente alla buona fede» (così Cass. 27 agosto 2014, n. 18349, inedita, la quale inoltre richiama Cass. 12 novembre 2009, n. 23941, in *Giur. it.*, 2010, 1560 ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 448). M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzione, usi, problemi,* Torino, 2011, 355 per cui: «la buona fede interpretativa ha (o almeno a mio avviso dovrebbe avere) un ruolo primario nella ricostruzione del regolamento contrattuale da parte dell'interprete, e più in generale del giudicante»; nonché, ID., *Comune intenzione delle parti e principio di buona fede nell'interpretazione del contratto: un osservatorio sull'autonomia privata*, in *Ann. fac. giur. univ. Genova*, 2002-2003, 210 ss. E. NAVARRETTA, *I contratti d'impresa e il principio di buona fede*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, in Atti del convegno di studio tenutosi a Siena il 22-24 settembre 2004, Milano, 2006, 542.

[101] Al riguardo, C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede* cit., 211, il quale afferma che «il canone di lealtà (…) si concretizza in tre principali comportamenti negativi, e cioè il non suscitare falsi affidamenti, il non speculare sul falsi affidamenti e, ancora, il non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nell'altra parte».

[102] C.M. BIANCA, *Il contratto* cit., 423. Nella diversa prospettiva dell'esercizio del diritto di recesso e dell'abuso del diritto, conducendo a valorizzare il dovere di coerenza delle parti al fine ultimo, sembra, di giustificare e fondare il controllo giurisdizionale sulle modalità e finalità dell'esercizio del diritto di recesso F. GAMBINO, *Il dovere di coerenza nell'atto di recesso (note sull'abuso del diritto),* in Scritti in onore di Antonino Cataudella, Napoli, 2013, 1021 ss. Al riguardo, pur con riferimento alla risoluzione del contratto, D. ACHILLE, *Clausola risolutiva espressa, buona fede in executivis e controllo giudiziale sull'inadempimento*, in *Giur. it.*, 2016, 2367 ss. Al riguardo, poi, va ricordato che, secondo altre impostazioni, il canone interpretativo in questione va ricondotto allo stato psicologico dei contraenti nell'intendere il contratto: G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 167; secondo altri ancora, alla soggettiva opinione o non falsa credenza o non ignoranza di una o più circostanze di fatto e di diritto: R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici*, Torino, 1950, 12 ss., ovvero ancora alla tutela dell'affidamento: G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio,* Padova, 1969, 71.

[103] In questo senso, assume dunque fondamentale rilievo che il contratto venga interpretato avuto riguardo alla sua ratio, alla sua ragione pratica, in coerenza con gli interessi che le parti hanno specificamente inteso tutelare mediante la stipulazione contrattuale: si v. Cass. civ., 19 marzo 2018, n. 6675, in *Giust. civ. mass.* 2018; Cass., 22 novembre 2016, n. 23701, in *Giust. civ. mass.* 2017.

[104] Così, A. SCALISI, *La comune intenzione* cit., 203; nel medesimo senso, C. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, in *I contratti in generale a cura di Gabrielli,* II, nel Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno, Torino, 2000, 924, e già ID., *Interpretazione del contratto* cit., 350 ss.; G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 732.

[105] F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità,* in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 544; F. PROSPERI, *La buona fede tra regola di*



tamentali, ecc.), così da conformarla, per quanto possibile, ai valori ed ai principi costituzionali, tra cui quello concernente il presidio degli interessi reciproci dei contraenti e quello tendente ad assicurarne un equilibrato contemperamento, in relazione alla tipologia di regolamento che le parti hanno inteso delineare. Volendo garantire il legame tra la comune intenzione delle parti e il criterio di conservazione di cui all'art. 1367 cod. civ., ove sussistesse un'ambiguità in punto alla natura del contratto, o una sua clausola risultata particolarmente oscura, si dovrebbe preferire l'esito interpretativo che consenta, allo stesso tempo, di mantenere inalterato il contratto, o la clausola, e di tutelare le posizioni delle parti. Ciò sull'implicito postulato che, in sede di formazione della volontà negoziale, i contraenti tentano di raggiungere un'armoniosa composizione dei rispettivi interessi, in relazione alla tipologia di contratto e agli effetti che intendono realizzare con quella specifica operazione economico-giuridica. È cioè necessario che, tra i plurimi significati compatibili con le caratteristiche del tipo di negozio voluto dalle parti e con gli elementi emergenti dagli atti, si compia l'esegesi "più equilibrata" nell'ottica di effettiva concretizzazione dei canoni costituzionali. Da quanto appena asserito, emerge come non si possa escludere una funzione latamente "conformativa" [106] o "valoristica" dell'interpretazione secondo buona fede [107], nella misura in cui, in mancanza di elementi chiari ed univoci, il giudice ricostruisce la comune volontà dei contraenti nel quadro del sistema assiologico della Costituzione, e dunque orientandola verso un ragionevole contemperamento degli interessi in gioco.

Ciò posto, si comprende come lo spartiacque tra attività di interpretazione e di integrazione del contratto sia sempre più sfumato [108], anche là dove si consideri l'apporto riconducibile alla buona fede e correttezza *ex* art. 1375 cod. civ. [109]. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, la distinzione teorica tra i due piani non può obliterare l'esito unitario di conformazione del contratto, potendo lo stesso, in concreto, contrastare con la visione unilaterale di una o di entrambe le parti ed (eventualmente) dedotta in giudizio [110].

La logica sottesa al meccanismo di esegesi contrattuale sin qui descritta è quella dell'interpretazione costituzionalmente orientata [111], alla quale può ricondursi, alla luce del parametro di ragionevolezza, anche la

---

condotta e regola di validità nella tutela del contraente debole, in Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo, II, Napoli, 2003, 575; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. I. Il comportamento del creditore*, in Trattato di diritto civile Cicu-Messineo, Milano, 1974, 36. Diversamente L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 9; in giurisprudenza Cass., 7 ottobre 2008, n. 24733, in *Notiz. giur. lav.*, 2008, 805 per cui: «operando come criterio di reciprocità nei rapporti tra debitore e creditore, enuncia un dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost. ed impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire così da preservare i reciproci interessi».

[106] Così P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: i profili dell'individuazione normativa*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, 5 ss.; E. CABOBIANCO, *La determinazione del regolamento* cit., 304; M. PENNASILICO, *Metodo e valori dell'interpretazione* cit., 216 ss.; ID., *Contratto e interpretazione* cit., 30.

[107] *Contra* C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede* cit., 211; D. ACHILLE, *op. ult. cit.,* 173-175.

[108] In questo senso, tra gli altri, A. GENTILI, *Senso e consenso* cit., 583; ID., *art. 1362*, in *Comm. Gabrielli*. Torino, 2011, 388; A. SCALISI, *La comune intenzione* cit., 192 ss.; P. GALLO, *Contratto e buona fede* cit., 531.

[109] Peraltro, è la stessa Corte di cassazione che, in alcuni casi, in modo espresso sovrappone i piani: così Cass. civ., 4 luglio 2014, n. 15392, in *Giust. civ. mass.,* 2014, il quale ha sottolineato che: «in tema di compravendita di immobili, qualora il contratto preliminare preveda l'obbligo del promissario acquirente di sostenere l'onere delle spese per la redazione delle tabelle millesimali, ancora da ultimare al momento della stipula dell'atto, il promittente venditore è tenuto alla consegna degli elaborati tecnici necessari alla stesura definitiva delle stesse, desumendosi tale obbligo non dall'art. 1477, comma 3., c.c., il quale riguarda i soli documenti che rendano agevole la fruizione della cosa venduta, ma dall'interpretazione secondo buona fede della volontà negoziale, espressione dell'interesse del compratore ad avere a disposizione le tabelle ed a conoscerne l'intero processo formativo al fine di controllare l'esercizio dei poteri dell'assemblea e la corretta ripartizione delle spese condominiali».

[110] Il ragionamento interpretativo del giudice che valorizza e argomenta in termini di correttezza e buona fede indice sulla ricostruzione della volontà comune delle parti, in modo non dissimile, ancorché su piani differenti, da quanto accade laddove si riscontri una lacuna ovvero ancora una contrarietà al principio di buona fede nella comune volontà delle parti.

[111] Meccanismo ermeneutico che, da un punto di vista generale, come noto, impone al giudice, prima di sollevare la questione di



tutela dell'affidamento [112]. Di talché, non è consentito avallare soluzioni ermeneutiche che scindano la forma dalla sostanza dell'operazione negoziale e cristallizzata nella causa concreta (o ragione pratica) del contratto.

Pertanto, se il collegamento tra il criterio in questione e la causa concreta impedisce di giustificare un'interpretazione «*estranea allo scopo pratico che lo stipulato contratto in argomento era funzionalmente volto a realizzare*», d'altro canto, nel ricercare questo scopo pratico valorizzando ogni elemento – testuale o meno – del rapporto tra le parti, in caso di dubbi interpretativi, il giudice deve presupporre, salva la prova contraria, che le parti abbiano inteso addivenire ad una pattuizione conforme alle norme imperative ed ai canoni costituzionali.

Viene a determinarsi una circolarità del procedimento interpretativo, così che «*il significato di ciò che le parti hanno concordato non può essere adeguatamente accertato se non si tiene conto della ragione pratica dell'affare, ossia della causa concreta* […] *la ragione pratica dell'affare, a sua volta, può essere identificata solo considerando il contenuto dell'accordo in cui si rivela il disegno unitario del contratto*» [113].

Il criterio di interpretazione funzionale, di cui vi sono tracce negli artt. 1369 e 1366 cod. civ. [114], consente al giudice di valorizzare la ragione pratica del contratto e di identificare gli interessi per la soddisfazione dei quali le parti avevano inteso concluderlo [115]. Anche sul piano esegetico, acquista primario rilievo la causa concreto del contratto, dovendo il procedimento interpretativo tendere a precisarne l'economia emergente «*dall'articolata complessità delle clausole*» [116].

L'art. 1369 cod. civ. rappresenta un fondamentale criterio logico di interpretazione il quale, alla luce dei canoni di ragionevolezza ed adeguatezza che lo innervano, suggerisce di porre in stretta connessione la causa ed il contenuto del contratto di talché la sua portata applicativa va ben oltre la semplice funzione di chiarire il significato di "termini" ed "espressioni" plurivoche, assumendo valenza generale e sistematica [117].

L'interpretazione funzionale si correla alla comune intenzione dei contraenti rappresentata dall'intento pratico che emerge dal testo e dagli altri elementi che accompagnano la conclusione del contratto, facendo emergere l'interesse specifico di cui una delle due parti si è fatta carico. Emerge nitidamente la natura soggettiva del criterio in esame, essendo il medesimo finalizzato a ricercare l'effettiva volontà delle parti e non ad imporre un significato obiettivo del contratto.

Alla luce di quanto esposto, risulta indiscutibile la centralità del criterio funzionale e delle due norme cui lo stesso è legato. Ed infatti, in modo non dissimile da quanto previsto dall'art. 1371 cod. civ., è fondamentale per il giudice comprendere l'effettiva portata dell'operazione contrattuale posta in essere dalle parti nonché, in virtù della causa concreta identificata, delle singole clausole dell'accordo negoziale [118]. Uno squilibrio

---

legittimità costituzionale, di tentare l'individuazione di un significato della disposizione che sia compatibile con il sistema assiologico delineato dalla Carta fondamentale. Operazione che fonda sull'implicito presupposto per cui il legislatore, nell'emanare una legge, lo abbia fatto nel rispetto dei principi costituzionali.

[112] Inteso come affidamento dell'uomo medio: Cass. civ., 12 marzo 2014, n. 5782, in *Mass. Foro it.,* 2014, 192.

[113] Così C.M. Bianca, *Il contratto* cit., 434; A. Gentili, *Senso e consenso* cit., 599.

[114] Così C.M. Bianca, *Il contratto* cit., 433. *Contra* C. Scognamiglio, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 331 ss.

[115] C.M. Bianca, *Il contratto*, 433. Secondo altri, invece, l'interpretazione funzionale va intesa come lo strumento che consente di far emergere gli scopi o le finalità ulteriori perseguite da una delle parti del contratto: così M. Mantello, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Napoli, 2003, 338 ss.

[116] G. Alpa, *Unità del negozio e principi di ermeneutica contrattuale*, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, 1507 ss.; C.M. Bianca, *Il contratto* cit., 433.

[117] Così E. Cabobianco, *La determinazione del regolamento* cit., 345.

[118] È evidente il nesso inscindibile tra causa concreta del contratto e procedimento ermeneutico, atteso che, come chiaramente evidenziato in dottrina, il «significato di ciò che le parti hanno concordato non può essere adeguatamente accertata se non si tiene



economico eccessivo tra le prestazioni contrattuali, potrà essere considerato ragionevole e dunque non censurabile, laddove si accerti che, sotto il profilo causale, quella sproporzione trova giustificazione in un interesse non patrimoniale di una delle parti, ovvero in un interesse patrimoniale emergente da un rapporto contrattuale collegato o, ancora, nello spirito di liberalità di uno dei contraenti.

Il superamento del gradualismo interpretativo impone un'applicazione sincretica e contingente dei diversi criteri esegetici, onde il principio di conservazione del contratto non può ritenersi avulso rispetto alla comune volontà, dal principio di buona fede o dal criterio di cui all'art. 1369 cod. civ.

7. – L'interpretazione del contratto possiede notevoli risvolti pratici. Fulcro dell'indagine ermeneutica della convenzione privata è la comune intenzione delle parti, pertanto all'interprete, e in primo luogo al giudice, sarebbe precluso arrestarsi alla sua portata letterale. Secondo una più evoluta prospettiva esegetica, il testo costituisce un punto di partenza che, però, deve essere raccordato con ulteriori elementi, quale, ad esempio, la condotta tenuta dalle parti prima, durante e dopo la stipula (arg. *ex* art. 1362, comma 2, cod. civ.).

Questa impostazione metodologica è stata ribadita dalla giurisprudenza di legittimità in occasione di una recente pronuncia [119]. L'arresto concerne un procedimento *ex* art. 2932 cod. civ. intrapreso per ottenere l'esecuzione in forma specifica di un preliminare di compravendita immobiliare.

Nel delineare la soluzione della controversia, la Suprema Corte ha preliminarmente offerto dei chiarimenti sull'ambito applicativo dell'art. 1362 cod. civ., sciogliendo il dubbio se la chiarezza *prima facie* del documento contrattuale impedisse, o meno, al giudice di condurre l'analisi interpretativa su piani diversi da quello testuale.

In linea con le precedenti decisioni intervenute in materia, la Cassazione ha affermato che l'art. 1362 cod. civ. impone di ricostruire la volontà delle parti muovendo dal testo contrattuale e verificando che questo sia coerente non solo con la causa, ma anche con le dichiarate intenzioni dei contraenti. Orbene, – aggiunge la Corte – è necessario seguire «*un percorso non semplicemente lineare che muova dal testo per risalire all'intenzione, ma un processo circolare, il quale impone all'interprete di compiere l'esegesi del testo; ricostruire in base ad essa l'intenzione delle parti; verificare se l'ipotesi di comune intenzione ricostruita in base al testo sia coerente con le parti restanti del contratto e con la condotta delle parti*».

Il significato delle dichiarazioni negoziali non è un *prius*, ma l'esito di un processo ermeneutico che non può arrestarsi alla ricognizione del tenore letterale delle parole, dovendosi piuttosto estendere alla considerazione di tutti gli ulteriori elementi – testuali ed extra-testuali – indicati dal legislatore. Ciò anche quando le espressioni appaiano di per sé chiare, non bisognose di approfondimenti interpretativi. È possibile, infatti, che un'espressione dapprincipio inequivoca non appaia più tale se collegata ad altre espressioni contenute nella stessa dichiarazione, o se posta in relazione al comportamento complessivo tenuto dai contraenti.

Altresì significativa è un'ordinanza [120] con la quale la Cassazione ha applicato il criterio di buona fede di cui all'art. 1366 cod. civ. La vicenda processuale era incentrata sull'interpretazione della clausola – peraltro

---

conto della ragione pratica dell'affare, ossia della causa concreta»: così C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo* cit., 258; negli stessi termini, ID., *Il contratto* cit., 404. Si v. anche G. ALPA, *Unità del negozio* cit., 1507 e C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto* cit., 330 ss.; E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti,* in Studi in onore di Cesare Massimo Bianca, III, Milano, 2006, 648; M. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione*, 30.

[119] Cass. Civ., sez. II, 15 settembre 2022, n.27186.

[120] Cass. civ., ord. 24 giugno 2022, n. 20434.



di largo impiego pratico – con cui un promittente venditore si era impegnato ad estinguere, a propria cura e spese, l'ipoteca gravante sul bene oggetto del preliminare, prima del rogito notarile definitivo.

Non è revocabile in dubbio che l'interpretazione condotta dal giudice di legittimità abbia preso le mosse dall'art. 2878 cod. civ., il quale elenca cause di estinzione delle ipoteche di varia natura: alcune, relative al credito e al rapporto garantito; altre, concernenti il dato formale dell'iscrizione; altre ancora, riguardanti vicende del bene assoggettato alla garanzia. Disomogeneità, queste, che ne riverberano le peculiarità sistemiche, quali l'accessorietà e l'essenza costitutiva della relativa iscrizione.

Ciò posto, la Suprema Corte è giunta a ritenere contraria a buona fede l'interpretazione della clausola contrattuale che le assegni il significato di ritenere necessario, ai fini dell'adempimento dell'obbligo assunto dal promittente venditore, anche il completamento della formalità della cancellazione dell'ipoteca (*ex* art. 2878, n. 1), cod. civ.), anziché considerare sufficiente l'estinzione per pagamento dell'obbligazione garantita (*ex* art. 2878, n. 3), cod. civ.). Ciò, tuttavia, ove l'adempimento sia accompagnato dal consenso alla cancellazione della formalità rilasciato dal creditore ipotecario con atto autenticato da notaio, che abbia avviato la relativa formalità presentando al conservatore l'atto su cui la richiesta è fondata.

Il canone ermeneutico di buona fede è stato impiegato dalla Suprema Corte anche in merito all'interpretazione della clausola "pagamento a prima richiesta e senza eccezioni" contenuta in un contratto autonomo di garanzia [121]. La problematica diviene particolarmente incalzante nel caso in cui il creditore, giovandosene, provveda ad esercitare il proprio diritto, pur sapendo che l'obbligazione principale è estinta, o, addirittura, illecita. In questa circostanza, la buona fede, espressione del principio di solidarietà sociale (art. 2 Cost.), dovrebbe rendere legittima l'*exceptio doli* sollevata dal garante che voglia opporsi alla richiesta di pagamento.

Questa è proprio la conclusione raggiunta dalla Suprema Corte, per la quale l'inopponibilità delle eccezioni di merito concernenti il rapporto principale non può comportare un'incondizionata sudditanza del garante ad ogni pretesa del creditore. Sicché al primo è riconosciuta la possibilità di avvalersi dell'*exceptio doli*, che lo pone al riparo da eventuali escussioni abusive o fraudolente. L'esperibilità del rimedio, non impedito dunque dalla clausola "pagamento a prima richiesta e senza eccezioni", è subordinato all'allegazione della condotta abusiva del beneficiario della garanzia, il quale, nel richiedere la tutela giudiziale del proprio diritto, ne abbia fraudolentemente taciuto sopravvenienze modificative o estintive, ovvero lo abbia esercitato all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio ad altri.

[121] Cfr. Cass. civ., 22 novembre 2022, n. 32720.

JUS CIVILE



MARIA FRANCESCA TOMMASINI

Professoressa ordinaria di Diritto privato – Università degli Studi di Messina

NFT O CRYPTO ART. INQUADRAMENTO GIURIDICO E PROSPETTIVE DI TUTELA NEL MERCATO DIGITALE

SOMMARIO: *1. Inquadramento e qualificazione giuridica dell'NFT. – 2. Creazione dell'NFT e sua tutela. L'NFT* native. *– 3. NFT tratti da opere reali. Il caso del Tondo Doni di Michelangelo. – 4.* Segue*. Gli NFT di opere museali tra disciplina della valorizzazione del patrimonio culturale e normativa sul riuso dei dati pubblici. – 5. La commercializzazione degli NFT. Le informazioni inserite nei blocchi ed i problemi connessi alla loro immutabilità. – 6. Gli strumenti di transazione degli NFT.* Smart contract *e licenze di sfruttamento economico degli NFT. – 7.* Segue*. Blockchain e protezione dei dati nel mercato dell'arte. – 8. Impossibilità di risolvere lo* smart contract *avente ad oggetto un NFT ed esclusione del diritto di recesso. Il nuovo standard ERC-721R. – 9. Il* pooling investment *e il processo di democratizzazione dell'arte digitale. La disciplina applicabile alle* share *(condivisioni). – 10. NFT,* proof of work *e costi ambientali delle piattaforme. La necessità di una disciplina ecosostenibile.*

1. – Un NFT o *non fungible token* (gettone non fungibile o non riproducibile) è un asset digitale che identifica la proprietà di un prodotto digitale. Generalmente gli NFT, unici nel loro genere, insostituibili e non replicabili (o comunque in numero limitato), vengono venduti ed acquistati *on line* spesso utilizzando criptovalute [1]. Gli NFT vengono commercializzati attraverso *marketplace* (siti) che utilizzano la tecnologia Blockchain (o catena di blocchi) [2], un registro pubblico distribuito in cui vengono annotate le transazioni.

[1] I token si dividono in due categorie: *Fungible Token* (FT) e *Non Fungible Token* (NFT). I Bitcoin (la criptovaluta più nota, ma lo stesso discorso vale per tutte le altre criptovalute) sono per definizione FT poiché sono divisibili e interscambiabili. Il Bitcoin non ha dietro una Banca centrale che distribuisce nuova moneta ma si basa fondamentalmente su due principi: un network di nodi, cioè di pc, che la gestiscono in modalità distribuita (*peer-to-peer*) e l'uso di una forte crittografia per validare e rendere sicure le transazioni. Un token NFT, invece, è unico, non replicabile ma è scambiabile (si può comperare e si può vendere). La unicità del NFT è scritta nei metadati del token stesso, è inalterabile e permanente, è una sorta di certificato di autenticità. Il token NFT ha quindi le stesse caratteristiche della criptomoneta (sicurezza e trasferibilità) ma non è "nativo" e soprattutto "interno" alla blockchain sulla quale vengono memorizzate le transazioni che lo riguardano ma rappresenta il gemello digitale di un bene reale, un diritto "reale", ma che esiste di fuori del sistema blockchain.

[2] La Blockchain (letteralmente catene di blocchi) si sostanzia in una tecnologia di registri distribuiti (o codici) in cui i dati delle transazioni vengono memorizzati su singoli nodi costituenti la catena, gli uni connessi agli altri, attraverso un processo di comunicazione simile alle reti *peer to peer*. Ciò implica che per potere modificare una singola parte della catena è necessario ottenere il consenso di tutti gli altri nodi (sul punto si vedano: P. BOUCHER, *Come la tecnologia blockchain può cambiarci la vita,* in *Servizio di ricerca del Parlamento Europeo*, 2017, 4; CRISCI S., *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm.* 2017, 10, 1787 ss.; M. IANSITI, K.R LAKHANI, *The truth about Blockchain, in Harvard Business Review* 2017; C. MILLARD, *Blockchain and law: incompatible codes?*, in *Computer Law & Security Review*, 2018, 843 ss.). Il sistema blockchain può essere di tipo pubblico (*permissionless*), privato (*permissioned*) e a permesso condiviso (*consortium*). Nel primo caso, qualunque utente può contribuire all'aggiunta e all'aggiornamento dei blocchi e disporre delle copie di quanto viene approvato. Tra le più importanti blockchain pubbliche ci sono



Sin dal suo esordio, ufficialmente avvenuto nel 2014 [3], questo strumento è risultato di estrema utilità nel mondo dell'arte [4] e della musica [5] ed in tutti quei settori coinvolti dal diritto d'autore (software, *meme* [6],

Bitcoin ed Ethereum. Il sistema Bitcoin (BTC) è stato progettato per inviare danaro in tutta sicurezza su Internet, senza necessità di intermediazione del sistema bancario e senza timori di frodi, e il suo linguaggio di programmazione, volutamente limitato per garantire una maggiore sicurezza, non consente di inviare grande quantità di dati per ogni transazione né di eseguire calcoli oltre a quelli necessari per eseguire una transazione. Ethereum (ETH) è, invece, una piattaforma decentralizzata che può essere scaricata gratuitamente e ha la capacità di essere programmata, similmente ad un computer (G. GITTI , *Emissione e circolazione di criptoattività tra tipicità e atipicità dei nuovi mercati finanziari*, in *Banca, borsa e titoli di credito* 2020, 1, 13; G. GITTI, M. MAUGERI, C. FERRARA, *Offerte iniziali e scambi di cripto attività*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale* 2019, 1, 103; F. BARTOLINI, *Requisiti della criptovaluta, ex articolo 2464, comma 2, c.c. ai fini del conferimento nel capitale sociale di una s.r.l.*, in *Ilsocietario.it* 2018). Nel caso della blockchain privata (*permissioned*) soltanto un numero limitato di nodi, detti *trusted*, può svolgere operazioni di aggiunta o aggiornamento dei blocchi, giacché in questa tipologia di blockchain vi è l'esigenza di limitare queste operazioni soltanto a coloro in possesso di una specifica autorizzazione. Ad utilizzare la tipologia di tipo privato sono in larga parte operatori economici, quali, ad esempio, compagnie aeree, società internazionali di distribuzione alimentare, compagnie energetiche, che hanno un ruolo evidentemente strategico nel mercato internazionale. Si pensi, tra gli altri, ai sistemi blockchain di tipo privato creati da British Airways per la risoluzione delle problematiche legate all'organizzazione dei voli commerciali, da UPS per la tracciabilità e la spedizione delle merci, da Walmart per la sicurezza dei prodotti alimentari o da Shell per la distribuzione di energia (G. FINOCCHIARO, C. BOMPREZZI, *A legale analysis of the use of blockchain technology for the formation of smart legal contract*, in *MediaLaws* 2020). La blockchain del tipo "*consortium*" o a "permesso condiviso" o "parzialmente decentralizzata" è caratterizzata dal fatto che il processo di consenso è controllato da un insieme preselezionato di nodi che svolgono la funzione di validatori. Esempi di tale tipo blockchain è Il consorzio R3 CEV LLC, una società finanziaria e di ricerca tecnologica che coopera con un consorzio di 200 società finanziarie (tra cui Banca d'America, Goldman Sachs, Citigroup, Banca Nazionale dell'Australia, Royal Bank del Canada, Sumitomo Mitsui Banking Corporation e altri) nello sviluppo dell'utilizzo della tecnologia blockchain all'interno del sistema finanziario. Altro progetto del tipo consorzio è Hyperledger, un progetto della Fondazione Linux che si basa su una blockchain con codice open source per supportare lo sviluppo collaborativo di registri distribuiti sulla base della blockchain. Cisco, Hitachi, IBM, Intel, NEC, J.P. Morgan, SAP e altri figurano tra coloro che vi hanno preso parte (ABRIANI N., *Il diritto societario incontra il diritto dell'informazione. IT, corporate governance e corporate social responsability*, in *Riv. delle società* 2020, 1326).

[3] Il primo NFT della storia viene creato materialmente il 3 maggio 2014 ed a farlo è l'artista digitale Kevin McCoy con la sua opera "Quantum" coniata su una Blockchain chiamata Namecoin e costruita sul modello Bitcoin. Quest'opera digitale consiste nell'immagine di un ottagono pixelato che cambia colore (A. MOLETI, *Chi ha inventato gli NFT (Non fungible token)?*, in *https://www.trend-online.com).*

[4] La prima opera d'arte NFT ad essere elencata in una delle principali case d'asta di Christie's è stata quella dell'artista digitale statunitense Beeple che, nel febbraio 2021, ha lanciato il lavoro *Everydays. The first 5000 days* (*Beeple Brings Crypto to Christie's*, in *https://www.nytimes.com*) pagato ben sessantanove milioni di dollari. Beeple è autore di numerose altre opere NFT: C*rossroad*, rilasciato e venduto per 6,60 milioni di dollari dopo la sconfitta di Donald Trump, rappresentava l'ex presidente giacente sul ciglio di una strada, nudo con il corpo pieno di graffiti e scritte offensive; *Ocean Front* battuto per 6 milioni di dollari che, in tema di cambiamenti climatici, rappresenta una piattaforma di container da cui spicca un albero (forse l'ultimo rimasto), in mezzo ad un oceano (sciolto) che si perde a vista d'occhio (*Quali sono gli NFT più costosi che sono stati venduti finora? Ecco la lista delle opere d'arte crypto da milioni di dollari!*, in *https://youngplatform.com). Recentemente, la startup italiana Reasoned Art ha portato L'Arco della Pace di Milano, primo monumento al mondo, nel Metaverso trasformandolo in un NFT che è stato messo* in vendita per finanziare un nuovo polo di ricerca, interamente dedicato all'arte, alla scienza e alla tecnologia (*NFT. L'Arco della Pace è il primo monumento del Metaverso*, in *https://www.exibart.com).*

[5] I Kings of Leon nel marzo 2021 pubblicano *When You See Yourself,* il primo album musicale venduto anche tramite NFT (*Dai Kings of Leon arriva il primo album disponibile anche via criptovaluta*, in *https://www.ilsole24ore.com*; HISSONG S., *Kings of Leon Will Be the First Band to Release an Album as an NFT*, in *https://www.rollingstone.com*) e, nello stesso mese, gli italiani Belladonna diventano con il loro singolo *New Future Travelogue* i primi al mondo a includere nell'NFT i diritti del brano, ed i primi artisti in Italia a vendere un brano musicale come NFT in copia unica (*Belladonna primi artisti italiani a pubblicare singolo come Nft*, in *https://www.adnkronos.com*; *BELLADONNA – Italian quintet becomes the first rock band in the world to auction a new single as a 1-of-1 NFT*, in *https://www.femmemetalwebzine.net*). Nell'aprile del 2021 Morgan lancia un'asta per la sua canzone inedita *Premessa della premessa* in NFT che viene aggiudicata per 10 ETH (circa ventuno mila euro). L'acquirente dell'opera, oltre a diventarne l'unico proprietario e titolare esclusivo, ha ricevuto anche da Morgan le stampe uniche ed originali autografate con il testo del brano.

[6] Il meme è un elemento culturale che si propaga, per imitazione, da un individuo a un altro; può assumere la forma di un'idea, un'immagine, uno stile o un comportamento, e si diffonde tramite le relazioni interpersonali o attraverso i mezzi di comunicazione di



tweet[7] e *gif*[8]). L'accezione opera NFT o *Cripto art* si riferisce, nello specifico, sia ad un'opera d'arte digitalizzata (*native*) ovvero anche ad un'opera d'arte reale che, attraverso un processo di tokenizzazione[9], viene dotata di un codice identificativo capace di provarne l'autenticità e la proprietà digitale e tale da rendere impossibile qualsiasi tentativo di frode o di falsificazione. Tra i metadati[10] di una opera NFT, il proprietario o il creatore può, inoltre, conservare informazioni riguardanti il bene alienato, può siglare la propria opera, può incorporare opzioni che consentano la raccolta dei diritti di autore in modo tale da ricevere una percentuale sulla vendita ogni volta che viene acquistata da un proprietario successivo.

Se dunque una prima forma di utilizzo della tokenizzazione nel mercato dell'arte consiste nell'attestare l'autenticità dell'opera, la sua provenienza e la sua probabile attribuzione (sulla falsariga della documentazione da consegnare all'acquirente ai sensi dell'art. 64 del Codice dei beni culturali e del paesaggio)[11], essa ha, peraltro, reso possibile la valorizzazione economica e la commercializzazione di *res* illimitatamente riproducibili sul piano materiale (NFT *native* come i meme o i tweet) e, tuttavia, a tiratura limitata qualora abbinati ad un token autorizzato dall'autore, ovvero di *res* unitarie ed infungibili (opere d'arte reali). In quest'ultimo caso il processo di tokenizzazione consente di scomporre l'opera d'arte in molteplici unità (*res*

---

massa. I memi, così come i geni, hanno le proprietà di replicarsi, mutare, ed essere soggetti a selezione naturale. I primi NFT ad essere creati sono stati i giochi catena di blocchi CryptoKitties che utilizzavano NFT sulla catena di blocchi di Ethereum (WONG J., *The Ethereum world is now obsessed with breeding cartoon cats*, in *https://qz.com*).

[7] Il *tweet* è un messaggio di testo avente una lunghezza non superiore a 140 caratteri, inviato a un sito Internet tramite *instant messenger*, e-mail o cellulare con lo scopo di comunicare informazioni in tempo reale. Nel dicembre 2021 Vodafone ha venduto all'asta come gettone non fungibile il primo SMS al mondo, inviato nel 1992: un offerente anonimo se l'è aggiudicato per 107.000 euro, che sono stati donati all'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (*Vodafone: il primo sms all'asta per 107mila euro – Economia, in https://www.ansa.it).*

[8] L'acronimo GIF (*Graphics Interchange Format*) è un formato per immagini digitali di tipo bitmap che permette la visualizzazione massima di soli 256 colori. Le immagini animate che ci sono su internet sono sequenze di fotogrammi di tipo GIF. L'NFT della gif *Nyan Cat* di Chris Torres, con un gatto incastrato in un dolcetto che vola per una notte stellata lasciandosi dietro un arcobaleno, è stato battuto per quasi 600 mila dollari in forma di 300 Ethereum (G. DI DONFRANCESCO, *La GIF di Nyan Cat è andata all'asta per mezzo milione di dollari,* in *https://it.mashable.com*).

[9] La tokenizzazione implica un processo di trasformazione che prende le proprietà di quell'oggetto. Questo processo di trasformazione consiste nella digitalizzazione di detto oggetto e nel portare tutte le sue informazioni in un blocco di una blockchain. Una volta registrato, può essere scambiato o conservato. Durante questo processo, a quell'oggetto viene assegnato un token che consente a tale oggetto di essere manipolato come parte integrante di detta blockchain. La tokenizzazione su blockchain può essere applicata praticamente a qualsiasi cosa (F.M. LIVELLI, *Tokenizzazione degli asset: scenari e sfide*, in *https://www.blockchain4innovation.it).*

[10] I metadati sono le informazioni di cui bisogna dotare il documento informatico per poterlo correttamente formare, gestire e conservare nel tempo. Il documento informatico è, infatti, privo di un supporto materiale ed è memorizzato in sistemi che contengono moltissimi oggetti digitali; per poter essere conservato, reso accessibile nel tempo, e per poter essere correttamente inserito nel suo contesto, deve essere posto in relazione ad un insieme di informazioni che lo descrivano a vari livelli. I metadati basilari sono il formato e il nome del *file*, le specifiche tecniche sulla versione del *software* e sul *hardware*, le date di creazione, di accesso e di ultima modifica, l'autore; quelli più complessi la descrizione, l'oggetto, i termini di rilascio, accesso e uso, ecc. L'Allegato 5 al DPCM 3 dicembre 2013 (Regole tecniche in materia di sistema di conservazione ai sensi degli articoli 20, commi 3 e 5-*bis*, 23-*ter*, comma 4, 43, commi 1 e 3, 44, 44-*bis* e 71, comma 1, del Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005), in *G.U.* n. 59 del 12 marzo 2014, prevede quali metadati minimi che devono essere associati al documento informatico, l'identificativo, la data di chiusura, l'oggetto, il soggetto produttore, il destinatario.

[11] L'art. 64 del Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42 del 22 gennaio 2004, in G.U. n. 45 del 24 febbraio 2004) il quale testualmente afferma che "chiunque esercita l'attività di vendita al pubblico, di esposizione a fini di commercio o di intermediazione finalizzata alla vendita di opere di pittura, di scultura, di grafica ovvero di oggetti d'antichità o di interesse storico od archeologico, o comunque abitualmente vende le opere o gli oggetti medesimi, ha l'obbligo di consegnare all'acquirente la documentazione che ne attesti l'autenticità o almeno la probabile attribuzione e la provenienza delle opere medesime; ovvero, in mancanza, di rilasciare, con le modalità previste dalle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, una dichiarazione recante tutte le informazioni disponibili sull'autenticità o la probabile attribuzione e la provenienza. Tale dichiarazione, ove possibile in relazione alla natura dell'opera o dell'oggetto, è apposta su copia fotografica degli stessi".



fungibili e immateriali) destinate a circolare separatamente dalla *res corporalis* [12]. Viene qui in rilievo una peculiare funzione economica della tokenizzazione la quale consente, non solo di ridurre i costi di certificazione, ma di rendere autonomo ed alienabile un bene privo *ab origine* di tali caratteristiche.

Gli NFT, pur potendo essere attratti nell'orbita degli strumenti finanziari in quanto potenziali oggetto di *option*, *future*, contratti derivati su opere d'arte [13] e quote di fondi comuni d'investimento [14], non sono né merci o prodotti finanziari tout court [15] né strumenti finanziari dematerializzati [16]. A conferma di ciò il fatto che la Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 relativa ai mercati degli strumenti finanziari modificativa della direttiva 2002/92/CE e della direttiva 2011/61/UE (c.d. MiFID II) [17], non indica e non disciplina tra gli strumenti finanziari gli NFT. Quand'anche l'investimento in arte digitale sia motivato da finalità lucrative, l'opera NFT è, e rimane, un bene immateriale di carattere non finanziario suscettibile di traffici giuridici ad un prezzo di mercato che può divergere dal valore intrinseco [18] e potenzialmente in grado di circolare anche al di fuori della Blockchain.

---

[12] L'utilizzo della tokenizzazione per rendere "fungibile" ciò che *naturaliter* è infungibile riporta d'attualità le considerazioni svolte da W. BENJAMIN, (*L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica,* Torino, 2000, 12) circa la perdita dell'aura dell'opera d'arte per effetto della sua riproduzione tecnica.

[13] Un esempio di contratto derivato su opera d'arte è il contratto con il quale il collezionista/investitore non acquista il manufatto artistico, bensì la facoltà di acquistarlo (*opzione call*) nel tempo futuro dietro il pagamento di un "premio". L'oggetto del negozio giuridico non è qui la *res* in quanto tale ma il diritto di acquistarla ad un prezzo certo: ciascuna delle parti del contratto effettua, quindi, una scommessa di segno opposto sull'andamento nel tempo del valore dell'opera d'arte. In questa prospettiva, di solito l'acquirente non ha alcun interesse a disporre materialmente della *res*; il che emerge con evidenza là dove si stabilisca di eseguire l'obbligazione contrattuale del venditore soltanto "per differenza", ovvero senza alienare l'opera d'arte bensì versando una somma pari alla differenza tra il premio concordato e la maggiore quotazione dell'opera all'esercizio dell'opzione (G. TROVATORE, *L'opera d'arte e il suo valore nell'epoca della blockchain*, in *Arte e diritto* 2022, 1, 81).

[14] Anche nel caso dei fondi comuni d'investimento in arte il gestore del fondo acquista le opere all'unico scopo di ottenere una plusvalenza dalla loro successiva rivendita accrescendo così nel tempo il valore delle quote del fondo; e sebbene alcuni fondi offrano ai quotisti la possibilità di fruire temporaneamente delle opere d'arte acquistate, la scissione tra la titolarità delle quote e il potere di gestione rimarca che l'interesse dei sottoscrittori consiste principalmente nella remunerazione del loro investimento (G. TROVATORE, *L'opera d'arte e il suo valore nell'epoca della blockchain,* cit. 81).

[15] L'equivoco che nasce dalla qualificazione di "prodotto finanziario" contenuta nell'art. 1, comma 1, lettera u) del TUF (Decreto legislativo n. 58 del 24 febbraio 1998, in *G.U.* 26 marzo 1998), il quale, fa ricadere nell'alveo della nozione di "prodotto finanziario "ogni altra forma di investimento di natura finanziaria", è prontamente chiarito dalla giurisprudenza. La Suprema Corte, infatti, afferma che, con riferimento ad un'offerta al pubblico di contratti di compravendita di opere d'arte con diritto di riscatto, costituisce un "investimento di natura finanziaria" – ed è perciò riconducibile alla normativa di settore del mercato finanziario – ogni operazione economica in cui siano compresenti un impiego di capitale, un'aspettativa di rendimento ed un rischio connesso all'impiego del capitale conferito (Corte di Cassazione, sentenza n. 5911 del 12 marzo 2018, in *https://www.gazzettanotarile.com*).

[16] La principale somiglianza tra le NFT e gli strumenti finanziari dematerializzati attiene al carattere necessariamente intermediato della circolazione: come il trasferimento degli strumenti finanziari può effettuarsi soltanto in forma di registrazioni contabili effettuate dagli intermediari che fanno parte del sistema, così anche il token può circolare materialmente, benché in forma digitale, soltanto all'interno di una determinata infrastruttura informatica (MARTORANO F., Titoli di credito dematerializzati, Milano 2000, 129). La fondamentale differenza è che mentre gli strumenti finanziari dematerializzati (ma anche cartolari) circolano ormai soltanto all'interno del sistema di gestione accentrata, l'opera d'arte tokenizzata, ove non sia stata altresì immobilizzata, può anche circolare al di fuori della blockchain (P. SPADA, *La circolazione della "ricchezza assente" alla fine del millennio,* in *Banca borsa titoli di credito* 1999, 1, 408; G. TROVATORE, *Sulla "neutralità" del sistema di gestione accentrata di strumenti finanziari*, in *Rivista di diritto civile* 2001, 347).

[17] Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la Direttiva 2011/61/UE, in *G.U.U.E.* n. L173/349 del 12 giugno 2014.

[18] J. LEVINSON, *Intrinsic value and the notion of a life*, in *The journal of aesthetics and art criticism* 2004, 6, 319.



2. – L'impatto delle nuove tecnologie e la possibilità di creare NFT hanno fatto emergere numerosi problemi in considerazione della frammentarietà dell'impianto normativo di riferimento e della inadeguatezza di alcuni strumenti giuridici non pensati per essere adattati all'attuale evoluzione digitale. La questione principale, legata alla creazione degli NFT (siano essi o meno tratti da opere reali) ed alla loro successiva commercializzazione attraverso *smart contract* (ma anche a mezzo di contratti stipulati al di fuori della rete), consiste, infatti, nell'accertamento della titolarità del diritto di proprietà, dei diritti morali e patrimoniali e/o nella loro ripartizione, anche non unitaria (ad esempio nell'ipotesi di condivisioni), tra i soggetti creatori delle opere d'arte digitali, i proprietari delle opere reali qualora gli NFT siano da essi tratti ed i successivi acquirenti. Un tale accertamento è finalizzato alla tutela di situazioni giuridiche sostanziali (quali ad esempio il diritto di licenza di sfruttamento economico dello stesso; il diritto a chiedere la risoluzione del contratto o la possibilità di esercitare il diritto di recesso) che sembrano solo apparentemente duplicarsi quando l'opera NFT appartenga ad un soggetto diverso dal suo autore. A seconda, infatti, che l'opera NFT sia *native* (cioè nasca direttamente dal web come opera d'arte digitalizzata) ovvero riproduca un'opera fisica reale, le considerazioni da svolgersi sono differenti.

Se l'NFT è *native* nulla impedisce che, ai sensi dell'art. 2575 cod. civ., esso sia considerato opera dell'ingegno di carattere creativo [19] ed in quanto tale sia protetto dalla legge sul diritto d'autore (Legge n. 633 del 22 aprile 1941) [20]. L'art. 1 stabilisce, infatti, che sono protette ai sensi di questa legge "le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione". Sono, altresì, protetti i programmi per elaboratore "come opere letterarie (ai sensi della Convenzione di Berna sulla protezione delle opere letterarie ed artistiche ratificata e resa esecutiva con legge 20 giugno 1978, n. 399) nonché le banche dati che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione intellettuale dell'autore". Il legislatore ha, cioè evitato accuratamente di dare una definizione di opera d'arte e ha accordato una protezione a tutte le opere dell'ingegno di carattere creativo che, a prescindere dalla loro natura, siano conformi ai requisiti di originalità [21], creatività [22] ed unicità [23]. Gli NFT *native*, generati con tecnologia blockchain, in quanto token non fungibili, posseggono tutti questi requisiti. Né costituisce ostacolo a considerare un'opera nativa NFT come opera d'arte il fatto che si tratti di un'opera virtuale. La materialità, infatti, non è requisito imprescindibile per godere della tutela del diritto d'autore.

---

[19] L'art. 2575 cod. civ. statuisce che "formano oggetto del diritto di autore le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alle scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione".

[20] Legge n. 633 del 22 aprile 1941 (Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio), in *G.U.* n. del166 del 16 luglio 1941.

[21] La protezione del diritto d'autore postula il requisito dell'originalità. Occorre, cioè, stabilire se l'opera sia o meno frutto di un'elaborazione creativa originale rispetto ad opere precedenti, ma con un'importante precisazione, che la creatività e l'originalità sussistono anche qualora l'opera sia composta da idee e nozioni semplici, comprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia propria dell'opera stessa, purché formulate ed organizzate in modo personale ed autonomo rispetto alle precedenti (Corte d'Appello di Venezia, sentenza del 9 luglio 2014, in *Redazione Giuffrè*, 2014).

[22] Il concetto giuridico di creatività postula che l'opera dell'ingegno sia frutto di personale e individuale espressione di un'oggettività appartenente alle categorie elencate in via esemplificativa all'art. 1 L.d.a. e consiste nella forma della sua espressione, che rifletta la personalità del suo autore manifestando scelte libere e creative di quest'ultimo. Il carattere creativo dell'opera dell'ingegno è un fatto che è rimesso all'accertamento del giudice di merito, incensurabile quando è sorretto da motivazione congrua ed esente da vizi logici e giuridici (Corte di Cassazione, sentenza n. 10300 del 29 maggio 2020, in *AIDA,* 2020, 1, 784).

[23] La unicità consiste nell'individualità della rappresentazione, ossia nell'idoneità dell'opera ad esprimere in modo personale un sentimento, un'idea, un fatto (Consiglio di Stato, sentenza n. 6324 del 20 luglio 2022, in *https://www.sentenzeappalti.it*).



L'opera d'arte NFT, ovviamente, diventa oggetto di protezione solo nel momento in cui si realizza concretamente per cui la semplice idea non è proteggibile; oggetto della tutela è la forma dell'opera, il modo in cui questa viene espressa ed esteriorizzata. È necessario che il creatore proceda, perciò, alla "coniazione" dell'NFT [24]. Una volta coniato l'NFT, il creatore diventa titolare dei diritti morali sull'opera e, in particolare, conserva il diritto di rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione od altra modificazione, ed a ogni atto a danno dell'opera stessa, che possano essere di pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione (art. 20 della Legge sul diritto d'autore). Questi diritti sono tutti inalienabili. Tuttavia una volta che il creatore abbia conosciute ed accettate le modificazioni della propria opera non può più agire per impedirne l'esecuzione o per chiederne la soppressione. (art. 22 L.d.a.). Dopo la morte del creatore i diritti morali sull'opera possono essere fatti valere, senza limite di tempo, dal coniuge e dai figli e, in loro mancanza, dai genitori e dagli altri ascendenti e da discendenti diretti; mancando gli ascendenti ed i discendenti, dai fratelli e dalle sorelle e dai loro discendenti (art. 23 L.d.a.). Al creatore dell'NFT è, altresì, riconosciuto il diritto di utilizzare economicamente l'opera (art. 12 L.d.a.) ed ha il diritto esclusivo di riprodurla in tutto o in parte, in copie dirette o indirette, temporanee o permanenti, ed in qualunque modo o forma (art. 13). Il creatore, pertanto, potrà riprodurre l'opera NFT un numero indefinito di volte venendo ogni volta remunerato per la vendita delle singole copie. Il diritto di utilizzazione economica dell'opera dura tutta la vita e sino al termine del settantesimo anno solare dopo la sua morte (art. 25 L.d.a.). Quando il creatore dell'opera decide di concedere a terzi lo sfruttamento economico della sua opera, egli ha diritto a percepire una percentuale sui proventi incassati. I diritti patrimoniali d'autore sono diritti a titolo originario (che nascono automaticamente al nascere dell'opera) che possono essere trasferiti dal creatore stesso sia mediante contratto o atto stipulato tra le parti, sia per successione in caso di morte. Con il trasferimento di tali diritti, gli unici soggetti legittimati a farli valere sono, ovviamente, coloro che li hanno ricevuti.

3. – Quando gli NFT sono il risultato della riproduzione di un'opera d'arte reale, la trasformazione tecnologica "libera" il bene immateriale imprigionato nella *res corporalis* e lo rende suscettibile di essere divulgato e fruito in maniera autonoma rispetto al bene materiale. Lo "sfruttamento dei giacimenti culturali" [25], a fronte di un minoritario orientamento giurisprudenziale che riconduceva la tutela della componente immateriale nella logica esclusivistica della disciplina proprietaria [26], pone in effetti l'insorgenza di problematiche di natura diversa a seconda che il creatore dell'NFT sia anche autore dell'opera ovvero sia un soggetto terzo.

---

[24] Su alcune piattaforme la coniazione del token è gratuita, mentre su altre essa avviene a pagamento, per cui è necessario che il creatore possegga un *wallet* su cui avrà depositato la criptovaluta. I Wallet sono strumenti di pagamento elettronico, solitamente sotto forma di app. Il Wallet memorizza in completa sicurezza le versioni virtuali delle carte di debito e di credito, così che è possibile pagare senza inserire i dati della carta. Esistono i c.d. Wallet aperti (accettati quasi ovunque) con cui si possono effettuare acquisti online e pagamenti contactless nei negozi, ricevere cashback, e anche prelevare da ATM convenzionati; ed i Wallet semi-chiusi o chiusi con cui possono essere effettuate transazioni presso un gruppo predefinito di rivenditori, o solo con il rivenditore emittente.

[25] L. MANSANI, *Proprietà intellettuale e giacimenti culturali*, in *AIDA,* 2013,118.

[26] Corte di Cassazione, sentenza n. 4213 del 16 marzo 2012, in *Foro it.,* 2013, 1137. In dottrina sul punto SCOGNAMIGLIO C., *Proprietà museali ed usi non autorizzati di terzi*, in *AIDA* 1999, 74 il quale afferma che il "di godere e di disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo" può implicare "il potere di utilizzare economicamente il bene ... riproducendo la sua immagine esteriore e moltiplicandola in copie" al fine di "evitare che un'utilizzazione economica non regolamentata possa risolversi in una flessione del valore del bene (o, più correttamente, delle riproduzioni dello stesso)". Dello stesso tenore FUSI M., *Sulla riproduzione non autorizzata di cose altrui in pubblicità*, in *Riv. dir. ind.,* 2006, 89 e ss.



Se a dar vita all'opera digitale sia l'autore e proprietario dell'opera reale, il token attesta l'autenticità dell'opera, la sua attribuzione e provenienza. Solo il creatore dell'opera reale e di quella digitale o un suo delegato sono autorizzati alla vendita dell'NFT e/o dell'opera sottostante. Questi, infatti, possono cedere l'FNT insieme all'opera reale ovvero in modo disgiunto riconoscendo all'acquirente diritti il cui contenuto è regolato, al pari di quanto accade per la generalità degli NFT, dai c.d. *terms of service* (termini di servizio) delle piattaforme ove gli stessi sono esposti e negoziati. Se l'NFT viene venduto contestualmente all'opera sottostante *nulla quaestio* perché l'acquirente diventa destinatario dei diritti di sfruttamento economico e di copyright che attengono sia all'opera reale che all'NFT [27]. Se, viceversa viene alienato solo l'NFT ed il creatore si riserva il diritto di proprietà dell'originale, in tal caso può accadere che il creatore riconosca all'acquirente il solo diritto di mostrare, promuovere e condividere l'NFT senza trasferirgli il diritto di sfruttamento economico sullo stesso. In tal caso l'acquirente non avrà la possibilità di utilizzarlo commercialmente, perché i diritti di sfruttamento dell'NFT al pari del diritto di copyright sullo stesso resteranno nella disponibilità del creatore (artt. 20-22 L.d.a) [28].

Differente è il caso in cui a creare l'NFT sia un soggetto terzo, diverso dall'autore dell'opera d'arte reale da cui esso è tratto. Il *creator* che agisce su incarico dell'autore dovrà eseguire l'opera (realizzazione dell'NFT) a regola d'arte e dovrà consegnarla entro i termini prestabiliti (art. 2224 cod. civ.). In relazione al risultato ottenuto ed al tempo impiegato l'autore dovrà corrispondere al *creator* il corrispettivo convenuto (art. 2225 cod. civ.) [29]. Una volta ottenuto il *token* ed i diritti sulla proprietà intellettuale dello stesso, il proprietario potrà utilizzarlo come se si trattasse di un NFT da lui stesso creato.

La necessità di apprestare delle regole che disciplinassero siffatta materia in modo più puntuale, si è sentita prepotentemente quando si è percepita la possibilità di riprodurre digitalmente le immagini di beni appartenenti al patrimonio immateriale dello Stato e di sfruttare ecomicamente gli NFT [30]. Nel maggio 2021, per la prima volta al mondo, la Galleria degli Uffizi di Firenze (soggetto pubblico) ha dato, infatti, incarico ad un *creator* di riprodurre in forma digitale una serie numerata di nove esemplari del dipinto di Michelangelo Buonarroti, *Tondo Doni* [31]. Il contratto intercorso tra la Galleria Uffizi di Firenze e l'Azienda Cinello preve-

---

[27] P.L. CARDELLA, *Prime osservazioni in tema di non fungible token (NFT) e imposta sul valore aggiunto,* in *https://www.rivistadirittotributario.it.*

[28] Di una stessa opera NFT potranno, quindi, essere vendute diverse copie a soggetti diversi che saranno tutti, allo stesso modo, proprietari di una singola copia digitale ma non ovviamente dell'originale che rimarrà di proprietà esclusiva dell'autore dell'NFT.

[29] Se l'attività del *creator* è riconducibile nell'ambito della disciplina del lavoro autonomo, ai redditi percepiti è applicabile la relativa imposta diretta di cui all'art. 54 TUIR. Qualora si tratti invece di un'operazione posta in essere nell'ambito della normale attività imprenditoriale, avremo una prestazione rilevante ai fini del reddito d'impresa. Le cessioni occasionali daranno luogo, da ultimo, alla generazione di un reddito diverso con applicazione dell'art. 67 TUIR per attività di lavoro autonomo o d'impresa occasionale. Ai fini dell'IVA, la verifica dovrà incentrarsi sulla riconducibilità o meno dell'NFT alla disciplina del diritto d'autore, valutando se si possa o meno ritenere che le prestazioni siano rilevanti in tal senso.

[30] G. MANFREDI, *La tutela proprietaria dell'immateriale economico nei beni culturali*, in *Dir. econ.* 2017, 29 ss.; G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in AA.VV, *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche*, Napoli 2014, 171; S. BARILE, *Verso una nuova ipotesi di rappresentazione del concetto di bene culturale*, in AA.VV., *Patrimonio culturale e creazione di valore. Verso nuovi percorsi*, Padova 2012, 71; G. RESTA, *L'immagine dei beni*, in AA.VV., *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino 2011, 554.

[31] S. HECKER, M. VANZETTI, L'originale nell'arte come concetto mutevole nel tempo e nell'ambito della sua attuale tutela, in *Arte e diritto* 2022, 1, 29, secondo cui le accezioni di originale e copia vanno ripensate. Ci si chiede, infatti, se l'NFT di un'opera reale, nella specie del *Tondo Doni*, "sia una riproduzione, una copia oppure un nuovo originale". Nel caso di opere d'arte si parla di replica quando essa è realizzata dallo stesso autore, mentre se una generica riproduzione è compiuta da un autore diverso da colui che ha dato vita all'originale essa viene chiamata copia. L'NFT del *Tondo Doni* è una copia digitale di un'opera del passato e non ci si può riferire ad essa parlando di originale anche se essa costituisca un pezzo unico e non venga replicato.



deva che quest'ultima realizzasse l'NFT da un dipinto scelto tra le opere selezionate dal Museo [32] e dal ricavo netto della vendita di ogni NFT ne versasse il 50 % agli Uffizi [33]. L'NFT del Tondo Doni, realizzato attraverso un brevetto esclusivo (il DAW– *Digital Art Work*) di cui rimaneva proprietaria l'Azienda Cinello, è stato corredato da un certificato di autenticità firmato dal direttore del museo detentore dell'opera originale. Tutti i diritti sull'opera d'arte reale e sulla sua riproduzione rimanevano, ovviamente, in capo al proprietario-concedente e, nel caso del *Tondo Doni*, in capo agli Uffizi. Questo accadimento, ben diverso dal *deaccessioning* (vendita) delle opere museali già da anni diffuso in America [34], ha spinto il Ministero, a chiedere temporaneamente alle sue istituzioni di sospendere i contratti con le società tecnologiche riguardanti la riproduzione digitale delle opere delle proprie collezioni. Data la complessità della materia e la mancanza di specifica regolamentazione che poteva indurre le parti a sottoscrivere "contratti abusivi", presso la Direzione generale Musei è stata, perciò, istituita una Commissione di esperti per l'elaborazione di linee guida operative in merito agli NFT e alla cripto-arte, allo scopo di uniformare l'applicazione – da un punto di vista regolamentare ed operativo – sul territorio nazionale, indirizzando e coordinando l'attività delle articolazioni periferiche del Ministero e dei luoghi della cultura. La Commissione, muovendo dalla proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo ai mercati delle cripto-attività (MiCA o MiCAR) [35] ed a modificare la Direttiva (UE) 2019/1937 [36], si è più volte riunita per capire, innanzitutto, se questo tipo di assets potesse rientrare o meno nella previsione del futuro regolamento europeo, e per individuare, in attesa della approva-

[32] Tra le opere selezionate vi erano la "Madonna del Granduca", la "Velata" e la "Madonna del Cardellino" di Raffaello, "La nascita di Venere", la "Primavera" e la "Calunnia" di Botticelli, "L'annunciazione" e il "Battesimo di Cristo" di Leonardo, "L'Eleonora da Toledo" del Bronzino, il "Bacco" di Caravaggio, "I quattro filosofi" di Rubens, "La leda e il cigno" di Tintoretto, la "Venere di Urbino" di Tiziano, "La veduta di Palazzo Ducale a Venezia" di Canaletto.

[33] Il *Tondo Doni* è stato venduto per 240 mila euro ad un anonimo collezionista ed ha fruttato agli Uffizi, secondo le intese raggiunte, una somma di circa 70 mila euro.

[34] Emblematici sono stati i casi dell'Everson Museum di Syracuse, che ha affidato *Red Composition* di Jackson Pollock a Christie's per ricavare fondi e acquisire opere di donne e di artisti di colore; ma anche quello del Brooklyn Museum, che ha venduto 12 dipinti (tra cui un Cranach e un Courbet) per sopperire agli effetti della pandemia; o, ancora, quello del Baltimore Museum che ha ceduto tre *masterpiece* a Sotheby's per un incasso lampo da 65 milioni di dollari.

[35] La Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sui mercati delle criptovalute e modifica della Direttiva (UE) 2019/1937 (Markets in Crypto-Assets Regulation – MiCA) è stata pubblicata dalla Commissione Europea il 24 settembre 2020, in *https://eur-lex.europa.eu*. Il MiCA, che ha lo scopo di rappresentare l'impianto autorizzativo, regolatorio e di vigilanza a cui nei prossimi anni gli attori del mercato dovranno rifarsi all'interno dell'Unione, istituisce un duplice regime regolamentare. Il primo è relativo alle cd. *utility token cioè alle* cripto-attività destinate a fornire l'accesso digitale a un bene o a un servizio, disponibile mediante DLT *(tecnologia di registro distribuito*), e che è accettato solo dall'emittente di tale token. Il secondo è relativo ai *token* collegati ad attività (*asset-referenced token* – "ART") cioè alle cripto-attività "che intendono mantenere un valore stabile facendo riferimento al valore di diverse monete fiduciarie aventi corso legale, di una o più merci o di una o più cripto-attività, oppure di una combinazione di tali attività" ed ai *token* di moneta elettronica (*e-money token* – "EMT"), cripto-attività il cui scopo principale è quello di essere utilizzato come mezzo di scambio e che mira a mantenere un valore stabile facendo riferimento al valore di una moneta fiduciaria avente corso legale (A. Borri, *NFT & Cripto. La proposta di regolamento MiCA (Markets in Crypto-Assets Regulation)*, in *https://compliancedesign.it*). Il Mica non può applicarsi alle criptovalute che si qualificano come: strumenti finanziari (come definiti all'art. 4, paragrafo 1, punto 15), della direttiva 2014/65/UE (MiFID (*Markets in financial instruments directive)* II)); alla moneta elettronica (come definita all'art. 2, punto 2), della direttiva 2009/110/CE (*E-Money Directive* or the *electronic money directive* (EMD), salvo quando si qualificano come gettoni di moneta elettronica ai sensi del presente regolamento); ai depositi (come definiti all'art. 2, paragrafo 1, punto 3), della Direttiva 2014/49/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa ai sistemi di garanzia dei depositi; ai depositi strutturati (come definiti all'art. 4, paragrafo 1, punto 43), della direttiva 2014/65/UE (MiFID (*Markets in financial instruments directive)* II)); alla cartolarizzazione (come definita all'art. 2, punto (1), del Regolamento (UE) 2017/2402 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017, che stabilisce un quadro generale per la cartolarizzazione, instaura un quadro specifico per cartolarizzazioni semplici, trasparenti e standardizzate.

[36] Direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2019 riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione, in *https://eur-lex.europa.eu*.



zione del Parlamento europeo, "linee guida utili a orientare gli istituti e i luoghi della cultura nella valutazione delle proposte progettuali di NFT, in modo da verificarne la compatibilità con le esigenze di tutela dei beni culturali, nonché con il carattere artistico o storico degli stessi e con il loro decoro" [37].

4. – In attesa, dunque, che il legislatore europeo e quello interno si pronuncino sui diversi aspetti della materia, l'interprete può solo limitarsi a riordinare le fonti e, se del caso, a verificare se la legislazione in vigore sia compatibile con il caso di specie. Il fenomeno della riproduzione digitalizzata di opere d'arte ancor prima dell'avvento degli NFT era stato oggetto della legge n. 106 del 29 luglio 2014 [38] la quale, con le sue rilevanti innovazioni all'art. 108 del Codice dei beni culturali, ha riallineato la disciplina delle riproduzioni delle opere d'arte rispetto ad un'accezione di valorizzazione – in termini di promozione della conoscenza e ottimizzazione dell'accessibilità e della pubblica fruizione – che si rivela più affine alla definizione di principio che lo stesso Codice ne offre. In particolare la novella ha statuito che le riproduzioni dei beni culturali e la successiva divulgazione delle immagini – con qualsiasi mezzo, dunque anche *on line*, su *blog* e *social media* – siano "libere" quando siano svolte "senza scopo di lucro, per finalità di studio, ricerca, libera manifestazione del pensiero o espressione creativa, promozione della conoscenza del patrimonio culturale" (comma 3-*bis* art. 108 del Codice dei beni culturali). L'attività di riproduzione deve essere attuata con modalità tali da non comportare alcun pericolo per la conservazione del bene. Insomma, l'attuale versione della disciplina del Codice dei beni culturali legittima nell'interprete "una visione irenica della relazione fra la valorizzazione culturale delle opere d'arte e la loro libera e gratuita riproducibilità digitale – per usi non lucrativi – speculare rispetto alla mancanza di idiosincrasia fra l'uso della tecnologia digitale e la conservazione fisica del bene" [39]. Nella previsione *de qua* non può certamente ricadere la creazione degli NFT del *Tondo Doni* in quanto, come è dato evincere dal contratto stipulato tra gli Uffizi e l'Azienda Cinello, essa è avvenuta per mere finalità di lucro e non per scopi culturali e/o di studio.

Per le stesse motivazioni non può applicarsi al caso specifico nemmeno il Decreto legislativo n. 102 del 18 maggio 2015 in tema di riutilizzo dell'informazione del settore pubblico [40]. In particolare il legislatore, considerando "il libero riuso commerciale dei dati della pubblica amministrazione come fattore di crescita democratica ed economica", estende la sua operatività anche ai contenuti digitali (immagini, archivi, cataloghi, audiovisivi, applicazioni etc.) delle collezioni museali. Il decreto, però, statuisce che tali contenuti, pur rappresentando un nuovo *asset* per il museo, non possono essere considerati *open data* per ciò che concerne gli usi lucrativi [41]. Anche in tal caso, cioè, il legislatore mentre, per un verso, apre la porta alla liberalizzazio-

[37] Lavori della VII Commissione permanente (Cultura, scienza e istruzione) del 15 giugno 2022, (Indagine conoscitiva sull'uso dei certificati digitali di unicità (*non fungible token* – NFT) nell'arte (Deliberazione), in *https://www.camera.it.*

[38] Legge n. 106 del 29 luglio 2014 (Conversione, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2014, n. 83 Disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo), in *G.U.* n. 175 del 30 luglio 2014.

[39] R. De Meo, *La riproduzione digitale delle opere museali fra valorizzazione culturale ed economica*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019, 3, 669.

[40] Decreto legislativo n. 102 del 18 maggio 2015 (Attuazione della direttiva 2013/37/UE che modifica la direttiva 2003/98/CE, relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico), in *G.U.* n. 158 del 10 luglio 2015.

[41] A.L. Tarasco, *Il patrimonio culturale. Modelli digestione e finanza pubblica*, Napoli 2017, 269; P. Magnani, *Musei e valorizzazione delle collezioni: questioni aperte in tema di sfruttamento dei diritti di proprietà intellettuale sulle immagini delle opere*, in *Riv. dir. ind.* 2016, I, 214; S. Fantini, *Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale*, in Aa.Vv., *I beni immateriali*, Napoli 2014, 171; G. Guerzoni, S. Stabile, *I contenuti museali digitali*, in Aa.Vv., *Il diritto dell'arte, II, La circolazione delle opere d'arte*, Torino 2013, 228; L. Mansani, *Proprietà intellettuale e giacimenti culturali*, in *AIDA*, 2013, 122.



ne della riproduzione ove si tratti di realizzare interessi collettivi (la ricerca, l'arricchimento culturale, l'insegnamento etc.) inoppugnabili perché tutelati dalla Costituzione ed espressione di altrettanti diritti fondamentali della persona, per altro, invece, pone un limite alla scelta dell'*open data* diversamente da quanto imposto per le altre informazioni pubbliche.

Se, quindi, le restrizioni imposte dalla normativa interna impediscono lo sfruttamento economico delle opere immateriali tratte da opere reali esposte nei musei e, dunque, anche degli NFT, non resta che attendere che il legislatore individui nuovi paradigmi negoziali che non demonizzino la valorizzazione economica degli *asset*.

5. – I creatori di NFT *native* o di NFT che riproducono opere d'arte reali, una volta generato o "coniato" il token, possono commercializzarlo, su diversi siti (o *marketplace*) di compravendite [42]. Se i prodotti o i servizi commercializzati sono di diverso genere i *marketplace* si definiscono orizzontali; se, invece, permettono il commercio di un solo tipo di prodotto prendono il nome di *marketplace* verticali. A seconda, poi, dei soggetti coinvolti, essi si suddividono in: c*onsumer to consumer* (C2C) se le transazioni avvengono tra singoli soggetti privati che interagiscono tra loro; *business to consumer* (B2C) che è il modello più noto di commercio elettronico ed in cui le aziende espongono i propri servizi e/o prodotti al consumatore finale; *business to business* (B2B) che riguarda transazioni commerciali tra aziende all'interno di mercati che possono trattare diversi segmenti produttivi.

I siti di compravendite utilizzano la tecnologia blockchain che, secondo i principi fissati nella Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 (in tema di *Tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione*) [43], consente di annotare tutte le informazioni riguardanti l'opera e, in particolare, la paternità della stessa; la titolarità dei diritti di autore (morale e patrimoniale); in caso di morte dell'artista, le informazioni relative ai soggetti che acquisiscono, *iure proprio* in occasione della morte, il diritto morale di autore; le immagini e il titolo dell'opera, l'anno di realizzazione, i materiali usati, le misure e la denominazione di "pezzo unico" oppure di "opera in serie"; le informazioni sulla proprietà dell'opera e sui successivi trasferimenti tramite contratto; i certificati di autenticità; l'arte c.d. immateriale [44]. In

[42] Tra i maggiori circuiti di compravendite attualmente c'è *OpenSea.Io*, una piattaforma *peer to peer* che si definisce "fornitore di oggetti digitali rari e pezzi da collezionare". Per accedere a questa piattaforma è sufficiente che l'utente crei un account grazie al quale può sfogliare il catalogo ed ordinare i prodotti. Anche *Rarible*, simile ad *OpenSea.Io,* è una piattaforma commerciale democratica che consente agli artisti ed ai creativi di pubblicare e vendere NFT. Chi acquista i token emessi dalla piattaforma (che prendono il nome di *RARI*) ha diritto a partecipare ai processi decisionali che interessano le tariffe e le regole della community. *Foundation* è una piattaforma completamente diversa. Su di essa gli artisti devono ricevere "*upvotes*" o essere invitati da altri creatori per potere pubblicare le proprie opere. L'esclusività della community ed il costo di ingresso degli artisti che devono pagare delle "*gas fees*" per potere coniare i propri NFT, permettono a questa piattaforma di vantare opere di altissimo livello.

[43] Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione (2017/2772(RSP)), in *https://eur-lex.europa.eu*.

[44] Sulla catena di blocchi è possibile cristallizzare informazioni relative a quelle manifestazioni artistiche che, ad esempio, esprimono un'idea; a quelle effimere, destinate, cioè, a venire meno; a quelle che si concretizzano nell'uso di oggetti quotidiani o industriali e, infine, alle installazioni che impongono riattivazioni della medesima opera. In particolare, ci sembra che sia possibile memorizzare le opere che si sostanziano in "indicazioni" provenienti dall'autore, relative alla loro futura realizzazione, in genere contenute in un documento scritto. Famoso creatore di questo genere di opere è Salvatore Garau che ha venduto all'asta per poco più di 27 mila euro la sua "scultura immateriale" *Davanti a te*, ritoccando verso l'alto la cifra massima raggiunta per questa particolare tipologia di opera d'arte (15 mila euro per *Io sono*, sempre a lui appartenente). Oggetto dell'asta, tenutasi all'interno dell'asta 4 U *News della auction house* milanese Art Rite, non è un'opera tangibile ma bensì un'idea di scultura accompagnata da un certificato di autenticità, che poi sarà dato al compratore. Nel certificato si legge che l'opera è da collocare in uno spazio libero da qualsiasi ingombro, di circa



sostanza l'utilizzo di questa tecnologia non solo consente di rappresentare l'NFT con tutte le caratteristiche proprie della *res* corporale, come se si trattasse di un prodotto artistico tangibile, ma permette all'artista di certificarne la paternità senza incappare nella farraginosità della attuale burocrazia [45].

Il carattere immutabile dei blocchi può, però, generare non pochi problemi quando le attestazioni di autenticità indicate non siano veritiere [46], o perché lo stesso artista rinneghi, in un tempo successivo, l'autenticità dell'opera, o, perché un'opera venga certificata falsa da un giudice o attribuibile ad autore diverso. In tali circostanze, fatta salva la possibilità per l'ignaro acquirente che ha acquistato un NFT privo della qualità essenziale (autenticità) di esperire verso l'alienante i rimedi risarcitori *ex* art. 1497 cod. civ., è necessario che le informazioni corrette siano annotate in blocchi successivi, "pena la non veridicità dell'informazione diffusa nel network, con quanto consegue in ordine ai trasferimenti successivi e alla loro certezza" [47]. Vanno, così, indicati in blocchi successivi tutti gli accadimenti che hanno coinvolto l'opera NFT, se, cioè, essa sia stata oggetto di un contratto che abbia perso di efficacia a seguito di recesso, annullamento o risoluzione, ovvero se il contratto di vendita dell'opera d'arte sia stato coevo alla realizzazione di una fattispecie di reato punibile *ex* art. 178 del Codice dei beni culturali (contraffazione di opere d'arte). Solo procedendo con successive e costanti annotazioni nel registro, le transazioni, principalmente ove siano "interne" all'ambiente virtuale, potranno dirsi sicure e controllate.

6. – Se non è escluso che l'NFT di un'opera d'arte possa essere oggetto di un contratto stipulato tra le parti al di fuori del *web* e sia disciplinato, dunque, alle regole di cui all'art. 1321 ss., cod. civ., è più comune che esso venga concluso *on line* attraverso *smart contract* [48]. Nel nostro ordinamento vige il principio della libertà della forma del contratto, ragion per cui la manifestazione del programma negoziale può avvenire con di-

---

200 x 200 centimetri, e che il certificato non può essere esposto nello spazio riservato all'opera (*La scultura immateriale di Salvatore Garau*, in *https://wumagazine.com).*

[45] Il diritto d'autore sorge con la creazione dell'opera. A differenza di quanto accade con i brevetti o con i marchi non è quindi necessario alcun tipo di deposito per ottenere il diritto, essendo sufficiente dimostrare di esserne gli autori e di avere creato l'opera prima di altri. Per facilitare la prova da offrire in merito alla paternità di un'opera si può, però, effettuare un deposito dell'opera presso un ente che ne certifichi la data. In Italia questo ruolo è assunto essenzialmente dalla SIAE presso la quale possono essere depositate opere anche inedite. Per effettuare il deposito è necessario predisporre una copia dell'opera che si vuol tutelare, sotto forma di documento cartaceo e/o di supporto magnetico. Tale copia, accompagnata da una dichiarazione di paternità, viene conservato dalla SIAE e custodito senza renderlo accessibile al pubblico. La SIAE rilascia al depositante un attestazione di avvenuto deposito nel quale viene assegnato un numero ed una data di deposito ma non effettua alcun controllo sul contenuto di quanto viene depositato. La lettera b) delle Condizioni di deposito (in *https://www.siae.it)* prevede, infatti, che "il deposito ha carattere privato ed è accettato dalla SIAE agli effetti di costituire una prova di esistenza dell'opera alla data di deposito", con la conseguenza che se si procede a depositare presso la SIAE un'opera che non sia proteggibile ai sensi della Legge sul diritto d'Autore, con il deposito non si acquisterà alcun diritto neppure nel caso in cui il deposito venga accettato dalla SIAE. Il deposito ha una durata di 5 anni e può essere rinnovato alla scadenza per un uguale periodo salva la facoltà del titolare di ritirare in ogni momento l'opera. Se alla scadenza il titolare non ritira l'opera o non rinnova il deposito la SIAE si ritiene autorizzata alla distruzione del materiale stesso.

[46] Caso piuttosto noto è quello di un utente che si è registrato su una piattaforma come proprietario della "Gioconda" di Leonardo ottenendo un certificato che comprovava tale sua qualifica (G. TRINCARDI, *Questo tizio è diventato "l'autore" della Gioconda con un servizio blockchain*, in *https://www.vice.com*).

[47] G. FREZZA, *Blockchain, autenticazione ed arte contemporanea*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2020, 2, 489.

[48] Sulla base del rapporto che lega codice informatico e accordo, gli *smart contract* possono essere semplici veicoli di scambio delle dichiarazioni negoziali (*smart contract* con funzione strumentale); atti di esecuzione di contratti conclusi in forma tradizionale (*smart contract* con funzione esecutiva); o, ancora, fonti del vincolo negoziale "in quanto creano, modificano, trasferiscono diritti, doveri e poteri" (*smart contract* con funzione costitutiva). Per maggiori approfondimenti sul tema si rimanda a M. TOMMASINI, *Lo smart contract ed il diritto dei contratti*, in *Jus civile*, 2022, 4, 831 e ss.



chiarazione orale, con comportamento concludente, con dichiarazione per iscritto o, appunto, per via informatica [49]. Con riferimento alla particolare modalità di manifestazione del consenso negli *smart contracts*, e in genere nei contratti telematici o cibernetici, pur nella loro differente struttura, il legislatore nazionale dapprima con legge n. 59 del 15 marzo 1997 [50] e con il d.P.R. n. 513 del 10 novembre 1997 [51], poi trasfuso nel d.P.R. n. 445 del 28 Dicembre 2000 [52], e poi con il CAD [53], ha affermato il principio della piena validità dei contratti stipulati per via informatica o telematica, prevedendo che "gli atti, dati e documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici, sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge". Attraverso uno *smart contract*, dunque, le parti possono esprimere una dichiarazione intesa a realizzare un contenuto giuridicamente vincolante, imputabile direttamente ai soggetti ai quali i codici digitali sono legati e che si attua secondo quanto programmato [54].

Poiché lo *smart contract* va redatto con un linguaggio informatico, comprensibile agli algoritmi operanti nel protocollo [55], non è strutturato per messaggi complessi e può contenere solo l'indicazione delle parti, la determinazione o determinabilità dell'oggetto e la causa (art. 1325 cod. civ.). Lo *smart contract*, dunque, ha uno scheletro minimo sufficiente che non ammette formule ambigue o dal significato oscuro [56]. Il linguaggio crittografico deve essere espresso in maniera chiara e le parti devono essere in grado di intendere il contenuto del testo [57].

Con lo *smart contract* il creatore/autore dell'opera o un suo delegato possono trasferire ad un soggetto acquirente/utilizzatore la proprietà dell'opera NFT. Non necessariamente devono essere trasferiti i diritti d'autore legati all'opera stessa che possono rimanere in capo al creatore dell'NFT. In tale circostanza, l'opera NFT acquistata viene connessa alla identità digitale del compratore/utilizzatore, ma il diritto di *copyright* è

---

[49] F CARNELUTTI., Voce *Documento* (Teoria moderna), in *Noviss. dig. it.*, Torino 1964, IV, 86, evidenziava l'irrilevanza della materia, affermando che "qualunque materia, atta a formare una cosa rappresentativa, può entrare nel documento: tela, cera, metallo, pietra e via dicendo".

[50] Legge n.59 del 15 marzo 1997 (Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa), in *G.U.* n. 63 del 17 marzo 1997.

[51] D.P.R. n. 513 del 10 novembre 1997 (Regolamento recante criteri e modalità per la formazione, l'archiviazione e la trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici, a norma dell'art. 15, comma 2, della legge 15 marzo 1997, n. 59), in *G.U.* n.60 del 13 marzo 1998.

[52] D.P.R. n. 445 del 28 dicembre 2000 (Disposizioni legislative in materia di documentazione amministrativa), in *G.U.* n. 42 del 20 febbraio 2001.

[53] Il Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD) è un testo unico che riunisce e organizza le norme riguardanti l'informatizzazione della Pubblica Amministrazione nei rapporti con i cittadini e le imprese. Istituito con il decreto legislativo n. 82 del 7 marzo 2005, è stato successivamente modificato e integrato prima con il decreto legislativo n. 179 del 22 agosto 2016 e poi con il decreto legislativo n. 217 del 13 dicembre 2017 per promuovere e rendere effettivi i diritti di cittadinanza digitale.

[54] M. GIULIANO, *L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale*, cit. 170.

[55] E. MIK, *Smart contract: terminology, technical limitations and real world complexity*, in *Law, innovation and technology* 2017, 9.

[56] M, RASKIN, *The law and legality of smart contract*, in *Georgetown law technology review* 2017, 325 afferma che "ambiguity is anathema to computer language".

[57] Ai fini della validità del contratto le parti devono dar prova di comprendere il significato dello *smart contract*, il che può avvenire "sia per espressa loro ammissione effettuata in linguaggio naturale, sia per deduzione in considerazione delle loro comprovate competenze tecniche". In entrambi i casi si tratta di accertare se le parti sono "in grado di avere accesso e di comprendere il significato del codice di programmazione con cui è predisposto lo *smart contract* e le conseguenze della sua esecuzione, attribuendo quindi ad esso la fonte primaria delle loro obbligazioni" (F. RAMPONE, *Smart contract: né smart né contract*, in *Rivista di diritto privato* 2020, 10 e ss.). Nel caso in cui il linguaggio informatico non sia compreso pienamente, parte della dottrina ritiene plausibile che le parti possano accompagnare lo *smart contract* con una versione del contratto espressa con un linguaggio naturale (STAZI A., *Automazione contrattuale e contratti "intelligenti". Gli smart contract nel diritto comparato*, Torino 2019, 147).



sempre riconducibile al suo creatore/autore [58]. Poiché, però, i rapporti tra l'autore dell'opera e gli utilizzatori della stessa possono risultare di difficile gestione in quanto l'NFT per sua natura può avere rapidissima capacità di diffusione tanto da renderne difficile il controllo, spesso nello *smart contract* viene incorporata la licenza di sfruttamento economico dell'opera. Un tale accordo aggiuntivo, compatibile con il diritto comunitario [59] e con quanto tratteggiato dalla Legge sul diritto d'autore (l. 633/1941) nel nostro diritto interno [60], prevede a carico del licenziatario l'obbligo di versare una somma di denaro *una tantum* o un canone periodico che può essere commisurato in tutto o in parte ai ricavi del licenziatario per lo sfruttamento del diritto immateriale [61]. La licenza può essere esclusiva, ossia a favore di un solo soggetto per un determinato ambito territoriale, ovvero, non esclusiva qualora il licenziante conceda il diritto di sfruttamento economico del diritto a più soggetti all'interno di un determinato ambito territoriale. La licenza, inoltre, può essere limitata in relazione al tempo, alla tipologia, alla destinazione e alle caratteristiche tecniche degli NFT. Le parti, peraltro, possono stabilire che la licenza sia liberamente cedibile a terzi ovvero, *a contrario*, possono escludere le sublicenze. Tutte queste indicazioni, che dovranno essere inserite nei blocchi, consentono al titolare del diritto d'autore di gestire i rapporti con gli utilizzatori e di controllare le eventuali cessioni dell'NFT. La transazio-

[58] N. MUCIACCIA, *Diritti connessi e tutela delle opere dell'intelligenza artificiale*, in *Giur. Commerciale*, 2021, 4, 761.

[59] Si veda il Regolamento (UE) n. 316/2014 della Commissione, del 21 marzo 2014, relativo all'applicazione dell'art. 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia Testo rilevante ai fini del SEE, in *G.U.U.E.* L93 del 28 marzo 2014; e più recentemente la Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE, in *G.U.U.E.* L130/92 del 17 maggio 2019. In dottrina per un inquadramento della c.d. Direttiva Copyright si veda V. FALCE, M.L. BIXIO, *Brevi note sul principio di fair remuneratione fair contract nella Direttiva Copyright*, in *Riv. dir. Industriale,* 2020, 4, 261.

[60] Sul punto S. SANDRI. *I contratti di licenza in Italia*, in *Riv. dir. Industriale,* 1996, 1, 43.

[61] Le licenze a titolo gratuito sono estremamente rare, ma possono essere stipulate nel caso in cui, ad esempio, il licenziante voglia avvalersi della collaborazione del licenziatario per diffondere nel mercato una tecnologia ancora sconosciuta e con poco mercato. Più comuni sono certamente le licenze a titolo oneroso. Il corrispettivo della concessione della licenza (esclusiva o meno) dipende da fattori di difficile determinazione e previsione, quali ad esempio, l'ampiezza della privativa concessa, l'esclusività o meno della licenza, l'evoluzione tecnologica del settore, la penetrazione sul mercato del prodotto e la possibilità di ulteriore espansione nella distribuzione del prodotto stesso. La prassi ha individuato diverse forme di corrispettivo, quali ad esempio, *Lump sum*, *Paid up*, *Down payment*, *Royalties*. La *Lump sum* è un corrispettivo unitario, una somma globale *una tantum* che il licenziatario corrisponde al licenziante per tutta la durata della licenza. Pertanto, il pagamento della *Lump sum* è indipendente dall'entità dei profitti che realizzerà il licenziatario con lo sfruttamento economico della privativa oggetto della licenza. Tale scelta, ovviamente, potrà essere favorevole al licenziante nel caso in cui lo sviluppo e la penetrazione nel mercato del bene licenziato siano inferiori a quanto ipotizzato in sede di contrattazione e sottoscrizione del contratto. Viceversa, il corrispettivo *Lump sum* potrà essere favorevole al licenziatario qualora la risposta del mercato sia superiore alle aspettative. Il *Paid-up* è un corrispettivo che "copre" una certa capacità produttiva, superata la quale il corrispettivo dovrà essere determinato con altri metodi, ad esempio con il metodo della *Royalty*. Pertanto, il licenziatario paga un corrispettivo al licenziante per produrre in un dato periodo di tempo una determinata quantità di prodotti, superata la quale sarà opportuno prevedere altri metodi di determinazione del corrispettivo, quali ad esempio le *Royalties* ovvero il pagamento di un'altra somma *una tantum*. Il *Paid up*, pertanto, consente al licenziante di ricevere un corrispettivo fisso, nonostante la capacità di penetrazione del mercato del bene sia inferiore alle aspettative, garantendo, in ogni caso, di regolare i casi in cui lo sfruttamento economico del licenziatario sia superiore alle capacità produttiva preventivata nel contratto. Il *Down payment*, letteralmente, significa cifra anticipata. Solitamente l'entità del *Down payment* richiesto dal licenziante sarà di importo consistente nei casi in cui siano minori le garanzie di effettivo sfruttamento del diritto licenziato da parte del licenziatario. Generalmente, al *Down payment*, i contraenti aggiungono delle *Royalties* legate a fattori variabili quali la produzione o la vendita. Le *Royalties* sono la forma più diffusa di determinazione del corrispettivo nei contratti di licenza. In linea di massima, le *Royalties* rappresentano un corrispettivo variabile determinato da una percentuale su differenti fattori, quali il prezzo di vendita all'ingrosso o al dettaglio, il profitto del licenziatario, il costo di produzione. Solitamente le *Royalties* sono computate sulla base di una percentuale del prezzo netto di vendita del prodotto licenziato. Le *Royalties* possono essere crescenti o decrescenti nel tempo in relazione alle aspettative di vita commerciale del prodotto o a livelli presunti di fatturato. Tale metodo di determinazione del corrispettivo consente sia al licenziante che al licenziatario di ricevere un profitto legato al reale andamento delle vendite del bene e penetrazione del mercato.



ne, dunque, comprensiva eventualmente di licenza d'uso, una volta generata dal sistema è trasparente, immutabile, ha data certa ed è validata dal meccanismo della decentralizzazione.

7. – Problema di non secondaria importanza legato all'utilizzo della *blockchain* per commercializzare gli NFT è rappresentato dal fatto che chi acquista opere d'arte, spesso, ha interesse a tenere celati i propri dati personali, preferendo operare nell'anonimato, soprattutto nel caso in cui oggetto della transazione sia un bene di particolare importanza e valore economico. Se dal punto di vista tecnico è prospettabile la possibilità di stoccare i dati personali al di fuori della catena, memorizzando all'interno di essa soltanto un rinvio ad essi tramite *hash* (stringa) [62], dal punto di vista normativo e procedimentale occorre verificare se la tecnologia blockchain sia conciliabile con il Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR) [63]. Il GDPR, "voluto dal legislatore eurounitario per arginare l'utilizzo indiscriminato dei dati personali da parte delle *web company* che fanno ricorso alla profilazione dei loro utenti per costruire artificialmente una posizione di vantaggio concorrenziale e per trarre profitti economici" [64], riconosce al titolare dei dati il diritto di sapere in quale modo essi verranno trattati (art. 12); come verranno utilizzati al momento della loro raccolta/richiesta e per quanto tempo saranno conservati (artt. 13 e 14); in qual modo sia possibile accedervi e come possano essere rettificati e modificati (art. 16); quando se ne possa chiedere la cancellazione e/o limitarne il trattamento (art. 18); come si possa riceverli in un formato strutturato così da agevolarne la consultazione (art. 20); quando ci si possa opporre all'utilizzo per profilazione o commercializzazione (art. 21). Seppure l'applicazione del GDPR sembri apparentemente incompatibile con la *blockchain* che si connota per decentralizzazione, accessibilità ed immutabilità dei dati in essa inseriti, ciò non deve far ritenere che la riservatezza di questi ultimi sia *a priori* da escludere; al contrario, essa può essere garantita da altre caratteristiche della *blockchain* che consentono la anonimizzazione dei dati relativi ai soggetti che hanno posto in essere una determinata operazione e la minimizzazione dei dati che vengono condivisi.

Le transazioni che hanno ad oggetto gli NFT, nello specifico, possono essere anonimizzate attraverso la rimozione, la sostituzione e la distorsione degli identificatori diretti (ad esempio il nome completo delle parti o altre caratteristiche rilevanti delle persone fisiche). Questa singola operazione spesso viene utilizzata in combinazione con altre tecniche di anonimizzazione. All'eliminazione degli identificatori diretti si può aggiungere, infatti, la tecnica della generalizzazione che comporta la riduzione del grado di dettaglio di una determinata variabile e la eliminazione degli identificatori indiretti (cioè delle altre informazioni disponibili che rendono identificabile una persona in base all'occupazione, allo stipendio, all'età etc.) [65].

La tecnica di anonimizzazione non esclude comunque che, ai sensi dell'art. 5 del G.d.P.R.., *i dati personali trattati debbano essere adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità del trattamento (minimizzazione dei dati)*. Il richiamo alle finalità della raccolta rende necessario accertare, di volta in volta, quale sia lo scopo che il titolare del trattamento si prefigge al momento della richiesta dei dati personali agli interessati, in quanto il consenso di questi ultimi è, per l'appunto, legato a tale unico fine, ed un

[62] N.B.Truong, K. Sun, G. Myoung Lee, E. Guo, *GDPR. Compliant Personal Data Management: a blockchain-based Solution*, in *IEEE Transaction on information forensics and security* 2019, 1.

[63] Regolamento UE 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), in *G.U.U.E.* L119/1 del 4 maggio 2016.

[64] Magri G., *La Blockchain può rendere più sicuro il mercato dell'arte?*, in *Aedon,* 2019, 2, 183.

[65] Cavalli R., *Anonimizzazione del dato: le tecniche possibili*, in *https://www.iusinitinere.it.*



utilizzo per obiettivi diversi risulterebbe eccedente e non pertinente. Una raccolta di dati è eccedente quando risulta eccessiva, esagerata in termini numerici, troppo vasta rispetto all'intenzione di chi raccoglie le informazioni; è non pertinente quando non si lega all'obiettivo da raggiungere e non serve per la finalità che si prestabilisce. Solo prendendo in considerazione lo scopo è, quindi, possibile stabilire se i dati raccolti rispettino le condizioni di liceità di cui all'art. 6 del GDPR (cioè se rispettino finalità determinate, esplicite e legittime) e se la loro raccolta sia strettamente necessaria al raggiungimento dello scopo prefissato [66]. Proprio per non correre il rischio che il trattamento dei dati personali degli acquirenti di NFT avvenga in maniera non rispondente ai summenzionati requisiti, alcuni operatori del settore hanno provveduto ad individuare *team* di specialisti con il compito di verificare che le informazioni inserite nella *blockchain* vengano trattate in modo corretto. Si tratta di una forma di tutela piuttosto interessante posto che le *blockchain* operanti nel settore dell'arte devono fornire, più di altre, garanzie di riservatezza e sicurezza.

8. – La complessità delle tecnologie utilizzate (*token*, *blockchain*, *smart contract*) e l'automaticità dell'adempimento che si realizza a prescindere da un comportamento delle parti, fa sì che il contratto avente ad oggetto il trasferimento di un NFT non possa essere risolto ai sensi dell'art. 1453 del cod. civ. [67] né che il bene possa essere restituito con conseguente ristoro delle spese sostenute. Agli NFT non è, infatti, applicabile neanche il diritto di recesso [68] previsto all'art. 52 del Codice del Consumo [69]. L'art. 59 del Codice del Consumo statuisce espressamente che il diritto di recesso è escluso nei contratti di servizi dopo la completa prestazione del servizio se l'esecuzione è iniziata con l'accordo espresso del consumatore e con l'accettazione della perdita del diritto di recesso a seguito della piena esecuzione del contratto da parte del professionista (lettera a); con riferimento alla fornitura di registrazioni audio o video sigillate o di software informatici sigillati che sono stati aperti dopo la consegna Inoltre il diritto di recesso è escluso (lett. i); con riferimento alla fornitura di contenuto digitale (come l'NFT) mediante un supporto non materiale (come ad esempio una chiave privata per un NFT o altro codice di riscatto dell'NFT) se l'esecuzione è iniziata con l'accordo espresso del consumatore e con la sua accettazione del fatto che in tal caso avrebbe perso il diritto di recesso (lett. o).

Poiché, però, non può aversi la certezza che i consumatori-acquirenti che si registrano sulle piattaforme virtuali nate per lo scambio di NFT leggano effettivamente i cosiddetti *terms of service* (le condizioni generali di un servizio) o comprendano le clausole in essi inserite ed accettate (nello specifico la clausola che prevede l'esclusione del diritto di recesso), i fornitori di servizi commerciali, allo scopo di promuovere con maggiore sicurezza le proprie attività, hanno creato un nuovo standard NFT denominato "ERC-721R" [70] che

---

[66] M. ZAMPETTI, *GDPR e minimizzazione dei dati, casi pratici d'applicazione*, in *https://www.cybersecurity360.it*.

[67] E ciò in deroga a quanto previsto per gli *smart contract* aventi un oggetto diverso. Si veda in tal senso M. TOMMASINI, *Lo smart contract e il diritto dei contratti*, cit. 856.

[68] Tra i più recenti e solo a titolo esemplificativo si vedano: C. CONFORTINI, *A proposito del ius poenitendi del consumatore e della sua discussa natura*, in *Europa e diritto privato* 2017, 4, 1343; D. LAMANNA DI SALVO, *La tutela del consumatore nell'ordinamento italiano tra strumenti privatistici e pubblicistici*, in *Giur. merito* 2013, 2658; F.P. PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Europa e dir. priv.* 2012, 4, 1007; F. PADOVINI, *I contratti di credito ai consumatori. Il recesso e l'estinzione del rapporto*, in *Banca borsa tit. cred.* 2011, 6, 697.

[69] D.lgs n. 206 del 6 settembre 2005, in *G.U.* n. 235 dell'8 ottobre 2005.

[70] Quando si parla di uno standard per NFT ci si riferisce all'identificazione univoca di un token rispetto ad altri dello stesso smart contract. Per ottenere un token non fungibile si utilizza uno standard denominato "ERC-721". Quest'ultimo *descrive come creare token non fungibili sulla blockchain di Ethereum* ed è possibile immaginarlo come una sorta di template che gli utenti compi-



conferisce all'acquirente il diritto di recedere dal contratto entro un termine di scadenza prestabilito e di ottenere il rimborso del prezzo corrisposto per l'NFT coniato. In particolare, questo meccanismo si realizza tramite un vincolo sul deposito delle somme poste a garanzia dallo *smart contract*. Coloro che coniano l'NFT non possono prelevare il prezzo fino a quando non sia scaduto il periodo di attesa implementato; così, entro il termine previsto, l'acquirente ha la possibilità di effettuare un reso dell'NFT di cui è diventato titolare ottenendo automaticamente il rimborso di quanto corrisposto. Questa soluzione innovativa, sebbene ancora lontana dal vedere una diffusa applicazione pratica, rappresenta però una valida possibilità sia per riconoscere finalmente all'utente il diritto di recesso, sia per combattere la diffusa pratica del *rug pull (*letteralmente *Tiro del tappeto)* cioè quelle truffe artatamente realizzate dagli sviluppatori di un progetto che lo creano col solo scopo di abbandonarlo e scappare con i fondi pagati dagli investitori-acquirenti.

9. – La creazione e la vendita di NFT hanno reso il mercato dell'arte un settore in forte crescita, indifferente alla crisi economica che ha colpito gli Stati Uniti e l'Europa negli ultimi dieci anni, ed in grande espansione anche sulle piazze finanziarie asiatiche [71]. Tale ascesa è stata ancor più incentivata dalla possibilità di rendere l'investimento in arte molto più accessibile e "democratico" tramite il modello del *pooling investment.* Alcune società di consulenza propongono, infatti, un'innovativa applicazione degli NFT, offrendo ai collezionisti (enti e/o soggetti privati) la possibilità acquistare una o più quote di NFT e di diventare co-proprietari di opere d'arte [72]. *La* proprietà di un'opera d'arte NFT viene, cioè, frazionata in quote (*art share*) così da consentire anche ai piccoli investitori di acquistare una quota di un'opera e di commercializzarla sulla *blockchain* quando essi necessitino di liquidità [73]. *Come per le opere NFT anche per le quote*, la *blockchain* ne traccia la storia, ne garantisce la provenienza a garanzia della verificabilità del suo valore attuale e futuro e ne ricostruisce la cronologia dei proprietari.

Dal punto di vista giuridico i *token* non fungibili possono certificare le *shares* (condivisioni) che costituiscono un'innovativa forma di "comunione" di beni (artt. 1100-1116 del codice civile). Ogni comproprietario è titolare di una percentuale/quota sull'intero bene e non già di una porzione materiale o fisica dello stesso. Ed ogni NFT equivale a un certificato di proprietà dell'opera d'arte. I comproprietari possono servirsi della

---

lano in modo totalmente gratuito e autonomo affinché venga generato un token che sia non fungibile. In altre parole, tale standard è alla base della ormai nota distinzione tra token fungibili e non fungibili; esso è impiegato in mercati costantemente in crescita quali, ad esempio, quelli relativi agli oggetti di gioco *online*.

[71] Nel Metaverso cinese l'utilizzo della parola "token" è inibito poiché, secondo le istituzioni, è un rimando troppo diretto alle criptovalute (non permesse in Cina), piuttosto è utilizzata l'espressione *digital collectibles* che sottolinea la mera funzione di oggetti da collezione. Pur non esistendo una regolamentazione ufficiale, oltre la Muraglia non è permesso rivendere un'opera digitale. Secondo un accordo tra le grandi piattaforme di vendita, gli *user* possono trasferire la proprietà solo in maniera totalmente gratuita dopo un periodo di tempo variabile. Secondo le ultime direttive, inoltre, i regolatori richiedono la registrazione del nome reale per tutti gli emittenti, acquirenti e venditori di NFT, una misura che dicono è volta a prevenire il riciclaggio di denaro. Nonostante tali caratteristiche potrebbero rendere meno attraente l'acquisto di questi prodotti, al contrario in Cina le piattaforme che ne permettono la vendita stanno continuando a crescere. Finora, le principali aziende tecnologiche cinesi, tra cui Ant Group (il braccio finanziario di Alibaba), Tencent, JD.com, Baidu, NetEase e Bilibili hanno già lanciato i propri *marketplace* raccogliendo un enorme interesse e consenso da parte dei *netizens* cinesi (*Metaverso e NFT in Cina: caratteristiche e primi esperimenti nelle strategie dei brand internazionali*, in *https://www.hylinkeurope.com*).

[72] In questo settore è recentemente nata una piattaforma di *art-investment* che opera su tecnologia *blockhain* denominata *Maecenas* e che promuove proprio la proprietà frazionata di opere d'arte (E. ZAVELEV, *Why Blockchain Will Impact The Art Market*, in *https://www.forbes.com*).

[73] *Gli NFT come strumento di investimento diffuso: la democratizzazione dell'arte digitale*, in *https://www.filodiritto.com*.



cosa in comune, con l'unica limitazione di non alterare la destinazione del bene e non impedire agli altri di farne parimenti uso secondo il proprio diritto (art. 1102 cod. civ.). Essi possono chiedere ed ottenere l'esclusiva temporanea detenzione dell'opera d'arte NFT per mostre e/o iniziative pubbliche/private, previa apposita comunicazione scritta e nel rispetto dei regolamenti contrattuali sottoscritti [74]. In tali circostanze è necessario che l'opera d'arte sia garantita assicurativamente con strumenti adeguati.

Per quanto concerne le spese necessarie alla conservazione e al godimento del bene (opera d'arte), ciascun partecipante deve contribuire in proporzione alla relativa quota. Parimenti vengono suddivisi i vantaggi, le utilità che potrebbero derivare dallo sfruttamento o dal godimento dell'opera stessa (art. 1101, comma 2, cod. civ.). Spesso, l'amministrazione e la gestione del bene sono affidate, di comune accordo, ad un gestore che deve rendere note ai comproprietari le operazioni contabili assunte in ragione della gestione dell'opera, mediante la redazione e successiva approvazione di un rendiconto consuntivo annuale, deve garantire la corretta conservazione del bene, adottando, previa autorizzazione, le azioni opportune per il restauro e la manutenzione dell'opera stessa. Il gestore deve, altresì, agire nell'esclusivo interesse dei comproprietari al fine di promuovere l'opera e valorizzarne gli aspetti economici e culturali.

10. – Se, dunque, la tecnologia *blockchain* offre la possibilità di realizzare opere d'arte NFT *native* in unico esemplare o in edizioni limitate; di creare NFT tratte da opere reali; di tracciare e conservare in modo sicuro (ed a prova di manomissione) le informazioni riguardanti le opere d'arte digitali; di vendere gli NFT o nella loro interezza o anche solo *pro quota* (attraverso *smart contract* o, più recentemente, a mezzo di aste digitali [75]); e, non ultimo, di certificarne in modo rapido l'autenticità; è pur vero, però, che l'utilizzo della *blockchain* e la logica creditizia ad essa sottesa crea non poche preoccupazioni in merito al fatto che la *crypto art* possa generare bolle speculative e che il mercato possa essere influenzato artificialmente dai dati immessi sulla catena.

Come ogni tecnica innovativa, l'utilizzo della *blockchain* presenta, dunque. un intreccio inestricabile di vantaggi e rischi, che avvicinano artisti e fruitori (acquirenti). Il rapporto tra questi ultimi non si fonda sulla fiducia reciproca, essi, infatti, poiché nella maggior parte dei casi vogliono mantenere l'anonimato, non si conoscono e non si conosceranno mai. Piuttosto il rapporto tra i partecipanti al sistema (artisti-venditori e

[74] L'utilizzatore diventa titolare di un diritto di privativa che lo legittima a agire per evitare che i terzi possano produrre un danno al suo diritto di utilizzo del bene immateriale NFT (T.O. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano 1982, 468). Il legislatore italiano, però, ha sottratto i beni immateriali al sistema delle situazioni di appartenenza, ritenendolo poco consono a tutelare gli interessi relativi a beni suscettibili di consumo non rivale e, di conseguenza, pure in relazione alla tutela del possesso, per predisporre un'apposita disciplina, più funzionale all'effettivo atteggiamento degli interessi coinvolti.

[75] Le più famose case d'aste del mondo hanno fatto solo da pochi anni il loro ingresso nella *cripto-community* per vendere NFT. L'asta "An American Place. The Barney A. Ebsworth Collection", che si è tenuta nel novembre 2018 a New York da Christie's, è stata la prima asta di richiamo internazionale a usufruire della tecnologia blockchain. "La collezione Ebsworth si presentava come un'ottima candidata per l'esperimento, vista la possibilità di ricostruire in modo dettagliato la provenienza dei singoli lotti. La collezione era una delle principali al mondo con riferimento all'arte moderna americana e comprende varie opere di Willem de Kooning, Jackson Pollock, Jasper Johns ed Edward Hopper. Il progetto pilota è stato avviato in collaborazione con una startup specializzata nel mercato dell'arte (Artory) la quale ha fornito un certificato criptato digitalmente per ciascuna delle 90 opere battute durante l'asta. Una volta conclusa l'asta, Artory ha registrato, con riguardo a ogni lotto, tutte le informazioni pubbliche utili alla sua circolazione, compresi titolo, descrizione, prezzo finale e data nella quale il trasferimento è avvenuto, creando un certificato digitale della transazione che potrà essere consegnato da Christie's all'aggiudicatario del bene" (G. Magri, *La blockchain può rendere più sicuro il mercato dell'arte?*, cit. 186). In Italia la prima asta on line di NFT si è avuta nel settembre 2022 e ad occuparsene è stata la casa d'aste Pandolfini (*Gli NFT arrivano da Pandolfini: in autunno la prima asta dedicata alla crypto art*, in *https://artness.it*).



fruitori-acquirenti) poggia sul *mutuo controllo* delle reciproche attività [76], e sull'osservanza di impegni adottati in sede comune all'atto della sottoscrizione delle condizioni contrattuali. In tale "fattispecie concertativa complessa", lo scambio di informazioni si rivela funzionale alla realizzazione degli accordi assunti ed alla successiva verifica della loro attuazione. Ecco perché le informazioni devono essere affidabili, sicure e corrette. Utile in tale direzione è il controllo operato dai *miner* [77] i quali, operano per conto delle piattaforme e verificano le informazioni e le transazioni inserite nella catena. Questo processo (*proof of work*) necessita dell'utilizzo di macchine con elevata potenza di calcolo e ad alto consumo di energia elettrica. Poiché la maggior parte dei computer che servono le *blockchain* non sono alimentati con energia rinnovabile ma con energia di origine fossile, i costi ambientali di tali processi risultano essere elevatissimi [78]. Per denunciare gli impressionanti costi ambientali della *Crypto Art* un gruppo di artisti ha pubblicato un manifesto sottolineando la necessità di una regolamentazione apposita volta all'adozione "di una disciplina unitaria ed armonizzata per il controllo dei mercati che sfruttano risorse limitate senza riserve" [79]. Poiché è facile prevedere che in un futuro prossimo la fruizione delle opere d'arte si svilupperà prevalentemente per mezzo di immagini digitali, è auspicabile che, di là dalle soluzioni più sostenibili proposte dagli esperti del settore [80], gli Stati dell'Unione pongano fine in tempi rapidi al vuoto normativo regolamentando i processi che avvengono nelle piattaforme e limitando il consumo energetico che essi comportano.

---

[76] Il "mutuo controllo" è ben diverso dal "controllo immediato" sulla *res* tipico della logica dominicale. Il proprietario, infatti, può esercitare direttamente il suo potere sulla cosa e direttamente da essa trae il soddisfacimento dei propri interessi, senza che ci sia la collaborazione di alcun soggetto.

[77] I *miner* sono persone che registrano e verificano le transazioni su una blockchain risolvendo problemi matematici complessi utilizzando hardware con un'elevata potenza di elaborazione. Il risultato è il *nonce*, un numero che, una volta ottenuto, viene aggiunto a un blocco crittato che soddisfa il livello di difficoltà nel trovare un hash. Il primo *miner* che identifica il *nonce* riceve una ricompensa nella criptovaluta nativa della blockchain (*Chi sono i miner?,* in *https://cryptorobin.it*).

[78] L'artista e ingegnere inglese di origini turche Memo Akten ha condotto sul tema uno studio denominato *The Unreasonable Ecological Cost of #CryptoArt* in, *https://memoakten.medium.com,* in cui ha calcolato il dispendio di energia di ogni operazione per singolo NFT: il minting costa 142 kWh (83 kg di Co2, che equivale al consumo di circa due settimane di energia elettrica di un singolo cittadino europeo), fare un'offerta sulla piattaforma costa 41 kWh (24 kg di Co2), cancellare un'offerta 12 kWh (7 kg di Co2), una vendita ha un costo di 87 kWh (51 kg di Co2) e un trasferimento di proprietà costa 52 kWh (30 kg di Co2). Conclusivamente l'analisi effettuata ha stabilito che un solo NFT costa circa 340 kWh che corrisponde all'emissione di 211 kg di Co2. Lo studioso, per rendere comprensibile di fronte a che entità di consumo ci troviamo, lo ha paragonato all'energia elettrica di cui un cittadino europeo si serve in un mese, all'utilizzo di un pc per tre anni, a un viaggio in auto di 1000 km o a un volo aereo di due ore.

[79] Il manifesto denominato *Episode V. Toward a New Ecology of Crypto Art: A Hybrid Manifesto* è pubblicato in *https://flash---art.com*.

[80] Una delle soluzioni in corso di sviluppo consiste nella realizzazione di piattaforme meno energivore (come ad esempio Palm o Chia) che puntano ad utilizzare una blockchain che sfrutti un algoritmo evoluto rispetto a quello di Bitcoin ed Ethereum (il "Proof of Work" o PoW). Gli algoritmi sviluppati per ridurre l'impatto ambientale sono detti Proof of Stake (PoS) e Proof of Space Time (PoST). I protocolli PoS consentirebbero di ridurre l'impatto del 99% implementando sulle piattaforme esistenti protocolli che adoperano un processo differente per convalidare le transazioni e raggiungere il consenso. Si tratta sempre di un algoritmo crittografico, ma il suo funzionamento consente più alta scalabilità delle transazioni e meno consumo energetico. Il "Proof of Space and Time" o PoST consente invece di ridurre i passaggi del mining e l'impatto ambientale, sfruttando lo spazio disponibile su hard disk e SSD e abbandonando la tecnologia cloud è possibile spegnere i relativi server (G. PARENTI, *Il recente fenomeno della crypto art, l'impatto ambientale e la necessaria regolamentazione*, in *https://rgaonline.it*).



Claudio Colombo

Professore ordinario di Diritto privato – Università degli Studi di Sassari

Brevi riflessioni sul collegamento negoziale, tra evoluzione dottrinaria ed emersione della figura nei testi normativi*

Sommario: *1. Il collegamento negoziale: sintesi degli itinerari dottrinari e giurisprudenziali. – 2. Collegamento negoziale e disposizioni normative.*

1. – In una sintetica, quanto densa, voce dell'*Enciclopedia del Diritto* del 1960, il Maestro che qui onoriamo forniva un quadro d'insieme invero insuperato del fenomeno del collegamento negoziale, individuandone le diverse possibili ramificazioni [1].

Muovendo dagli studi di cui era stata protagonista la migliore civilistica italiana a partire dagli anni '30 del secolo scorso [2], Renato Scognamiglio consegnava agli autori, che successivamente se ne sarebbero occupati, un fondamentale *vademecum*, necessario per orientarsi nelle diverse sfaccettature di un tema indubbiamente controverso [3]: le pagine dedicate alle classificazioni dei negozi collegati, all'estensione della figura ed infine alla tradizionale dicotomia *negozi collegati necessariamente* / *negozi collegati secondo la volontà delle parti* hanno costituito, e ancora costituiscono, un'imprescindibile lettura per tutti coloro che, vuoi in termini generali, vuoi nell'analisi di specifiche questioni, si sono confrontati con il collegamento negoziale [4].

---

* Il presente saggio è destinato agli Studi per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio.

[1] R. Scognamiglio, *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 375 ss.

[2] M. Giorgianni, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, 275 ss. (ora in M. Giorgianni, *Scritti minori*, Napoli-Camerino, 1988, 1 ss., da cui le citazioni); R. Nicolò, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, in *Foro It.*, 1937, I, c. 1476 ss.; G. Oppo, *I contratti parasociali*, Milano, 1942, 68 ss.; C. Grassetti, *Deposito a scopo di garanzia e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, 108 ss.; Id., *Negozio collegato, negozio illegale e ripetibilità del pagamento*, in *Temi*, 1951, 154 ss.

[3] Vedi già, a riguardo, le posizioni, non sempre consonanti, manifestate nell'ambito di scritti antecedenti o coevi alla voce di Renato Scognamiglio: N. Gasperoni, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, 357 ss.; A. Venditti, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. civ.*, 1954, II, 259 ss.; F. Di Sabato, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 412 ss.; P. Senofonte, *In tema di negozi collegati*, in *Dir. giur.*, 1960, 273 ss.

[4] Senza pretesa di completezza, possono qui citarsi G. Gandolfi, *Sui negozi collegati*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, 342 ss.; A. Scotti Galletta, *Negozi collegati e negozio di collegamento*, in *Dir. giur.*, 1968, 837 ss.; C. Di Nanni, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 279 ss.; G. Castiglia, *Negozi collegati in funzione di scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, 397 ss.; R. Clarizia, *Collegamento negoziale e vicende della proprietà. Due profili della locazione finanziaria*, Rimini, 1982; G. Schizzerotto, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983; G. Ferrando, *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ.*, 1986, II, 256 ss., e 432 ss.; Ead., *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. impr.*, 2000, 127 ss.; S. Orlando Cascio, C. Argiroffi, *Contratti misti e contratti collegati*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988; G. Chiné, *Il collegamento contrattuale tra*



L'evoluzione degli studi sul collegamento negoziale avrebbe poi condotto, nel corso del tempo, a focalizzare l'attenzione, in via pressoché esclusiva, sul c.d. *collegamento funzionale volontario*, che si determina quando i più negozi – pur non avvinti da un nesso logicamente o giuridicamente necessitato – vengono posti in essere dalle parti al fine di realizzare un'operazione economica [5] strutturalmente complessa [6], ma funzionalmente unitaria [7].

Nondimeno, proprio con riferimento al tema del c.d. *collegamento funzionale volontario*, l'attualità del pensiero del Maestro risulta significativamente confermata dal perdurante richiamo, che si rinviene anche nella più autorevole dottrina contemporanea, alla necessaria compresenza del duplice requisito del nesso teleologico tra i negozi e del comune intento pratico delle parti [8], onde poter ritenere effettiva la sussistenza di un collegamento negoziale in senso tecnico: elemento oggettivo ed elemento soggettivo, che Renato Scognamiglio declinava postulando la necessità dell'indagine intesa a verificare «se questa volontà di collegamento si sia obiettivata nel contenuto dei diversi negozi e così in definitiva realizzata» [9], séguitano dunque, anche nell'esperienza giurisprudenziale [10], a costituire i pilastri su cui poggia il concetto di collegamento negoziale, in linea di continuità, per vero, con la primigenia intuizione di Michele Giorgianni [11].

---

tipicità e atipicità, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1095 ss.; F. SANGERMANO, *La dicotomia contratti misti-contratti collegati: tra elasticità del tipo ed atipicità del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 547 ss.; A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999; ID., *Contratti collegati*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, Agg. 2008; B. MEOLI, *I contratti collegati nelle esperienze giuridiche italiana e francese*, Napoli, 1999; F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 2000; S. RONDELLI, *I contratti collegati: profili dell'interpretazione*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 133 ss.; E. CONTINO, *Contratti misti, contratti collegati e meritevolezza degli interessi*, in *Giust. civ*., 2001, I, 1897 ss.; F. BRAVO, *L'unicità di regolamento nel collegamento negoziale: la «sovrapposizione» contrattuale*, in *Contratti,* 2004, 118 ss.; A. BUONFRATE, *Contratti collegati*, in *Digesto civ.*, Agg. 2007, I, Torino, 2007, 286 ss.; G.B. FERRI, *Operazioni negoziali «complesse» e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico*, in *Dir. giur.*, 2008, p. 317 ss.; M. NUZZO, *Contratti collegati e operazioni complesse*, in *Studi in onore di G. Benedetti*, Napoli, 2008, p. 1227 ss.; V. BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 791 ss., e 1167 ss.; ID., *Appunti per uno studio sui contratti plurilaterali di scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 531 ss.; F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *Nuova giur. civ.*, 2013, I, 120 ss.; P. L. CARBONE, *Contratti collegati,* aliud pro alio*, causa concreta: uno slancio verso il futuro o un ritorno al passato?*, in *Contratti*, 2016, 764 ss.; M.R. LENTI, *La clausola compromissoria e il collegamento negoziale*, in *Vita not.*, 2017, p. 1557 ss.; F. BARTOLINI, *Strutture contrattuali complesse. Problemi della trilateralità nei contratti di finanziamento*, Napoli, 2019; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La clausola compromissoria nei contratti collegati fra le stesse parti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019 827 ss.; EAD., *La clausola compromissoria nei contratti collegati fra parti diverse*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, 1169 ss.; E. GABRIELLI, *Autonomia privata, collegamento negoziale e struttura formale dell'operazione economica*, in *Giust. civ.,* 2020, 445 ss.; S. SCUDERI, *Collegamento negoziale. Tipologie e fattispecie*, Bari, 2020.

[5] Relativamente al concetto di *operazione economica* ed alla sua rilevanza sul piano giuridico, cfr. soprattutto la raccolta degli scritti di E. GABRIELLI, *«Operazione economica» e teoria del contratto*, Milano, 2013, e la monografia di A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992.

[6] La complessità – indagata tra gli altri da umanisti come Edgar Morin e da scienziati come Giorgio Parisi – appare uno dei tratti maggiormente distintivi del mondo contemporaneo, e dunque anche l'esperienza giuridica non può che esserne fortemente influenzata. Un esempio per tutti: l'atto del pagamento è progressivamente transitato dall'essere un atto squisitamente materiale (la dazione di una somma di denaro contante dal debitore al creditore) all'essere per lo più il frutto di un'intrecciata serie di relazioni contrattuali, e delle conseguenti condotte attuative, coinvolgenti più soggetti e, come tale, fatto oggetto di una minuziosa disciplina, quale quella contenuta nel d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, di recepimento della Direttiva 2007/64/CE del 13 novembre 2007 (c.d. PSD1), poi sostituita dalla Direttiva 2015/2366/UE del 25 novembre 2015 (c.d. PSD2).

[7] Sul punto, per la ricostruzione di siffatto itinerario, ci sia permesso di rinviare a C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, cit., 14 ss., 245 ss., 276 ss.

[8] Vedi, ad esempio, E. GABRIELLI, *Autonomia privata, collegamento negoziale e struttura formale dell'operazione economica*, cit., 469.

[9] R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 381.

[10] Può infatti considerarsi ormai ampiamente consolidata l'affermazione secondo la quale «affinché possa configurarsi un colle-



Va tuttavia a riguardo ribadito come i due elementi *de quibus* svolgano ruoli diversi, poiché quello soggettivo costituisce il reale fondamento della giuridica rilevanza del fenomeno, mentre quello oggettivo attiene al profilo della concreta individuazione del collegamento [12]: il che, ancora una volta, conferma l'attualità del pensiero di Renato Scognamiglio, posto che vi appare evidente la distinzione di piani tra i due elementi, l'uno attenendo, come detto, al piano del fondamento, l'altro attenendo invece al piano della verifica («*indagare*») della relativa sussistenza.

Non sono mancate, in realtà, in letteratura autorevoli voci variamente critiche rispetto all'utilità della figura, preferendo esse operare, specie in ambito contrattuale, una ricostruzione in chiave unitaria, pure sotto il profilo strutturale, delle ipotesi solitamente ricondotte al collegamento negoziale [13], anche attraverso la proposizione della figura del contratto plurilaterale di scambio [14].

Chi scrive è viceversa dell'opinione – già espressa in passato [15] – che, almeno nell'ambito delle operazioni intercorrenti tra più di due parti, resti preferibile una ricostruzione in chiave pluralistica, la quale meglio consente di apprezzare, oltre a ciò che unisce i vari *spezzoni* dell'operazione, anche ciò che è destinato a rimanere legittimamente separato [16].

Del resto, sul fatto che una simile ricostruzione appaia preferibile sembra convergere anche la giurisprudenza più autorevole, come è dimostrato dalla posizione assunta a proposito di una delle operazioni maggiormente discusse, sul versante della relativa consistenza strutturale, quale il *leasing* finanziario [17]. Va detto che nella sentenza *de qua* si rinviene, per vero, l'affermazione secondo cui il collegamento certamente individuabile nell'operazione di *leasing* finanziario tra i due contratti di cui essa consta (quello di compravendita o di fornitura, e quello di locazione finanziaria), non potrebbe essere considerato «un collegamento in senso tecnico», posto che quest'ultimo si realizzerebbe solo allorché «la patologia di un contratto comporti la pato-

---

gamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, è necessario che ricorra sia un requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario, sia un requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale»: così, ad esempio, Cass. 17 maggio 2010, n. 11974, in *Foro It.*, *Rep.*, 2010, *Contratto in genere*, n. 333; più di recente, Cass. 12 settembre 2018, n. 22216, in *Foro It.*, *Rep.*, 2018, *Contratto in genere*, n. 195.

[11] M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 54 s.

[12] Sia consentito, a riguardo, rinviare sul punto – per una sintesi – a C. COLOMBO, *Contratti collegati*, cit., 7 ss. Più autorevolmente, vedi anche R. SACCO, *Contratto collegato*, in *Digesto civ.*, Agg. 2011, Torino, 2011, 240, ove è affermato a chiare lettere che «la volontà delle parti crea il collegamento».

[13] Ben nota è, ad esempio, l'affermazione di R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato Sacco*, Torino, 1993, 468, secondo la quale «ogni catena di cosiddetti contratti collegati costituisce un unico contratto»; vedi anche ID., *Contratto collegato*, cit., 238 ss., ove tuttavia la radicalità dell'affermazione, intesa invero a segnalare la necessità di una considerazione unitaria del complesso, sembra essere attenuata.

[14] Il riferimento è, principalmente, agli studi di V. BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, cit., e *Appunti per uno studio sui contratti plurilaterali di scambio*, cit.

[15] C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, cit., 166 ss.

[16] A riguardo, per un'approfondita analisi condotta sul crinale delle «*clausole che separano (ciò che è unito)*» e delle «*clausole che uniscono (ciò che è separato)*», cfr. F. BARTOLINI, *Strutture contrattuali complesse*, cit., 153 ss.

[17] Cfr. Cass. SS.UU. 5 ottobre 2015, n. 19785, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 253 ss., con nota di M. FERMEGLIA, *Qualificazione del* leasing *finanziario e tutela dell'utilizzatore: il punto (e qualcosa in più) delle sezioni unite*; in *Giur. It.*, 2016, 33 ss., con note di V. VITI, *Il collegamento negoziale e la tutela dell'utilizzatore nel* leasing *finanziario* e di P.A. MESSINA, *Vizi del bene e tutela dell'utilizzatore nel contratto di* leasing; in *Corr. giur.*, 2016, 785 ss., con nota di V. VITI, *L'individuazione delle azioni esperibili dall'utilizzatore in* leasing *verso il venditore inadempiente e la (sottovalutata) rilevanza del collegamento negoziale*; in *Contratti*, 2016, 224 ss., con nota di G. DI ROSA, *La tutela dell'utilizzatore nel contratto di* leasing *finanziario*; in *Banca, borsa, tit. credito*, 2017, II, 20 ss., con nota di M. MAUGERI, *Inadempimento del fornitore e tutela dell'utilizzatore nel* leasing *finanziario*.



logia anche dell'altro». In realtà una siffatta affermazione non appare condivisibile, non foss'altro perché da tempo è complessivamente consolidato (come vedremo, anche nell'esperienza normativa) il dato in base al quale la rilevanza del collegamento negoziale non deve considerarsi limitata alle questioni di indole patologica, giusta l'applicazione del principio del *simul stabunt, simul cadent*, sulla cui valenza, e sulle cui concrete modalità operative, peraltro, le opinioni in letteratura sono tutt'altro che convergenti [18].

Le più recenti acquisizioni dottrinarie, invero, collocando il collegamento negoziale nell'ambito della concettualmente più ampia figura dell'operazione economica [19], ne hanno evidenziato la rilevanza anche con riferimento ai profili di indole più squisitamente fisiologica, primo tra tutti quello inerente all'interpretazione [20].

Siffatta duplice rilevanza – a riprova, a nostro parere, della validità e dell'utilità del concetto – risulta peraltro un dato ormai testualmente consacrato nell'ambito della recente riforma del codice francese. Il nuovo art. 1186 del *code civil*, collocato nella sottosezione della disciplina generale del contratto dedicata alla *caducité* [21], al secondo comma, facendo ricorso esplicito al concetto di *opération*, stabilisce che «[*L*]*orsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie*». Nel contempo, il nuovo art. 1189 del *code civil*, che al primo comma contiene una disposizione del tutto analoga a quella del nostro art. 1363 cod. civ. [22], al secondo comma specifica che «[*L*]*orsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci*» [23].

Il fatto che il nostro ordinamento positivo non abbia (ancora) codificato siffatte regole generali, ma si sia limitato ad utilizzare la figura del collegamento in alcuni specifici testi normativi (come si vedrà *infra*), non significa ovviamente che la stessa non vi abbia cittadinanza in senso generalizzato, atteso che la relativa rilevanza costituisce un coerente sviluppo del principio di autonomia: come è stato autorevolmente evidenziato da Rodolfo Sacco, «l'autonomia spiega il trattamento dei contratti collegati», posto che «nell'area dell'autonomia, al codice può convenire il ruolo dello spettatore» [24].

Ne deriva dunque – e l'assunto trova conferma nell'ampio utilizzo che la giurisprudenza ne fa – che quella del collegamento negoziale è categoria che deve trovare (ed in concreto trova) proficua applicazione al fi-

---

[18] Per un'efficace sintesi, anche in chiave critica, del principio del *simul stabunt, simul cadent* (nonché di quello, alternativamente prospettato in dottrina, dell'*utile per inutile vitiatur*), cfr. V. BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, cit., 1179 ss.

[19] Vedi, a riguardo, ben più autorevolmente di chi scrive, G.B. FERRI, *Operazioni negoziali «complesse» e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico*, cit., 331, laddove si esprime a chiare lettere la necessità che il giudizio di «apprezzabilità *funzionale*», da parte dell'ordinamento, derivi non tanto «dalla considerazione della apprezzabilità *funzionale* del singolo negozio», ma «dalla considerazione della apprezzabilità *funzionale* dell'intera *operazione complessivamente* ed *unitariamente*, risultante dal collegamento di cui esso faccia parte» (corsivi dell'Autore).

[20] Cfr., ad esempio, anche G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., 163 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 431 ss.

[21] Da notare l'affinità lessicale con l'antico brocardo latino *simul stabunt, simul cadent*.

[22] Su cui vedi, anche per una completa panoramica dottrinale, E. CARBONE, *«Le une per mezzo delle altre»: l'interpretazione coerenziale delle clausole contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2016, 17 ss.

[23] In tema, cfr. P. PERLINGIERI, *La recente riforma del* code civil, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 1003 ss.; E. GABRIELLI, *Il Codice di Napoleone, il contratto e l'«operazione economica»*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, II, 1 ss.

[24] R. SACCO, *Contratto collegato*, cit., 240. In senso contrario, vedi tuttavia F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, cit., 119, nonché A. BUONFRATE, *Contratti collegati*, cit., 293.



ne di dirimere controversie attinenti ai più svariati profili nel campo dell'autonomia privata, dalle questioni di indole patologica a quelle di natura interpretativa, fino ad arrivare – in presenza di determinate circostanze – al superamento del principio di stretta relatività negli atti di autonomia, in caso di negozi intercorrenti tra parti diverse [25].

Resta tuttavia inteso che l'accertamento giudiziale circa la sussistenza di un collegamento giuridicamente rilevante, specie nell'ambito delle fattispecie in cui sono coinvolte più di due parti, debba essere preceduto da una rigorosa e corretta ricostruzione degli interessi che le stesse intendono perseguire attraverso la complessiva operazione, verificando anzitutto in quale misura possa realmente parlarsi di *operazione comune* [26]: va condivisa, infatti, l'opinione di chi ha autorevolmente segnalato il rischio di un'eccessiva estensione del ricorso alla categoria, che potrebbe essere utilizzata quale «grimaldello utilizzabile in tutti i casi in cui lo strumentario tradizionale non consente di giungere a risultati appaganti in relazione alla sensibilità del singolo giudice» [27].

Sotto questo profilo, riteniamo invero di poter confermare quanto già espresso in altra sede, con riferimento proprio ai negozi collegati posti in essere tra parti diverse, e cioè che l'elemento soggettivo idoneo a sostanziare un collegamento giuridicamente rilevante (se si vuole: l'*animus colligandi*, o la volontà di collegare) debba necessariamente presupporre: *(i)* l'essere a conoscenza del fatto che, al di fuori dell'operazione complessa, il singolo contratto non sarebbe mai stato stipulato, ovvero sarebbe stato stipulato a condizioni del tutto diverse; *(ii)* la funzionalità dell'articolazione negoziale, così come programmata insieme agli altri (o ad alcuni degli altri) soggetti che prendono parte all'operazione complessa, rispetto ad un proprio specifico interesse [28].

L'accertamento della sussistenza di un'operazione economica unitaria, condotta sulla scorta di una rigorosa verifica della presenza dei relativi elementi sintomatici, finisce poi per rivestire un ruolo determinante nel negare efficacia, da parte dell'ordinamento, a talune prassi di frazionamento contrattuale [29], specie quando queste sono poste in essere al fine di eludere discipline imperative, o per pregiudicare gli interessi della parte debole del rapporto [30], sia in relazione ad operazioni intercorrenti tra due sole parti [31], sia in relazione ad operazioni che coinvolgono una pluralità di parti.

---

[25] Sul punto, cfr. in particolare G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., 187 ss.; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, cit., 344 ss.; M. NUZZO, *Contratti collegati e operazioni complesse*, cit., 1230. Più di recente, M. FRANZONI, *La rilevanza del contratto verso i terzi*, in *Annuario del contratto 2013*, Torino, 2014, 36 ss.; F. BARTOLINI, *Strutture contrattuali complesse*, cit., 225 ss.

[26] Ed in questo senso, onde prevenire possibili obiezioni fondate sulla nota critica al dogma della volontà, non può non sottolinearsi come, in siffatta opera di accertamento e valutazione, vadano particolarmente valorizzati gli aspetti più squisitamente obiettivi, dovendosi indiscutibilmente tenere conto del fatto che «la *dimensione oggettiva* della regola negoziale» implica che le «finalità individuali» devono essere in essa «oggettivamente rilevabili» [così, G.B. FERRI, *Operazioni negoziali «complesse» e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico*, cit., 327 (corsivo dell'Autore), sulla scia delle riflessioni più ampiamente espresse in precedenti e più articolati scritti, tra cui si segnalano in particolare ID., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; ID., *Il negozio giuridico*, II ed., Padova, 2004].

[27] Così, M. NUZZO, *Contratti collegati e operazioni complesse*, cit., 1234.

[28] Cfr. C. COLOMBO, *Contratti collegati*, cit., 9.

[29] In tema, vedi A.M. AZZARO, *Contratto e negozio nel "frazionamento" del rapporto giuridico*, Torino, 2009; ID., *Frazionamento contrattuale*, in *Digesto civ.*, Agg. 2007, I, Torino, 2007, 604 ss.

[30] A riguardo, cfr. di recente E. GABRIELLI, *Autonomia privata, collegamento negoziale e struttura formale dell'operazione economica*, cit., 471 s.

[31] Sul punto, si segnala una recente sentenza di merito (Trib. Milano 25 gennaio 2022, in *www.ilcaso.it*, 2022, nonché commentata da F. CHIRONI, *Il contratto di risparmio edilizio in Italia, tra atipicità, immeritevolezza e illiceità della causa*, *Nuovo dir. civ.*, 2022, n. 3, 238 ss.), nella quale la prospettiva della considerazione unitaria dell'operazione economica (onde pervenire ad una decla-



Sul versante delle prassi elusive di discipline imperative si sottolinea l'utilizzo della categoria qui indagata da parte della giurisprudenza tributaria [32], ma soprattutto la proficuità della chiave di lettura fornita dal collegamento negoziale, onde individuare in concreto la ricorrenza del fenomeno della frode alla legge (art. 1344 cod. civ.) [33], una volta che si ritenga superata la concezione della causa del negozio come funzione economico sociale, e la si intenda invece quale funzione economico individuale [34].

Sul versante, invece, della tutela della parte debole del rapporto, va segnalata la tematica relativa alle clausole con le quali, nei rapporti di finanziamento a struttura trilaterale, la banca o il diverso intermediario finanziario tendono ad introdurre elementi di separazione, onde neutralizzare la propria posizione rispetto a determinati eventi ed in funzione, dunque, del conseguimento di un regime di irresponsabilità rispetto a tali eventi [35]. Il tema è talmente rilevante, che – come si vedrà nel paragrafo successivo – il legislatore interno, sulla scia di quello eurounitario, è in questo caso intervenuto attraverso la previsione di una disciplina imperativa, intesa a salvaguardare l'interesse della parte debole, ovverosia del soggetto finanziato. Nondimeno, anche anteriormente all'emanazione dei provvedimenti normativi in questione, la giurisprudenza aveva già elaborato dei meccanismi protettivi dell'interesse del contraente debole, valorizzando proprio il dato dell'unitarietà dell'operazione, siccome risultante da più contratti collegati, vuoi al fine di negare meritevolezza ad alcune clausole c.d. di separazione, vuoi al fine di regolare le conseguenze dell'inadempimento di una delle parti, secondo uno schema che tenga conto della sostanza economica dell'affare nel suo complesso [36].

---

ratoria di nullità) è stata utilizzata in relazione alla figura del c.d. contratto di risparmio edilizio. Si tratta di un'operazione, tipica dell'esperienza giuridica tedesca ed esportata in Italia da un istituto di quel Paese, consistente, nella sua variante c.d. spuria, nell'articolazione in più contratti, intercorrenti tra la banca ed il finanziato: con un primo contratto (c.d. mutuo immediato) la banca mette a disposizione del sovvenuto una somma necessaria per l'acquisto o per la ristrutturazione di un immobile, senza dover attendere il raggiungimento degli obiettivi di risparmio (che invece il finanziato deve raggiungere autonomamente nella variante c.d. pura), accedendo ad un prestito personale assistito da ipoteca; detto prestito è poi destinato ad essere estinto mediante un secondo contratto (c.d. mutuo di assegnazione). Sulla figura in questione, cfr. tra gli altri U. MINNECI, *Il c.d. contratto di risparmio edilizio: una forma di mutuo a risparmio?,* in *www.dirittobancario.it*, 2015, nota a ABF – Coll. Roma 6 marzo 2015, n. 1741; C.T. DE ANGELIS, *La natura giuridica del contratto di risparmio edilizio, mutuo immediato e mutuo di assegnazione,* in *www.dirittobancario.it*, 2018, nota a Trib. Lecco 19 ottobre 2016, n. 664; M. DOMENEGOTTI, *Il contratto di risparmio edilizio: struttura e aspetti giuridici connessi ad un modello "atipico" di finanziamento*, in *www.dirittobancario.it*, 2019; B. INZITARI, *Irripetibilità del diritto di stipula in caso di recesso od estinzione anticipata di contratti di risparmio* edilizio, nota a Trib. Verona 11 maggio 2020, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2021, II, 258 ss.

[32] Cass. 11 giugno 2007, n. 13580, in *Giust. civ.*, 2008, I, 729 ss., con nota di E. GABRIELLI, *Il «contratto frazionato» e l'unità dell'operazione economica*, ed in *Notariato*, 2008, 13 ss., con nota di F. FIMMANÒ.

[33] A riguardo, cfr. in particolare l'analisi di S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, 2006. Più recentemente, C. CAMARDI, *Collegamento negoziale e contratto in frode alla legge – Un classico alla prova di esperienze recenti*, in *Contratti*, 2011, 1044 ss.

[34] Sul punto è ovviamente d'obbligo il richiamo ai già citati scritti di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit. e ID., *Il negozio giuridico*, cit.; più di recente, proprio con riguardo al tema della frode alla legge, ID., *Operazioni negoziali «complesse» e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico*, cit., 332 ss.

Come noto, la concezione della causa quale funzione economico individuale, o la sua declinazione in termini di causa in concreto, è oggi largamente prevalente in dottrina (vedi, per tutti, C.M. BIANCA, *Il contratto*, III ed., Milano, 2019, 410 ss.) e risulta ormai acquisita in giurisprudenza (cfr., per citare l'esempio più noto, Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 1718 ss., con nota di F. ROLFI, *La causa come «funzione economico sociale»: tramonto di un* idolum tribus?; in *Dir. giur.*, 2007, 437 ss. (m), con nota di G. CRICENTI, *Note sul contratto inutile*; ed in *Rass. dir. civ.*, 2008, 564 ss., con nota di F. ROSSI, *La teoria della causa concreta e il suo esplicito riconoscimento da parte della suprema corte*).

[35] In tema, cfr. ancora F. BARTOLINI, *Strutture contrattuali complesse*, cit., 163 ss. e 228 ss.

[36] È il caso, ad esempio, dei finanziamenti finalizzati all'acquisto di uno specifico bene. Prima ancora dell'introduzione delle attuali regole (su cui cfr. *infra*, nel paragrafo seguente), la S.C. aveva infatti già affermato che «risolta consensualmente», ma a seguito di un grave ritardo nell'adempimento da parte del venditore, «la compravendita per la quale è stato stipulato il mutuo, il mutuante è



2. – Ormai da diverso tempo la categoria del collegamento negoziale (ed in particolare del collegamento contrattuale), in origine avente valenza unicamente dottrinal-giurisprudenziale, viene utilizzata dallo stesso legislatore, ed è così divenuta una vera e propria categoria normativa.

Nel testo attuale del codice civile l'unico riferimento esplicito è quello presente nell'art. 768-*quater*, comma 4, norma contenuta nell'ambito della disciplina del patto di famiglia [37]. In realtà, la disposizione in esame si limita ad evocare la figura del collegamento contrattuale, onde consentire in maniera esplicita che l'articolata operazione che concreta il patto di famiglia venga realizzata attraverso la stipulazione di più contratti in sequenza cronologica: invero, l'unico profilo di disciplina è quello che concerne la necessità che l'esistenza del collegamento venga dichiarata «espressamente», con la conseguenza che non appare condivisibile la tesi sostenuta da chi ha ritenuto di attribuire a detta norma (e, più in generale, alla disciplina del patto di famiglia) un ruolo decisivo, in merito alla rilevanza del fenomeno nel nostro ordinamento [38].

In epoca precedente, peraltro, nel codice civile era stata inserita una disposizione – l'art. 1469-*ter*, primo comma – ove veniva espressamente contemplata la figura del collegamento, disponendosi, in tema di clausole abusive nei contratti dei consumatori, che la vessatorietà di una clausola è valutata, tra l'altro, facendo riferimento anche alle clausole contenute in un contratto collegato a quello concluso tra professionista e consumatore, o in un contratto dal quale quest'ultimo dipende [39]. Attualmente la norma è stata espunta dal codice civile, per essere inserita nel codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), all'art. 34, primo comma, ma la formulazione letterale è rimasta inalterata [40].

Similmente a quanto appena osservato in relazione alle disposizioni in materia di patto di famiglia, e segnatamente in relazione all'art. 768-*quater*, comma 3, cod. civ., occorre sottolineare come la previsione normativa di cui all'attuale art. 34, comma 1, del codice del consumo, non vada eccessivamente enfatizzata, al fine di rinvenirvi una giustificazione della giuridica rilevanza della figura del collegamento negoziale. Siffatta rilevanza – lo si è già detto – è da individuarsi nel principio cardine dell'autonomia privata, e la norma qui in esame ne costituisce dunque, a nostro avviso, una mera esplicitazione.

---

legittimato a richiedere la restituzione della somma mutuata non al mutuatario acquirente, bensì direttamente ed esclusivamente al venditore, terzo rispetto al mutuo, ma beneficiario in via definitiva della predetta somma»: così, Cass. 20 gennaio 1994, n. 474, in *Foro It.*, 1994, I, c. 3094 ss., con note di E. SCODITTI, *Collegamento negoziale come fattispecie autonoma*, e di F. MACARIO, *Collegamento negoziale e principio di buona fede nel contratto di credito per l'acquisto: l'opponibilità al finanziatore delle eccezioni relative alla vendita*; nonché in *Giur. It.*, 1994, I, 1, c. 1480 ss., con nota di S.T. MASUCCI, *Finanziamenti finalizzati all'acquisto e inadempimento del fornitore – Recenti tendenze legislative e giurisprudenziali*. Vedi, però, per la sottolineatura della necessità che l'esistenza del collegamento venga accertata in termini molto rigorosi, Cass. 8 luglio 2004, n. 12567, in *Contratti,* 2005, 28 ss., con nota di C. CAGNONI LUONI, *Collegamento negoziale e mancata applicazione del principio di buona fede*, nonché in *Giur. It.*, 2005, 1406 ss., con nota di F. VITELLI, *Mutuo di scopo e clausola di destinazione*.

[37] La norma in questione prevede, relativamente al contratto con cui viene posto in essere il patto di famiglia, che l'assegnazione dei beni a favore dei partecipanti non assegnatari dell'azienda possa essere disposta «con successivo contratto che sia espressamente dichiarato collegato» a quello con cui viene assegnata l'azienda. In generale, sulla disciplina del patto di famiglia, introdotto nel nostro ordinamento con l. 14 febbraio 2006, n. 55, vedi per tutti F. VOLPE, *Patto di famiglia*, in *Commentario al c.c. diretto da P. Schlesinger*, Milano, 2012, spec. 241 ss., a proposito dell'art. 768-*quater*, comma 3.

[38] Cfr. A. BUONFRATE, *Contratti collegati*, cit., 293, secondo il quale, con la disciplina del patto di famiglia, sarebbe stata conferita al collegamento contrattuale cittadinanza nel nostro ordinamento, mediante la dotazione alla figura di una base normativa: *contra*, R. SACCO, *Contratto collegato*, cit., 240.

[39] Come noto, originariamente la disciplina di recepimento della Direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993, in materia di clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, era stata inserita, a seguito della l. 6 febbraio 1996, n. 52 (c.d. legge comunitaria per il 1994), all'interno del codice civile (agli artt. 1469-*bis* ss.).

[40] Sull'art. 34, cod. cons., vedi per una recente panoramica generale, A. BARENGHI, *Commento all'art. 34 del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, V ed., Milano, 2019, 350 ss.



Inoltre, come già avevamo avuto occasione di scrivere tempo addietro [41], il tipo di rilevanza che viene attribuito al collegamento negoziale dalla norma in questione investe gli aspetti più squisitamente fisiologici e, segnatamente, quelli relativi all'ermeneusi contrattuale. In termini più precisi, la disposizione impone all'interprete di qualificare come vessatoria una clausola che di per sé non lo sarebbe, ma che lo diventa in considerazione del contenuto di un diverso contratto, collegato a quello in cui essa è inserita; ovvero, viceversa, di ritenere non vessatoria una clausola che invece di per sé lo sarebbe, ma che in realtà non lo è, sempre tenuto conto del contenuto di un altro contratto, collegato a quello in cui essa è inserita.

Non sembrano peraltro esservi soverchi ostacoli a che l'interprete – al fine di verificare in concreto la vessatorietà o meno di una clausola – possa prendere in considerazione, quale parametro valutativo, il contenuto di un contratto stipulato dal professionista o dal consumatore con un terzo, qualora tra quest'ultimo contratto e quello tra il consumatore ed il professionista, nel quale è inserita la clausola "sospetta", sia ravvisabile un collegamento funzionale [42].

Il consumatore, dunque, ove sia parte di entrambi i contratti, potrà "opporre" al professionista (formalmente estraneo al contratto con il terzo) il contenuto di quest'ultimo, al fine di ottenere la declaratoria di nullità parziale di una clausola inserita nel contratto tra loro stipulato; analogamente, quando sia invece il professionista ad essere parte di ambedue i contratti, egli potrà avvalersi del contenuto di quello al quale il consumatore è estraneo, per sentirsi dichiarare la non vessatorietà (e quindi la validità) della clausola "sospetta".

Il consumatore, peraltro, potrà avvalersi del contenuto di un contratto stipulato tra il professionista ed un terzo, i quali – all'insaputa del consumatore, ovvero, al limite, anche semplicemente prescindendo da un effettivo interesse di quest'ultimo alla realizzazione dell'operazione complessa, così come da loro articolata e divisata – abbiano in qualche misura funzionalmente collegato tale contratto a quello concluso fra il professionista ed il consumatore medesimo; per contro, nella stessa ipotesi, deve invece escludersi che il professionista, al fine di far accertare l'eventuale non vessatorietà della clausola "sospetta", si possa avvalere del parametro rappresentato dal contenuto del contratto da lui concluso con il terzo, assumendone il collegamento con quello stipulato con il consumatore, atteso che nei confronti del contraente c.d. "estraneo" all'operazione complessa, il collegamento può operare solo "*in bonam partem*" [43].

Sempre nell'ambito del codice del consumo, va poi richiamata la disposizione di cui all'art. 77, dettata in materia di contratti di multiproprietà e rubricata "*risoluzione dei contratti accessori*", la quale prevede un meccanismo di caducazione automatica di questi ultimi, in caso di esercizio del diritto di recesso, da parte del consumatore, dal contratto di multiproprietà o dal contratto relativo a un prodotto per le vacanze di lungo termine, in applicazione – in buona sostanza – del principio in virtù del quale i contratti collegati *simul sta-*

[41] C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, cit. 265 ss.

[42] Le considerazioni di cui al testo risultano complessivamente condivise in dottrina. Senza pretesa di completezza, possono citarsi – già tra i primi commentatori della normativa di recepimento della direttiva eurounitaria – M. CASOLA, *Commento all'art. 1469* ter *c.c.*, in A. BARENGHI, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996, 123 ss.; S. MONTICELLI, *Commento all'art. 1469* ter, *comma primo, c.c.*, in E. CESARO, *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, I, Napoli, 1996, 424 ss.; A.M. AZZARO, *Commento all'art. 1469* ter, *comma primo, c.c.*, in G. ALPA, S. PATTI, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, I, Milano, 1997, 531 ss.; M. NUZZO, *Commento all'art. 1469* ter, *comma primo, c.c.*, in *Nuove leggi civ.*, 1997, 1141 ss.; G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro It.*, 1996, V, c. 145 ss.; G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 17 ss., spec. 26 ss.; M. COSTANZA, *Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori*, in *Giust. civ.*, 1994, II, 546.

[43] Per una più compiuta argomentazione sul punto, anche al di là dello specifico ambito rappresentato dalla disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, sia consentito il rinvio a C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, cit., 261 s.



bunt, simul cadent [44]; analogo meccanismo di risoluzione, con specifico riferimento ai «contratti funzionalmente collegati stipulati con terzi», è inoltre previsto nell'ambito del sesto comma dell'art. 41 del d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 (c.d. codice del turismo) [45].

Come però già si è anticipato nel paragrafo precedente, il settore in cui il legislatore ha maggiormente utilizzato la figura del collegamento negoziale è senza dubbio quello dei finanziamenti erogati dalle banche e dagli intermediari finanziari, con specifico riferimento – anche in questo caso – alla clientela consumatrice. Il primo intervento in ordine temporale è quello disposto, in attuazione della Direttiva 1987/102/CEE del 22 dicembre 1986, nell'ambito della l. 19 febbraio 1992, n. 142, la cui disciplina sarebbe stata poi trasfusa nel d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (c.d. testo unico bancario – t.u.b.) [46].

Per quanto qui di specifico interesse, l'art. 125, comma 4, t.u.b. [47], nella versione antecedente alla complessiva riforma della materia, di cui si dirà tra breve, prevedeva un generico «diritto di agire contro il finanziatore nei limiti del credito concesso», a favore del sovvenuto, «nei casi di inadempimento del fornitore di beni e servizi», previa costituzione in mora del fornitore ed a condizione che vi fosse un accordo di esclusiva tra finanziatore e fornitore [48]. Il collegamento tra contratto di fornitura e contratto di finanziamento – come è stato recentemente osservato [49] – non era esplicitamente nominato, ma veniva fatto oggetto di una disciplina che lo individuava come presupposto implicito della relativa fattispecie [50].

Il passaggio successivo verso la tipizzazione [51] sarebbe stato segnato dall'emanazione della Direttiva 2008/48/CE del 23 aprile 2008 [52], alla quale il legislatore italiano avrebbe poi dato attuazione introducendo nel t.u.b. quello che attualmente è il Capo II del Titolo V, rubricato «credito ai consumatori» [53].

---

[44] In tema, cfr. per tutti M. ERMINI, *Commento all'art. 77 del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, in V. CUFFARO, *Codice del consumo*, cit., 732 ss.

[45] Su cui cfr., anche per ulteriori riferimenti, A. CLARONI, *Commento all'art. 41 del d. lgs. 23 maggio 2011, n. 79*, in V. CUFFARO, *Codice del consumo*, cit., 1249 ss.

[46] Per una sintetica esposizione della c.d. prima tappa nel percorso di tipizzazione del collegamento nelle operazioni di credito al consumo, vedi per tutti F. BARTOLINI, *Strutture contrattuali complesse*, cit., 38 ss. Va segnalato che, successivamente all'emanazione del codice del consumo, le disposizioni sul credito al consumo sarebbero state suddivise in modo per vero irragionevole tra testo unico bancario e, appunto, codice del consumo. Attualmente, come si dirà meglio tra breve, siffatta irragionevole suddivisione è stata superata, e tutte le disposizioni sul credito al consumo sono collocate nel testo unico bancario.

[47] Per alcune riflessioni a proposito di detta disposizione normativa, sia consentito rinviare a C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, cit., 316 ss.

[48] In realtà, il ruolo dell'accordo di esclusiva sarebbe stato marginalizzato dalla stessa Corte di Giustizia U.E., nella pronuncia 23 aprile 2009, resa nel giudizio n. 509/07, in *Contratti*, 2009, 653 ss., con nota di F. MACARIO, *Inadempimento del fornitore e tutela del debitore nel credito al consumo*; in *Corr. giur.*, 2009, 1051 ss., con nota di R. CONTI, *Il «dialogo» tra giudice nazionale e corte Ue*; in *Nuova giur. civ.*, 2009, I, 1091 ss., con nota di M. DE POLI, *Credito al consumo e collegamento negoziale: qualche luce, molte ombre...*; in *Giur. It.*, 2009, 2392 ss. (m), con nota di C.A. PUPPO, *Credito al consumo e collegamento negoziale*; ed in *Giur. It.*, 2010, 50 ss. (m), con nota di E. BATTELLI, *Credito al consumo: fornitore inadempiente e accordo tra creditore e fornitore*. Ovviamente la giurisprudenza della S.C. si sarebbe poi adeguata: cfr., tra le altre, Cass. 29 settembre 2014, n. 20477, in *Nuova giur. civ.*, 2015, I, 208 ss., con nota di R. PALUMBO, *Relazioni biunivoche tra le interpretazioni della vecchia e nuova disciplina del collegamento negoziale nel credito al consumo*.

[49] F. BARTOLINI, *Strutture contrattuali complesse*, cit., 40.

[50] Del resto, a commento della Direttiva 1987/102/CEE, già G. OPPO, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 539 ss. aveva autorevolmente formulato l'affermazione secondo cui «è l'operazione complessiva, risultante dai due momenti, che deve essere identificata come fattispecie negoziale nelle sue componenti essenziali, intorno alle quali raccogliere i problemi della disciplina».

[51] Sulle conseguenze della tipizzazione, cfr. la recentissima Cass. 8 luglio 2021, n. 19434, in *www.smartlex24.ilsole24ore.com*. Decidendo un caso assoggettato alla disciplina previgente, la S.C. ha affermato che tra i contratti di credito al consumo finalizzati all'acquisto di determinati beni o servizi ed i contratti di acquisto dei medesimi ricorre un collegamento negoziale di fonte legale, sicché il giudice del merito non dovrebbe riscontrare la volontà dei contraenti, ma avrebbe solo il compito di verificare le clausole del



L'art. 121, lett. d) del t.u.b. fornisce anzitutto una definizione di «contratto di credito collegato», il quale viene individuato in un contratto finalizzato in via esclusiva a finanziare la fornitura di uno specifico bene, o la prestazione di uno specifico servizio, ove ricorra almeno una delle seguenti condizioni: *(i)* il finanziatore si avvale del fornitore del bene o del prestatore del servizio per promuovere o concludere il contratto di credito; *(ii)* il bene o il servizio specifici sono esplicitamente individuati nel contratto di credito.

Va ricordato, a riguardo, che nel testo della Direttiva (art. 3, lett. n) era contenuto un riferimento esplicito all'unicità dell'operazione commerciale, riferimento non replicato dal legislatore italiano in sede di attuazione. La dottrina si sarebbe espressa in termini prevalentemente critici, rispetto alla scelta del legislatore, poiché – secondo un'interpretazione letterale – quelli che nella Direttiva risultano essere dei meri indici presuntivi dell'unicità dell'operazione (o, in altri termini, della sussistenza del collegamento negoziale), nella norma interna sarebbero divenuti stringenti requisiti di applicabilità della disciplina a tutela del consumatore.

Conseguentemente, da parte di alcuni si è auspicata un'interpretazione favorevole a ritenere ammissibile la prova di ulteriori indici sintomatici del collegamento, oltre a quelli individuati alla lett. d) dell'art. 121 t.u.b. [54]; altri invece hanno richiamato la possibilità di fare tesoro delle acquisizioni giurisprudenziali in tema di collegamento negoziale, nel settore del credito finalizzato all'acquisto di un bene o di un servizio, onde non limitare la tutela del sovvenuto [55]; altri infine – in una prospettiva invece meno critica, rispetto alla scelta del legislatore italiano – hanno rilevato come i timori di una minor tutela andrebbero nel complesso ridimensionati, atteso che da un lato le condizioni poste dalla norma interna «paiono comprensibilmente orientate a stabilire un equilibrio tra l'esigenza di tutela rafforzata del consumatore e l'interesse dell'impresa a una razionale pianificazione della propria attività», mentre dall'altro, alle sempre possibili condotte elusive poste in essere dal finanziatore, ben potrebbe essere adeguatamente posto rimedio, valorizzando il dato della sua accettazione consapevole, anche solo in via di fatto, di prendere parte ad una operazione commerciale oggettivamente unica [56].

La tutela espressamente prevista è oggi contenuta nell'art. 125-*quinquies* t.u.b., che al primo comma stabilisce il diritto del sovvenuto alla risoluzione del contratto di credito, in caso di inadempimento del fornitore, previa inutile costituzione in mora di quest'ultimo e condizionatamente alla ricorrenza degli estremi della

---

contratto di finanziamento e trarre le conseguenze, in concreto, dell'incidenza su di esso della dedotta assenza di un collegato contratto di compravendita, ovvero dell'impiego della somma mutuata per una finalità diversa da quella indicata in contratto e corrispondente a una della tipologie di impiego tassativamente previste dal legislatore.

[52] Su cui vedi, per tutti, G. De Cristofaro, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/Ce e l'armonizzazione «completa» delle disposizioni nazionali concernenti «taluni aspetti» dei «contratti di credito ai consumatori»*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 255 ss.; L. Modica, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 785 ss. Più di recente, per una sintesi della c.d. seconda tappa, F. Bartolini, *Strutture contrattuali complesse*, cit., 41 ss.

[53] Sull'attuazione della Direttiva 2008/48/CE del 23 aprile 2008, cfr. tra gli altri A. D'Adda, *Collegamento negoziale e inadempimento del venditore nei contratti di credito al consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 725 ss.; G. Rossi, *Il collegamento contrattuale nel credito al consumo alla luce del nuovo d.leg. 13 agosto 2010 n. 141*, in *Contr. impr.*, 2010, 1432 ss.; M. Maugeri, *Cenni su alcuni profili della riforma del testo unico bancario in materia di «credito ai consumatori»*, in *Nuova giur. civ.*, 2011, II, 463 ss.; G. D'Amico, *Credito al consumo e principio di relatività degli effetti contrattuali (considerazioni «inattuali» su collegamento negoziale e buona fede)*, in *Contratti*, 2013, 712 ss. Più recentemente, vedi F. Bartolini, *Strutture contrattuali complesse*, cit., 58 ss.; (M. Semeraro), A. Tucci, *Il credito ai consumatori*, in E. Capobianco, *Contratti bancari*, Milano, 2021, 1823 ss., spec. 1882 ss.; F. Quarta, *Il credito al consumo*, in G. Conte, *Arbitro bancario e finanziario*, Milano, 2021, 878 ss.; Id., *Il credito ai consumatori tra contratto e mercato*, Napoli, 2020.

[54] Ad esempio, da ultimo, (M. Semeraro), A. Tucci, *Il credito ai consumatori*, cit., 1887.

[55] Per un'impostazione di questo tipo, cfr. ad esempio F. Bartolini, *Strutture contrattuali complesse*, cit., 73 ss.

[56] Così, F. Quarta, *Il credito al consumo*, cit., 882 ss.



gravità *ex* art. 1455 cod. civ. [57]. Il comma 2 disciplina le conseguenze dell'attivazione con successo del rimedio contemplato al primo comma: più precisamente, il finanziatore dovrà rimborsare al consumatore le rate già pagate ed ogni altro onere applicato; il finanziatore a sua volta – in termini analoghi rispetto a quanto statuito dalla giurisprudenza della S.C. menzionata nella parte conclusiva del precedente paragrafo – avrà diritto di ripetere dal fornitore le somme in suo favore erogate. Il terzo comma disciplina, poi, i contratti di *leasing*, prevedendo tra l'altro, a favore dell'utilizzatore che rivesta la qualità di consumatore, il potere di chiedere al finanziatore di agire per la risoluzione del contratto, previa messa in mora del fornitore inadempiente: la differenza tra i due tipi di rimedi si spiega agevolmente con il fatto che, mentre nelle operazioni di credito finalizzato il sovvenuto è parte dei due contratti collegati (e, dunque, ben può essere previsto il suo diritto di risolvere il contratto di finanziamento), nelle operazioni di *leasing* è invece il solo finanziatore a partecipare ai due contratti collegati (e, dunque, risulterebbe tecnicamente impossibile disporre il diritto del finanziato a risolvere il contratto di cui non è parte, salva l'ipotesi della previsione di una specifica clausola contrattuale, che attribuisca all'utilizzatore il potere di agire per la risoluzione del contratto di fornitura) [58].

Da ultimo, nell'ambito di uno scritto che omaggia un grande Maestro del diritto del lavoro, oltre che del diritto civile, non può non menzionarsi – quale ulteriore momento di emersione, a livello normativo, della figura del collegamento negoziale – la disciplina della somministrazione di lavoro (attualmente contenuta nel d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81, agli artt. 30 ss.) che, sulla scia del primo provvedimento in tema di c.d. lavoro interinale (l. 24 giugno 1997, n. 196, ora abrogata), si fonda proprio sulla istituzionalizzazione del collegamento funzionale tra due contratti [quello tra l'impresa fornitrice ed il lavoratore, e quello tra le due imprese (fornitrice ed utilizzatrice)] [59], collegamento al quale viene dato un grande rilievo, soprattutto per quanto riguarda il profilo della tutela del lavoratore [60].

[57] La norma non subordina la possibilità di attivare il rimedio in esame alla risoluzione per inadempimento del contratto di fornitura, né – in caso di controversia tra finanziatore e sovvenuto – è prevista la partecipazione al giudizio, quale litisconsorte necessario, del fornitore: tale scelta, se da un lato appare opportuna, in chiave di agevolazione della posizione del consumatore, può determinare alcune criticità, specie nelle ipotesi in cui l'inadempimento del fornitore si configuri nei termini di inadempimento solo parziale, ovvero siano in gioco profili di indole qualitativa dell'adempimento.

[58] La regola, del resto, è identica a quella declinata al di fuori della disciplina consumeristica dalla già richiamata Cass. SS.UU. 5 ottobre 2015, n. 19785, che peraltro – a sua volta – richiama proprio la normativa speciale qui in esame, al fine di supportare la propria decisione sul punto.

[59] Si ricorda, a riguardo, che già a commento delle disposizioni di cui alla l. 24 giugno 1997, n. 196, la dottrina lavoristica aveva fatto uso dei concetti di *fattispecie negoziale complessa* e di *collegamento negoziale* (v., ad esempio, G. NICOLINI, *Lavoro temporaneo*, Padova, 1998, *passim*, ma spec. 8 ss.; nonché L. CORAZZA, *Dissociazione dei poteri datoriali e collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 51 ss., spec. 70 ss.).

[60] Si veda a riguardo, ad esempio, il secondo comma dell'art. 35 del d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81, ove è previsto che «l'utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e a versare i relativi contributi previdenziali, salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore».

JUS CIVILE



MARTIN SCHMIDT-KESSEL

Professore di Diritto privato – Università degli Studi di Bayreuth

L'EUROPA DEI CODICI O UN CODICE PER L'EUROPA? – UNA PROSPETTIVA TEDESCA[*]

SOMMARIO: *1. Osservazioni preliminari. – 2. L'esperienza tedesca con il BGB. – 3. L'esperienza dell'integrazione del diritto europeo dei contratti e dei consumatori conseguente alla riforma del BGB del 2002 ed a quelle che l'hanno seguita. – 4. Il prezzo del rifiuto del diritto comune europeo della vendita (CESL). – 5. La perdita di importanza delle codificazioni nazionali. – 6. La prospettiva.*

1. – Il tema di una codificazione europea del diritto civile mi sta molto a cuore [1].

Se mi aveste invitato qui 25 anni fa – quando il mio maestro Peter Schlechtriem era membro dello *Study Group for a European Civil Code* e dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei pavese [2] ed io ero un giovane dottorando – avrei sicuramente tenuto una relazione molto diversa, piena di *verve* e di incoscienza giovanile: il Codice civile europeo – almeno per quanto riguarda il diritto delle obbligazioni, il diritto di proprietà e fors'anche il diritto delle successioni – era per me un vero e proprio ideale. E, all'epoca, ho strategicamente orientato tutta la mia ricerca accademica verso questo ideale.

Con il lavoro di ridogmatizzazione dei risultati del diritto comparato svolto dalla Legge uniforme dell'Aia sulla vendita internazionale di merci e dalla Convenzione di Vienna sulla vendita (CISG) ad opera di Ernst Rabel e Ernst von Caemmerer, all'epoca era disponibile anche una metodologia adeguata; che già si era dimostrata valida nel lavoro di definizione dei principi elaborati da Ole Lando e dall'Istituto Unidroit (il c.d. Codice Bonell), e che ha raggiunto il suo apice con il primo lavoro del Gruppo di studio su un codice civile europeo: lo *Study Group for a European Civil Code*. Allo stesso tempo, è iniziato lo sviluppo sistematico del diritto privato comunitario nella prospettiva del diritto dell'Unione europea.

Il fatto che il DCFR – così come il suo grande concorrente pavese, il *Code Europeen des Contrats*, conosciuto in Germania anche come "Codice Gandolfi" – non abbiano avuto successo ha molte cause, che verranno analizzate altrove. Una di queste, tuttavia, è certamente una debolezza dell'idea europea, come ha indicato Luigi Mengoni nella sua illuminante relazione tenuta nel 1992 in occasione del cinquantesimo anni-

[*] Testo della relazione tenuta dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema "*L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*" svoltosi presso l'Università degli Studi di Pavia il 18-19 novembre 2022, per iniziativa dell'Unione Privatisti, dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei e della Fondazione Collegio Ghislieri.

[1] V. SCHMIDT-KESSEL, RIW 2003, 481 ss.; SCHMIDT-KESSEL/NAJORK, GPR 2003-2004, 5 ss.; SCHMIDT-KESSEL, *v° Europäisches Zivilgesetzbuch* e *v° Study Group on a European Civil Code*, in: *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts* a cura di Basedow-Hopt-Zimmermann, Tübingen 2009.

[2] V. SCHLECHTRIEM, *Wandlungen des Schuldrechts in Europa – wozu und wohin?*, ZEuP 2002, 213 ss.



versario del Codice civile italiano [3]. E così ogni volta che cambiamo i cavalli – modernamente, i mezzi di trasporto – cambiamo i sistemi legali: il mio viaggio da Bayreuth a Pavia mi ha portato attraverso tre sistemi nazionali (per tacere dalle particolarità della Baviera e del Sudtirolo).

Oggi per me l'ideale rimane; ma la visione e le valutazioni sono diverse, più realistiche e più politiche. Tuttavia, resto dell'idea che una codificazione europea avrebbe notevoli vantaggi rispetto alle codificazioni nazionali. Certo, oggi vedo anche molto più chiaramente il prezzo che dovremmo pagare per questo: sarebbe un alto prezzo giuridico-culturale, perché gran parte della nostra esperienza civilistica, che si è coagulata in sistemi e concetti dogmatici, andrebbe perduta. Le grandi monografie dei Maestri – uno strumento che in Italia è tenuto in grande considerazione, molto più di quanto non lo sia in Germania – sarebbero vittime del famoso verdetto di Julius von Kirchmann, secondo cui "*drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur*": bastano "tre parole correttive del legislatore e intere biblioteche diventano carta straccia" [4].

Però una cosa la possiamo tranquillamente supporre: una disciplina europea di diritto privato ed una legislazione europea di diritto privato – di qualsiasi portata – dovrebbero fare a meno di molti termini e concetti sviluppati nelle dogmatiche nazionali. Questo è vero, anche se – con la concezione virtuosa di Alessio Zaccaria (il quale è stato meritatamente insignito del titolo di dottore *honoris causa* a Bayreuth nel 2019) – molti di essi sono e resteranno multilingue [5]. I grandi concetti dogmatici – come la causa, il principio di colpa o, addirittura, quello di obbligazione – perdono il loro significato e la loro funzione, soprattutto se le decisioni ed i concetti di politica giuridica in essi originariamente contenuti non sono più riconoscibili sotto ogni aspetto.

Ad esempio, la definizione gaiana di *obligatio* come "*iuris vinculum, quo necessitate adstringimur*" [6] è stata a lungo un simbolo, non solo perché le parole "*alicuius solvendae rei*" ed il riferimento alla *civitas romana* sono state eliminati da questa stessa definizione nella pratica accademica quotidiana. Piuttosto, con la separazione tra *actio* e *Anspruch* (quindi, pretesa) ad opera di Bernhard Windscheid [7], si è assistito ad uno spostamento della funzione dell'obbligazione – che è progredita in modo diverso negli Stati continentali – verso un'accezione di base prevalentemente sostanziale, che da tempo non riflette più le peculiarità della sua origine romana [8]. A parte la denominazione, della disciplina del diritto delle obbligazioni e della fondamentale relatività dell'obbligazione in contrasto con il diritto *erga omnes* o reale non è rimasto molto dopo la nuova concezione del diritto delle obbligazioni connotata dalla separazione tra obblighi e rimedi [9]. Con la nuova concezione, fenomeni come l'inadempimento anticipato [10], ma anche come il *pactum de non petendo* [11] pos-

[3] MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, Roma 1993, 13.

[4] VON KIRCHMANN, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin 1848, 23.

[5] V. la sua monografia paradigmatica in quattro lingue ZACCARIA, *Mediazione e mandato, per tacer del contratto d'opera*. *Ovverossia*, *Le "relazioni pericolose" nel diritto civile*, Jena 2011.

[6] I. 3, 13 pr.

[7] WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856. Al contrario, poco più tardi già la monografia di MUTHER, *Zur Lehre von der Römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in Obligationen*, Erlangen 1857. Sul dibattito successivo dalla prospettiva odierna si veda in particolare BENEDUZI, *Actio und Klagrecht bei Theodor Muther*, Heidelberg 2016.

[8] Più di recente, ad esempio, ZAMBOTTO, *L'*obligatio *da vincolo a relazione*, in TROIANO e SCHMIDT-KESSEL (a cura di), *Diritto e società in trasformazione: le sfide per il giurista europeo / Recht und Gesellschaft im Wandel: Herausforderungen für den europäischen Juristen*, Napoli 2023, 31 ss. V. anche ZAMBOTTO, Nexum. *Struttura e funzione di un vincolo giuridico*, Napoli 2021.

[9] Fondamentale per questo sviluppo SCHLECHTRIEM e SCHMIDT-KESSEL, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 6 ed., 2005, 446-464.

[10] V. PERTOT, *L'inadempimento anticipato. Della tutela manutentiva ai rimedi risolutori*, Napoli 2021.

[11] V. D'ONOFRIO, *Il* pactum de non petendo*: struttura e disciplina*, Napoli 2021.



sono oggi essere spiegati molto meglio; e probabilmente in maniera diversa. Non sorprende che il termine *obligatio* non compaia quasi mai nel diritto privato dell'Unione europea.

Ma cosa può insegnare – e questo è il motivo per cui mi avete invitato – l'esperienza tedesca, nonostante tutto l'idealismo e la sua relativizzazione legata all'età, per rispondere alla domanda: "*L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*".

Vorrei tentare di rispondere a questa domanda con quattro osservazioni.

Vorrei innanzitutto ricordare che l'esperienza tedesca con la codificazione del BGB ed i suoi concetti dogmatici è piuttosto ambigua.

Tale ambiguità, vorrei poi sottolineare, si verifica anche – secondo l'efficace espressione di Jürgen Basedow – per l'"ibridazione" del BGB conseguente all'integrazione del diritto contrattuale dell'Unione europea avvenuta mediante la grande riforma del 2002 [12].

Inoltre, vorrei richiamare l'attenzione sul fatto che, in ogni caso, il diritto tedesco sta pagando un prezzo molto elevato per il rifiuto, a suo tempo, del CESL (cioè, del Diritto Comune Europeo della Vendita) e quindi, *de facto*, anche dell'approccio degli strumenti opzionali nel diritto contrattuale e patrimoniale europeo nel suo complesso.

Infine, vorrei evidenziare che la posizione di partenza per una codificazione europea è fondamentalmente cambiata dal 2011 ad oggi a causa di cambiamenti dei paradigmi centrali nel diritto privato: il diritto privato europeo 2.0 sta emergendo per l'Unione europea; ed inizialmente senza alcuna codificazione.

2. – L'esperienza del Codice civile tedesco del 1896 – entrato in vigore il 1° gennaio 1900 – è ambigua. Con questo intendo riferirmi non tanto alla ben nota "vulnerabilità" del diritto civile tedesco durante l'epoca nazionalsocialista, dovuta alla sua "fuga nelle clausole generali" (Hedemann) [13] ed alla sua apertura ad una "interpretazione illimitata" (Rüthers) [14]. Mi riferisco piuttosto ai limiti tecnici ed alla relatività dei concetti esposti.

Chiedo la vostra comprensione per i seguenti esempi.

Per quel che concerne il diritto delle obbligazioni, i padri della codificazione avevano optato per la rinuncia – tecnicamente non del tutto realizzata [15] – ad una responsabilità per *culpa* generica; cioè, per una deviazione rispetto allo *standard* europeo continentale. Al contrario, avevano cercato di porre l'impossibilità dell'adempimento al centro della disciplina della violazione del contratto [16]. Ciò è durato solo fino al 1903 – cioè non più di tre anni – quando la giurisprudenza e l'accademia sono tornate alla responsabilità per *culpa* con l'istituzione della *positive Vertragsverletzung*, la violazione positiva del contratto [17] (qui bisogna evitare

[12] V. Basedow, AcP 200 (2000) 445 ff.

[13] Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen 1933.

[14] Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen 1968 (9ª ed. 2022). Sul ruolo storico altamente problematico di Karl Larenz, si vedano gli acuti scambi tra Rüthers (JZ 2011, 593-601 und 1149-1151) e Canaris (JZ 2011, 879-888).

[15] Si vedano i residui, ad esempio, nel § 426 II BGB ("Ciò vale in particolare per la risoluzione, l'inadempimento, la colpevolezza, l'impossibilità di adempiere nella persona di un debitore solidale...") e nel § 767 BGB ("colpevolezza o inadempimento").

[16] V. Schermeier in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB* (a cura di Schmoeckel, Rückert, Zimmerman) vor § 275 no. 56 ss.

[17] RGZ 52, 18, 19 f.; RGZ 53, 200 ff.; RGZ 161, 330, 337; Staub, *Festschrift für den XXXVI. Deutschen Juristentag*, Berlin 1902, 29-56; Staub, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin 1904 (anche la traduzione italiana di Favale, *Le violazioni positive del contratto*, Napoli 2001).



la parola "inadempimento"). Da allora, la prassi e la giurisprudenza si sono confrontate con la questione di come trattare i fatti nuovi o vecchi, e della loro posizione sistematica nel sistema complessivo, con opinioni molto diverse e conseguente incertezza giuridica [18].

Anche l'attenzione quasi teutonica – o addirittura la fissazione – del Codice civile tedesco per la pretesa di adempimento in natura si è rivelata poco utile: si potrebbe addirittura parlare di "feticismo" dell'adempimento nel diritto privato tedesco. Le soluzioni sempre più differenziate dei sistemi giuridici romanistici – ad esempio, per *l'obligation de faire* di cui all'art. 1142 *Code civil* vecchia versione, fino al 2015 si diceva che "*se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution*" [19] – non sono state adottate nel diritto sostanziale. Inoltre, i civilisti tedeschi di oggi hanno in gran parte dimenticato che il legislatore storico, come conseguenza della separazione tra *actio* e pretesa, ha delegato importanti limiti della pretesa di prestazione in natura al diritto processuale, più precisamente al diritto dell'esecuzione forzata ed ai §§ 887 e 888 del Codice di procedura civile tedesco. In base a ciò, in particolare, l'esecuzione dell'azione non ha luogo nel caso di un ordine di eseguire servizi in base ad un contratto di servizio (§ 888 III ZPO). La fissazione sull'adempimento continua nelle questioni connesse alla priorità delle domande di adempimento e delle domande di adempimento supplementare, senza da ciò trarre, nell'intera ampiezza dell'argomento, la conseguenza dalla loro duplice funzione nel nuovo sistema orientato al rimedio, e distinguendo dogmaticamente tra il rimedio della domanda di adempimento rispettivo all'adempimento supplementare ed il diritto di difesa della seconda offerta. Infine, la dottrina non è ancora riuscita a trovare un accordo sulle richieste di adempimento nel caso di obbligazioni di protezione, sebbene la prassi giudiziaria le conceda con una certa ampiezza, e sebbene le basi per una corrispondente costruzione siano poste nell'*actio negatoria* del § 1004 BGB ed in altre disposizioni del Codice tedesco e di altri atti legislativi [20]. La ragione è semplice: le pretese per prestazioni in natura non sono così importanti come molti colleghi le fanno sistematicamente passare. È infatti sbagliato ritenere la pretesa di prestare in natura come rimedio principale o addirittura centrale del diritto tedesco.

Inoltre, il regime storico di responsabilità per i difetti ed i corrispondenti *deficit* di qualità non si è dimostrato valido sotto diversi aspetti. Il legislatore storico – in deroga ai piani originari e diversamente dal legislatore di Italia, Austria o Giappone – aveva deciso di separare le nozioni di vizi del diritto contrattuale speciale e di disciplinare la compravendita, la donazione, la locazione, il comodato ed il contratto d'opera indipendentemente l'uno dall'altro e senza rimandi reciproci. In tal modo, per la locazione, il comodato ed il contratto d'opera si è proceduto ad un'integrazione con la disciplina della responsabilità per inadempimento della parte generale del diritto delle obbligazioni e dei relativi rimedi, mentre per la compravendita e la donazione è stato applicato un regime speciale – come è noto – con i rimedi edilizi [21]. La mancanza di una pretesa di adempimento supplementare [22] – combinata con il concetto dogmatico, intellettualmente eccitante, ma di fatto poco convincente, di adempimento tramite l'esecuzione dell'oggetto difettoso [23] – ha spesso creato

[18] V. ad esempio ESSER, *Schuldrecht*, I: *Allgemeiner Teil*, 4. ed., Karlsruhe 1970, 380-390; HECK, *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen 1929, 118-122; SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 4. Ed., Tübingen 2000, 182-190.

[19] V. anche art. 2931 c.c.

[20] V. STÜRNER, *JZ* 1976, 384-392; HOFMANN, *Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf*, Tübingen 2017.

[21] V., ad esempio, anche per quanto riguarda l'*exceptio non rite adimpleti contractus*, che fu comunque concessa, ERNST, *Die Einrede des nichterfüllten Vertrages – zur historischen Entwicklung des synallagmatischen Vertragsvollzugs im Zivilprozeß*, Berlin 2000.

[22] Il successivo inserimento del § 476a BGB 1977 sui rastrelli di rilavorazione concordati e la controversia sull'applicazione del § 326 BGB 1900 alle richieste di consegna sostitutiva nel caso di un acquisto generico ai sensi del § 480 I BGB 1900 lo dimostrano in modo evidente.

[23] Cfr. FLUME, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, Münster 1948, in particolare 52 ss.



gravi lacune tra la dogmatica tradizionale ed i legittimi interessi delle parti [24]. Esse sono state aggravate dalla sistematica limitazione del risarcimento al danno effettivo causato dal difetto – ossia principalmente ai costi di riparazione del difetto ed alla riduzione del valore del bene – da un'interpretazione eccessivamente restrittiva del concetto di *Zusicherung* (assicurazione) come garanzia [25] e dalla perdita di importanza pratica della responsabilità da progetto o modello ai sensi del § 494 BGB 1900. L'apice di questa straordinaria limitazione dei rimedi per il compratore, favorevole ai venditori e che sconvolge il sistema, è stata infine, non da ultimo a seguito di Karl Larenz, l'esclusione della responsabilità per *culpa* in caso di violazione positiva del contratto nell'ambito di applicazione della (sola) garanzia prevista dal diritto di vendita da parte del *Reichsgericht* nel 1940 per i danni causati da difetti [26]; in precedenza non esisteva con questa chiarezza una giurisprudenza sicura del *Reichsgericht*, successivamente rivendicata dalla Corte Suprema Federale [27].

Il rispetto per i grandiosi risultati ottenuti dalla scuola storica nella sistematizzazione e preparazione del *ius comune* e delle fonti antiche in una codificazione adatta alla nascente società industriale non sarà mai sufficientemente alto. Allo stesso tempo però – e gli esempi sopra riportati dovrebbero dimostrarlo – il grande monumento finale della scuola storica, come ogni codificazione nazionale, non è esente da ogni critica. Quindi ci sono sempre e necessariamente alcuni vantaggi nel separarsi dalla codificazione precedente e percorrere nuove strade.

3. – Nella storia del Codice civile tedesco, la grande riforma del 2002 è senza dubbio una delle tappe più importanti.

Ciò vale ovviamente, in primo luogo, per le modifiche apportate al sistema del diritto delle obbligazioni, che si sono rivelate molto efficaci per quanto riguarda il passaggio alla *Pflichtverletzung*, la violazione dell'obbligazione, come elemento centrale della violazione del contratto e, associato a questo, il passaggio dal *cause approach* a quello rimediale (il *remedy approach*), nonché per l'integrazione della disciplina sulla garanzia per vizi, anche per la compravendita, nella disciplina generale dell'inadempimento e della violazione dell'obbligo contrattuale. Questi cambiamenti nel sistema del diritto delle obbligazioni non sono, ovviamente, direttamente rilevanti per il nostro tema.

Piuttosto, dal punto di vista della codificazione, è necessario affrontare preliminarmente altre questioni. Con l'inserimento di parti essenziali del diritto europeo dei consumatori nella codificazione civile, cioè nel BGB, il legislatore ha, sempre nel 2002, compiuto un passo decisivo verso una codificazione "ibrida" [28]. Con l'attuazione della direttiva sui ritardi di pagamento 2000/35/CE e della direttiva sulle clausole vessatorie 93/13/CEE nel diritto generale delle obbligazioni dei §§ 286 ss. e 305 ss. BGB, così come della direttiva sulle vendite al consumatore 1999/44/CE nel diritto generale delle vendite di cui ai §§ 433 ss. BGB 2002, il diritto privato generale del BGB è stato "europeizzato" in una misura fino ad allora sconosciuta. Inoltre, i con-

[24] V. ERNST, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, a cura di SCHMOECKEL, RÜCKERT, ZIMMERMAN, §§ 434-445 no. 14 ss.

[25] Gli effetti di ciò possono essere visti oggi – in particolare a livello storico – nel concetto di garanzia ai sensi del § 536 II BGB.

[26] RG DR 1941, 638. Non così nel 1939 RGZ 161, 330, 337 e segg. con un esame dettagliato della violazione positiva del contratto dopo il rifiuto della responsabilità per la garanzia: "*Doch kann, sofern … kein gleichgerichteter Schadensersatzanspruch aus § 463 BGB. gegeben ist, ein Anspruch der Klägerin aus positiver Vertragsverletzung (§ 276 BGB.; vgl. RGZ. Bd. 53 S 200 [202]) vorliegen …*".

[27] Per esempio, BGHZ 77, 215, 217; BGHZ 101, 337, 339.

[28] V. ancora BASEDOW, AcP 200 (2000) 445 ff.



cetti di "consumatore" e di "imprenditore" di cui ai §§ 13 e 14 BGB, nonché la direttiva 85/577/CEE sulle vendite a domicilio, la direttiva 97/7/CE sulle vendite a distanza e le parti relative al diritto contrattuale della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico sono stati integrati, in una parte separata, nella parte generale del diritto delle obbligazioni del BGB sui contratti con i consumatori di cui ai §§ 312 ss. e 355 ss. BGB 2002. Parimenti, la direttiva sul *timesharing* 94/47/CE è stata attuata con i §§ 481 ss. BGB e la direttiva 87/102/CEE sul credito al consumo – con la separazione dal prestito in natura che rimane affidati ai §§ 607 ss. – nei §§ 488 ss. BGB, nonché nelle discipline speciali sull'intermediazione di prestito di cui ai §§ 655 a ss. BGB. Insieme alla direttiva sui viaggi tutto compreso ed alla direttiva sui trasferimenti bancari, che erano già state attuate nel BGB nei §§ 651 a ss. BGB e nei §§ 676 ss. BGB, tante parti importanti del BGB erano già attuazione di normative di origine europea.

In dettaglio, due norme definitorie centrali dell'*Allgemeiner Teil* (la parte generale del BGB) quali le definizioni di "consumatore" e di "imprenditore" di cui ai §§ 13 e 14 BGB, sei aree centrali del diritto generale delle obbligazioni (la disciplina della mora del debitore di cui ai §§ 286 ss. BGB, la disciplina delle clausole vessatorie dei §§ 305 ss. BGB, nonché la disciplina generale dei contratti con i consumatori di cui ai §§ 312 ss. e 355 ss. BGB, il diritto di recesso dei §§ 323 e 326, le regole sulle conseguenze di recesso dei §§ 346 ss. BGB e, inoltre, il problematico § 241 a BGB) e sei tipi di contratto (compravendita, *timesharing*, prestito, viaggio tutto compreso, intermediazione di prestito e contratto di giroconto) sono stati interamente o parzialmente modellati dal diritto europeo. Inoltre, la direttiva 86/653/CEE sugli agenti commerciali è stata attuata nei §§ 84 ss. Codice del commercio come caso particolare di gestione di agenzia a titolo oneroso ai sensi del § 675 BGB.

Né è rimasto tutto uguale fino ad oggi. Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, l'attuazione della Direttiva 2019/771 sulla vendita di beni e della (ora seconda) Direttiva 2015/2366 sui servizi di pagamento, nonché le modifiche alla Direttiva sul *timesharing*, la Direttiva sul credito al consumo e la Direttiva sui viaggi tutto compreso hanno ampliato, concretizzato e, in parte, anche corretto lo *status quo* del 2002. In più, si è aggiunta l'attuazione della direttiva sul credito ipotecario 2014/17/UE ai §§ 488 ss. BGB e della direttiva sui diritti del paziente nei §§ 630 a ss. BGB.

Più di recente, l'attuazione della direttiva 2019/770 sui contratti digitali ha interessato tutta una serie di altri tipi di contratto in modo esplicito (donazione, locazione, contratto d'opera e contratto di servizi) o implicito (in particolare comodato e mandato). Inoltre, con i *nuovi* §§ 327 ss. BGB, le norme sui prodotti digitali (con tale termine ci riferiamo collettivamente ai contenuti digitali e ai servizi digitali) hanno creato un *unicum* sistematico: la relativa disciplina costituisce, da un lato, il diritto contrattuale speciale generale (*allgemeines besonderes Schuldrecht*), ossia il regolamento generale sui vari tipi di contratto e, dall'altro, il diritto contrattuale generale speciale (*besodneres allgemeines Schuldrecht*), ossia il regolamento speciale di molte norme del diritto generale delle obbligazioni.

Oggi – oltre a numerose modifiche e aggiunte a singole norme, come quelle relative al luogo ed ai tempi di pagamento (§§ 270 a e 271 a BGB), e la già citata definizione di "consumatore" nel § 13 BGB – sette aree centrali del diritto generale delle obbligazioni, almeno quattordici tipi di contratti del BGB e la disciplina degli agenti commerciali sono stati completamente o parzialmente predeterminati o influenzati dalle direttive europee. Nelle aree centrali del Codice civile tedesco non c'è, quindi, quasi nessun margine di manovra, o comunque un margine limitato, per le decisioni e le valutazioni del legislatore tedesco e della comunità accademica tedesca di diritto civile. Il modo in cui la recente aggiunta dell'art. 11 a, nella direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali impatta sui diritti precontrattuali e probabilmente anche contrattuali del consumatore è ancora oggetto di dibattito in Germania.



Le esperienze di questa ibridazione della codificazione tedesca sono piuttosto ambigue.

In questo contesto, i maggiori timori, che vedevano il diritto civile privato dei suoi principi fondamentali dall'integrazione del diritto del consumo "socialista", non si sono concretizzati. Al contrario, la maggiore attenzione prestata al diritto dei consumatori in seguito alla sua integrazione nel Codice civile tedesco ha portato ad un notevole miglioramento del discorso dogmatico (forse si potrebbe anche parlare di una "civilizzazione"): nessun professore tedesco di diritto civile può più permettersi di non trattare in dettaglio il diritto contrattuale dei consumatori. La discussione alla 69ª *Deutscher Juristentag* (la Conferenza dei Giuristi tedeschi) sulla possibilità di rendere tale disciplina indipendente tramite l'introduzione di un apposito codice di settore – come il vostro codice dei consumatori – è stata respinta a larga maggioranza. I civilisti tedeschi si sono abituati all'inclusione generale del diritto dei consumatori, o perlomeno si sono rassegnati. Di conseguenza, le discussioni indipendenti sul diritto delle obbligazioni in generale, senza l'influenza europea, sono diventate rare. L'inclusione dei requisiti del diritto dell'Unione europea fa parte dello *standard* accademico di trattazione del codice ibrido, soprattutto nelle principali monografie dogmatiche.

È divenuto molto più difficile per il legislatore affrontare i principi del diritto europeo in modo tecnicamente corretto. L'integrazione del diritto dell'Unione europea nella codificazione tedesca l'ha trasformata in un cantiere permanente, poiché le decisioni della Corte di Giustizia Europea rendono necessario un regolare adeguamento del BGB ai principi europei. La rettifica – *die Nachbesserung* – non è più solo un rimedio legale per i clienti, ma è diventata anche un compito del legislatore nella codificazione ibrida del BGB. Certo, ciò non è dovuto tanto all'integrazione del diritto europeo in quanto tale, quanto piuttosto all'incertezza del legislatore di recepimento rispetto agli effettivi presupposti del diritto europeo (come ad esempio nel prossimo futuro per il recepimento del diritto di recesso della Direttiva 2019/771 sulla vendita di beni mobili nel § 475 d BGB) e alle idee sbagliate degli esegeti tedeschi innescate dalla riformulazione dei concetti normativi europei nel "collaudato uso linguistico del BGB". A questo proposito, da tempo vengono rivolte al legislatore federale ammonizioni sulla qualità tecnica dell'attuazione [29], che però sono rimaste in gran parte inascoltate. Soprattutto il regolare adeguamento della disciplina del recesso del consumatore ai requisiti del diritto dell'UE ha causato grandi difficoltà in questo ambito.

Nonostante queste carenze tecniche e soprattutto in considerazione degli effetti innescati in tutte le parti del diritto contrattuale, l'integrazione delle direttive nel Codice civile tedesco si è comunque rivelata, per la maggior parte, un successo: in particolare, l'integrazione legislativa ha portato anche ad una maggiore integrazione accademica. A differenza dell'indipendenza e dell'ampio frazionamento del diritto del lavoro, il diritto civile tedesco integrato con il diritto europeo ha potuto altresì adeguarsi alla giurisprudenza della Corte di Giustizia. E il dibattito sull'interpretazione della codificazione trova spazio ormai in tutti i grandi e piccoli commentari e trattati; così come la legge di recepimento in quanto tale – comprese le condizioni di interpretazione in conformità con le direttive – è diventata anche un argomento degli esami statali e universitari. Oggi il diritto privato europeo inserito nel BGB è parte integrante del diritto civile e privato tedesco e del discorso accademico su di esso. Non si è, dunque, sviluppata una vera e propria disciplina speciale consumeristica (a parte, forse, le materie speciali della revoca e degli obblighi di informazione).

Gli interventi più importanti in questo contesto sono quelli del 2002: con l'integrazione della disciplina sulla vendita di beni di consumo nelle regole generali sulla violazione del contratto (per i presupposti del recesso e la disciplina delle conseguenze del recesso) e nelle norme generali sulla vendita (soprattutto per quanto riguarda il concetto di difetto o conformità), il legislatore tedesco ha deciso, in linea di principio, a

[29] V. ad esempio SCHMIDT-KESSEL, SORGENFREI, GPR 2013, 242-253.



favore della sincronizzazione del diritto privato tedesco ed europeo. Importanti sono altresì stati l'adattamento autonomo del risarcimento dei danni contrattuali alla disciplina del recesso e delle conseguenze del recesso, così come quello delle norme sui contratti d'opera (e, in una certa misura, anche della locazione) alla nuova struttura legislativa della vendita e, quindi, anche all'integrazione delle questioni relative alla qualità nel regime generale sull'inadempimento. Almeno fino al 31.12.2021 – ovvero fino alla differenziazione del concetto di difetto rispetto agli obblighi di aggiornamento – è stato possibile illuminare, penetrare, rispondere e sviluppare in modo uniforme questioni essenziali per l'intera codificazione. Il diritto contrattuale dell'Unione europea e il diritto europeo dei consumatori non sono quindi corpi estranei, ma parte delle fondamenta di un sistema e di una dogmatica mutati del diritto contrattuale tedesco.

In questo processo, molta terminologia e concezioni consolidate – ed anche molti scritti dei grandi Maestri – hanno sostanzialmente perso significato fino a essere svalutati come obsoleti [30]. Ciò vale in particolare per tutti i termini ed i concetti basati sull'idea del *einheitliches Forderungsrecht*, il diritto uniforme dei crediti: la dogmatica non si concentra più sulla pretesa, ove si amalgama l'aspettativa di comportamento e la conseguenza giuridica. Il concetto di *einheitliches Forderungsrecht* è stato abbandonato a favore della combinazione di due concetti: da un lato, il dovere, che nel suo punto di partenza non distingue tra i suoi oggetti (l'adempimento o la protezione), e, dall'altro, la richiesta di adempimento, che è stata svalutata a rimedio giuridico [31]. Certo, questo cambiamento centrale di concezione non è avvenuto senza rotture dal punto di vista giudiziale e da quello accademico, né senza resistenze e residui, ma ha reso possibile in primo luogo l'integrazione dei principi europei nel sistema multilivello che oggi è decisivo per la Germania.

Un secondo importante vantaggio dell'attuazione delle direttive nel BGB è quello di evitare illusioni sulla portata dell'influenza del diritto europeo sul diritto nazionale. Un semplice sguardo alle trasposizioni nel Codice civile tedesco mostra innanzitutto che parti importanti del diritto generale delle obbligazioni e dei contratti sono incorporate nel diritto europeo. Emerge inoltre che quasi nessun tipo di contratto, e sicuramente nessuno dei tipi centrali di contratto, è rimasto inalterato. Anche se il legislatore tedesco tende a mascherare linguisticamente l'attuazione di discipline europee continuando a utilizzare lo stile linguistico del BGB [32] – con la lodevole eccezione di ampia portata del nuovo diritto contrattuale digitale dei §§ 327 ss. BGB – la scelta di base dell'integrazione porta comunque alla consapevolezza fondamentale che tutta la legislazione del diritto delle obbligazioni è potenzialmente idonea ad accogliere le trasposizioni delle direttive. Per restare all'immagine di Luigi Mengoni [33]: il diritto civile tedesco monta sempre – e *lege artis* – due cavalli contemporaneamente, quello europeo e quello tedesco. Non per niente la più grande casa editrice specializzata tedesca non solo ha inserito nel suo catalogo (con questa terza edizione) l'opera pionieristica sul diritto privato europeo di Martin Gebauer e Thomas Wiedmann, ma le ha anche dato il posto che merita nelle sue banche dati. E sempre più spesso le singole direttive – oltre ai regolamenti già trattati – godono di commenti separati, prevalentemente in lingua inglese.

Naturalmente, anche in questo caso, il diritto tedesco ha effettuato recepimenti eccessivi, soprattutto nel diritto delle vendite, dove l'adozione del concetto di difetto e l'introduzione di norme sui rimedi nel diritto generale delle obbligazioni e nel diritto generale delle vendite per le transazioni commerciali non era e non è prescritta dal diritto europeo, nemmeno per quanto riguarda il ricorso dell'ultimo venditore. Il cambiamento

[30] In particolare HUBER, *Leistungsstörungen*, Tübingen 1999.
[31] Analiticamente chiaro già STOLL, JZ 2001, 589-597, in particolare 590.
[32] Critico nei confronti di questa pratica SCHMIDT-KESSEL, SORGENFREI, 2013, 242-253.
[33] V. ancora MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, cit., 13.



arriva addirittura al punto che alcune delle disposizioni introdotte nella codificazione nel 2002 – principalmente per l'attuazione della direttiva sulle vendite ai consumatori – non si applicano più alle vendite ai consumatori dall'1 gennaio 2022 o almeno si applicano con modifiche significative, ma solo limitatamente all'area di attuazione precedentemente ultronea rispetto a quanto prescritto dal diritto europeo. Ciò vale, in particolare, per parti importanti delle norme sui rimedi per i difetti, come per la richiesta di un adempimento supplementare, nonché per i requisiti e le conseguenze del recesso e per la priorità generale dell'adempimento supplementare; norme che ora non si applicano o si applicano solo in forma modificata ai contratti dei consumatori. La precedente legge di attuazione della direttiva sulle vendite al consumo 1999/44/CE è diventata lo *standard* del diritto generale delle vendite e nessuno ha nemmeno preso in considerazione l'ipotesi di un ritorno alla vecchia legge e ai vecchi maestri, come Ulrich Huber, nel contesto della discussione sull'attuazione della nuova direttiva sulle vendite di beni 2019/771. A quanto pare, non manca la soddisfazione per la "nuova" legge, ormai ventennale. L'attuazione della direttiva sulla vendita di beni mobili 2019/771 ha logicamente avuto luogo, per il concetto di difetti e per i rimedi, attraverso una modifica della disciplina della vendita di beni contenuta, non del Codice civile tedesco del 1900, ma del Codice civile tedesco del 2002, e quindi dell'attuazione prevalente della direttiva di allora.

4. – Coloro che sono spaventati dall'ampiezza dell'influenza europea sul più grande successo della scuola storica dovrebbero ricordare lo sforzo, la *verve* e le polemiche con cui è stata respinta la proposta della Commissione per un diritto comune europeo della vendita (CESL), di gran lunga meno invasiva, al tempo (2011), per i sistemi giuridici nazionali [34]. All'epoca, un lettore imparziale avrebbe potuto credere che gli Stati membri avessero quasi salvato l'Occidente di *civil law*.

Si ricorda che la proposta del 2011 prevedeva uno strumento opzionale con un meccanismo di *opt-in* messo a disposizione delle sole PMI. I contratti misti – come quelli che ora si stanno diffondendo in gran numero nell'ambito del diritto dei contratti digitali in attuazione della direttiva 2019/770 – sono stati esclusi fin dall'inizio. L'ambito di intervento europeo è stato quindi molto più ristretto che nel caso della Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di merci (CISG), istituita, invece, come regolamento di *opt-out*. Le strutture dei diritti contrattuali nazionali, che all'epoca non erano ancora state toccate, sarebbero rimaste autonome. Il regolamento sarebbe stato limitato all'acquisto di beni e contenuti digitali (insieme ai servizi accompagnanti) e non avrebbe riguardato i servizi digitali come il *cloud* o i *social network*, così come non avrebbe riguardato l'acquisto di *software* di funzionamento per il riscaldamento e altri impianti dell'imprenditore, né il contratto di noleggio di un'autovettura che include un dispositivo di navigazione [35].

Anche se si considera corretto, in linea di principio, l'approccio adottato dalla Commissione Europea nel 2015 e notevolmente ampliato dal Parlamento Europeo e dal Consiglio, non si può trascurare il fatto che la proposta del 2011 avrebbe imboccato una strada che non avrebbe portato ulteriori cambiamenti strutturali – aperti o mascherati – nelle nostre codificazioni nazionali. I timori di deviazione potevano già essere dissipati nel 2011, data l'influenza relativamente ridotta della Convenzione di Vienna sulla vendita (CISG), senza decisioni politiche di vasta portata come la riforma tedesca del diritto delle obbligazioni 2002 o il Codice delle obbligazioni estone. Gli Stati membri e le legislazioni nazionali del diritto civile, compresa la dogmatica, de-

[34] V. per esempio ZACCARIA, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1-12, 4.

[35] Per altri esempi, v. MüKoBGB e METZGER, 9. ed. 2022, BGB § 327a no. 12; BeckOGK e FRIES, 1.2.2023, BGB § 327a no. 14-17.



vono pagare un prezzo molto alto per il fallimento della proposta del Diritto Comune Europeo della Vendita. Nel linguaggio globale del calcio, si parlerebbe di un classico autogol.

Per inciso, questo prezzo elevato non è stato pagato solo dal diritto tedesco, e certamente non è il risultato dell'integrazione del diritto contrattuale europeo e del diritto dei consumatori nel BGB, come descritto sopra. Piuttosto, questa volta – già a causa delle condizioni politiche dell'accordo di coalizione dell'ex grande coalizione tedesca – si è prestata una particolare attenzione a non esagerare con l'attuazione, con le eccezioni rappresentate dalla parte non digitale del concetto di difetto nella disciplina della vendita *ex* § 434 BGB applicabile come legge generale di vendita, e dalle norme aggiuntive sul pagamento con dati personali inserite nel § 327 q del Codice civile tedesco. L'approccio tedesco di recepimento in una grande codificazione invece che in una sorella minore rende immediatamente chiara la reale portata della perdita di autonomia nazionale e può, quindi, probabilmente rivendicare per sé la maggiore trasparenza normativa.

5. – Il nuovo diritto contrattuale digitale in attuazione della direttiva 2019/770 e gli obblighi di aggiornamento delle nuove regole sulla vendita di beni – insieme agli atti giuridici successivi del *Digital Markets Act*, del *Digital Services Act*, del *Data Governance Act*, del *Data Act*, del *Artificial Intelligence Act*, nonché della direttiva estesa sulla responsabilità dei prodotti e della nuova direttiva sulla responsabilità per l'intelligenza artificiale – chiariscono qualcos'altro: l'oggetto dell'unificazione e della codificazione è cambiato.

Non si tratta più di unificare il diritto privato esistente, le convinzioni dogmatiche di base e i principi di esperienza divergenti, ma di sviluppare congiuntamente un nuovo diritto privato in aree in cui mancano soluzioni consolidate nazionali ed europee. Ciò si riflette anche nelle nuove difficoltà metodologiche del diritto comparato per tutti i settori della digitalizzazione, che dovrebbe sempre precedere la standardizzazione europea: come si fa a confrontare sistemi giuridici che non hanno ancora affrontato le questioni da comparare? Come si fa a portare avanti il diritto comparato senza una legge che sia nata? La questione è ovviamente da approfondire in altra sede; qui interessa solo constatare l'assenza di portata e, ancor più, il radicamento culturale di decisioni e concetti consolidati [36].

Per inciso, questa constatazione non si applica solo alla digitalizzazione o all'altro *megatrend* legislativo dei nostri giorni, la sostenibilità. Piuttosto, in generale e per molte ragioni, possiamo affermare un cambiamento di paradigma su larga scala per il diritto dei contratti, che può essere più sinteticamente caratterizzato dal declino del contratto di compravendita con il suo sinallagma semplice. Il nucleo del diritto contrattuale si sta spostando dallo *status* alla funzione [37].

In primo luogo, ciò trasforma il contratto di compravendita stesso, innanzitutto con il *"Ende des Gefahrübergangs"* (la "fine del passaggio del rischio") [38] attraverso i requisiti di durata o durabilità e gli obblighi di conservazione della qualità; poi con la trasformazione dei requisiti di conformità dell'oggetto d'acquisto da un concetto legato alla sostanza della cosa ad un concetto funzionale di conformità, che include anche, ad esempio, le componenti etiche; infine con la crescente importanza attribuita agli adempimenti accessori

[36] La cultura giuridica come ostacolo alla codificazione uniforme è sottolineata ancora da MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, cit., 3 (riferendosi all'articolo F del Trattato di Maastricht – ora articolo 4 secondo paragrafo del TUE). Fondamentale in questo senso LEGRAND, *Against a European Civil Code*, *Modern Law Review* 1997, 44 ss.; e LEGRAND, *The same and the different*, in LEGRAND, MUNDAY (a cura di), *Comparative Legal Studies. Traditions and Transitions*, Cambridge 2003, 240 ss.

[37] SCHMIDT-KESSEL, *Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft* 2019, 7, 9.

[38] V. SCHMIDT-KESSEL, *Masami Okino* e *Osamu Kasai/Iei Sen*, in (a cura di), *Hikaku Mimpogaku no Shoraizo (Il futuro del diritto privato comparato) – Festschrift per Takashi Oka* in occasione del suo 70° compleanno, Tokyo 2020, 319-365.



come gli accessori (eventualmente anche immateriali), le istruzioni o i servizi connessi o inclusi (non sempre digitali).

Anche per quanto riguarda i tipi di contratto, si assiste ad un passaggio generale dall'avere all'usare [39], ossia ad un aumento significativo dell'importanza dei *Gebrauchsüberlassungsverträge*, quindi dei contratti di godimento, nonché dei vari tipi di contratti di servizio. Ciò si spiega perché i modelli di *business* si stanno spostando: chi di noi compra ancora CD musicali o DVD cinematografici? In generale, mancano strutture consolidate e generalmente accettate per l'organizzazione dottrinale ordinata delle obbligazioni continuative a tempo determinato o indeterminato. Se anche i contratti di vendita si trasformano in obbligazioni continuative a causa della "fine del trasferimento del rischio", questo non dovrebbe essere trascurato in quanto chiaro segnale di un profondo cambiamento strutturale nel diritto contrattuale.

A ciò si aggiunga l'aumento di nuove forme di controprestazione, come i pagamenti al di là dell'economia del denaro, ossia con i dati personali e la pubblicità [40]; e, associato a questo, l'emergere di nuove necessità di controllo dei prezzi per evitare fallimenti del mercato (ad esempio, posto che i nostri dati personali sono troppo economici, il legislatore europeo sta già reagendo con un controllo dei prezzi dei dati personali e non-personali per i mercati secondari, v. art. 9 Proposta del *Data Act* [41]); così come l'aumento dell'importanza dei processi co-creativi al di là delle classiche aspettative di partecipazione della *mora credendi* ed i dubbi sul sinallagma che stanno nascendo con questo. Infine, la relatività dei rapporti obbligatori non ne uscirà indenne, perché si stanno affermando sempre più modelli commerciali multilaterali. I mercati dei contenuti digitali, ad esempio, difficilmente possono essere compresi in modo bilaterale anche al di fuori dell'intervento della regola dell'esaurimento per quanto riguarda le catene di licenze; e lo stesso vale per i mercati secondari dei dati, sia dei dati personali a causa dello *status* di protezione dei dati dell'interessato, sia dei dati non personali secondo i piani aggiuntivi della Commissione Europea nel *Data Act*. Tuttavia, la mappatura degli effetti di rete e degli ecosistemi, che costituiscono regolarmente la base di nuove forme di creazione di valore, nei contratti bilaterali è stata finora difficilmente raggiunta. L'organizzazione della responsabilità e dell'allocazione del rischio per la cattiva condotta di altri utenti, ad esempio, è solo agli inizi.

Sì, il mondo del diritto dei contratti sta cambiando radicalmente perché i modelli di *business*, l'organizzazione del valore e le catene di fornitura e di creazione di valore stanno subendo un cambiamento radicale [42]. La recente legislazione europea e le proposte pendenti della Commissione Europea tracciano una mappa di questo processo emergente. Noi civilisti continentali, con i nostri sistemi progettati per la completezza, siamo sempre in grado di sviluppare soluzioni sulla base delle nostre grandi codificazioni *lege artis* e *de lege lata* [43].

Ma siamo onesti con noi stessi: noi civilisti non siamo molto preparati a queste sfide. Ciò è emerso, non da ultimo, dalla frenesia delle domande di finanziamento di progetti e conferenze sul diritto civile della sostenibilità e sul diritto civile della digitalizzazione. Infine, il susseguirsi della legislazione europea in materia di diritto contrattuale – sorprendentemente senza grandi resistenze politiche – ci dimostra quanto spazio la dottrina del diritto privato europeo lasci alla politica per plasmare il cambiamento del diritto contrattuale.

---

[39] SCHMIDT-KESSEL, *Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft* 2019, 7, 9 ss.

[40] SCHMIDT-KESSEL, *Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft* 2019, 7, 19 ss.

[41] Proposta di Regolamento riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati), COM(2022) 68 final.

[42] Per una maggiore connessione allo sviluppo del mercato anche CAMARDI, in *Jus Civile*, 2021, 870, 876.

[43] In particolare, per quanto riguarda le conseguenze della digitalizzazione sul sistema del diritto contrattuale, più recentemente, v. CAMARDI, *op. cit.*, 870 s.



Di conseguenza, il risultato sarà probabilmente il prossimo ciclo di "puntinismo" europeo della legislazione, in cui le principali codificazioni nazionali, così come le dottrine nazionali, con il loro ricco tesoro dottrinale ed esperienziale, giocheranno solo un ruolo minore. Rimarranno limitati ai casi – sistematicamente controllati dall'esterno – di applicazione residuale.

6. – Ma se così è, c'è spazio anche per la codificazione? E c'è spazio per una codificazione europea? Certamente non alla maniera dell'800 del '900. Ma questo non significa che non sia possibile cercare fondamenti dogmatici comuni alla legislazione europea progressiva, sistematizzarla guidati da principi di base e, quindi, comprenderla e svilupparla meglio [44]. E perché dovremmo lasciare questo compito solo a Bruxelles e al Lussemburgo? Non siamo noi stessi abbastanza privatisti, civilisti e dogmatici, per riassumere i testi esistenti in modo degno di codificazione [45]?

Ma non dobbiamo farci illusioni: una codificazione di questo tipo non sarebbe mai in grado di soddisfare la pretesa di completezza di un Codice civile, di un ABGB, di un *Code civil* o di un BGB [46], a meno che non abbandoniamo le nostre codificazioni nazionali a questo scopo, o non le apriamo in modo simile a quello che stiamo facendo in Germania – purtroppo necessariamente con fatica e dolore per i dogmatici classici – con il BGB dal 2002. Senza un'ulteriore significativa perdita di autonomia, non sarà più possibile raggiungere la completezza.

Non dobbiamo nemmeno illuderci di poter prendere come punto di partenza i nostri soliti concetti dogmatici. Questo continuerà a complicare la comprensione e la resa dei testi europei. Ricordo bene come ad un collega tedesco sia sfuggito il principio di colpa in una presentazione sul DCFR; il grado della responsabilità era una via di mezzo tra la responsabilità oggettiva, l'obbligo di diligenza e l'esonero per forza maggiore. A quanto pare, non era a conoscenza delle differenziazioni italiane e francesi tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi, motivo per cui nella discussione gli è stato fatto notare che il DCFR segue più o meno la soluzione francese con la differenziazione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato.

La dogmatica di una codificazione europea (presumibilmente solo settoriale) di quello che è un territorio nuovo anche per le nostre venerabili codificazioni deve piuttosto essere fatta dal basso, o *buttom-up*, con un neologismo ovviamente non solo tedesco. Dobbiamo sforzarci – come è stato proposto negli anni '80 del secolo scorso da Peter-Christian Müller-Graff ed eseguito soprattutto per il diritto dei consumatori prima del 2008 dall'*Acquis-Group* – di mostrare le connessioni, le contraddizioni ed i conflitti degli atti giuridici europei puntuali, di spiegarli alla luce del *telos*, del fine e dell'idea del mercato interno, di coordinarli e di riunirli.

Abbiamo noi bisogno di una nuova dogmatica propria dei nuovi sviluppi del diritto privato – una dogmatica 2.0, se vogliamo – e ne abbiamo bisogno a livello europeo e non a livello nazionale, né a livello di singole famiglie giuridiche. Noi privatisti e civilisti non lasciamoci sfuggire questo sviluppo aggrappandoci alla tradizione, ma costruiamo *ex novo* la nuova codificazione europea 2.0.

---

[44] V. di nuovo MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, cit., 2.

[45] Nella stessa direzione CAMARDI, *op. cit.*, 870, 872.

[46] E allo stesso modo, nessun mito fondativo sarebbe associato a una tale codificazione come al Codice civile del 1865 o al BGB del 1900, cfr. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, cit., 1.

JUS CIVILE



ERNESTO CAPOBIANCO

Professore ordinario di Diritto civile – Università degli Studi del Salento

THE NEW DEAL FOR CONSUMERS*

SOMMARIO: *1. Il nuovo diritto europeo del consumo: uno sguardo d'insieme. – 2. Il post-covid e l'accelerazione dell'esigenza di perseguire uno sviluppo sostenibile: il nuovo "sentire" sociale ed ecologico del consumatore. – 3. La rivoluzione digitale quale banco di prova delle tradizionali categorie civilistiche: adeguamento o ripensamento secondo nuovi paradigmi? – 4. Sul rapporto tra circolazione dei dati personali, contratti e consenso del consumatore: una tutela dai confini sempre più incerti.*

1. – Sono trascorsi quattro anni da quando la Commissione Europea, l'11 aprile 2018, presentava il pacchetto di misure dal titolo "*New Deal for Consumer*" [1], con un richiamo non troppo velato al precedente roosveltiano e con la stessa volontà di rottura con il passato. Dopo un periodo di silenzio, l'Unione Europea è tornata ad occuparsi dei consumatori e della loro tutela con il fine dichiarato di creare un mercato equo e sicuro per questi ultimi e per le imprese.

Come noto, l'urgenza degli interventi legislativi proposti è stata dettata dallo "stato di salute" del diritto dei consumi. Infatti, nonostante il diritto europeo disponesse, e continui a disporre, di alcune delle norme a tutela dei consumatori più rigide al mondo (si pensi, ad esempio, alla restituzione dei prodotti acquistati *online* entro 14 giorni, il cd. diritto di pentimento, alla previsione dell'inderogabilità della normativa) e, quindi, adeguate in via generale allo scopo, i risultati degli studi promossi dalla Commissione UE ne rivelavano l'inefficacia, determinata da una mancanza di consapevolezza e da una generalizzata sfiducia dei consumatori per l'insufficienza dei mezzi di ricorso in caso di danni. Basti pensare, senza andare lontano, allo scandalo "*Dieselgate*" [2] o all'utilizzo diffuso da parte delle banche di clausole negoziali vessatorie nei contratti di finanziamento ipotecari [3].

---

* Lo scritto riproduce, con l'aggiunta del sommario e delle essenziali note bibliografiche e con qualche aggiornamento normativo, il testo dell'introduzione ai lavori della seconda giornata del convegno su "*Mercato digitale e tutela dei consumatori. Prove di futuro*" tenutosi presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università del Salento il 17 e 18 giugno 2022.

[1] 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, disponibile al sito *eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1573718927782&uri=CELEX%3A52018DC0183*.

[2] Si fa riferimento al Provvedimento sanzionatorio n. 26137, adottato dall'AGCM in data 4 agosto 2016 nei confronti della Volkswagen Group Italia S.p.a. e della Volkswagen s.a. per l'avvenuto utilizzo di un software nella centralina di controllo del motore di taluni tipi di veicoli a marchio Volkswagen, Audi, Seat e Skoda in grado di far sì che il comportamento del veicolo fosse diverso durante i test di banco per il controllo delle emissioni inquinanti rispetto al normale impiego su strada. Lo stesso ha funzionato da *leading case* per l'avvio dell'azione di classe, definita – con clamoroso successo da parte dei consumatori – da Trib. Venezia con sentenza pubblicata in data 7 luglio 2021. Sulla questione, si veda S. VANINI, *Violazione di norme pubblicistiche di tutela ambientale da*



Alla ricerca di un difficoltoso bilanciamento tra effettività dei rimedi a tutela dei consumatori e corretto funzionamento del mercato, le proposte delle istituzioni europee si sono mosse su due fronti: l'uno esterno, relativo all'ampliamento della tutela giurisdizionale, con immediato e inevitabile riferimento allo strumento della *class action*, e l'altro interno alla contrattazione, orientata principalmente a rafforzare gli obblighi di informazione del mercato *online* [4].

Sostanzialmente, sono quattro le direttive che traducono gli obiettivi prefissati: "Direttiva sui contenuti digitali" 2019/770/UE e "Direttiva sulla vendita dei beni" 2019/771/UE, entrambe adottate nel maggio 2019 ed entrate in vigore il 1 gennaio 2022 [5]; Direttiva 2019/2161/UE, c.d. "*Omnibus*" [6], approvata il 27 novembre 2019 ed entrata in vigore il 7 gennaio 2020, a tutela degli interessi economici dei consumatori, che riforma in particolare, anche sotto più profili di diritto sostanziale, la Direttiva sulle pratiche commerciali sleali (2005/29/CE) e la Direttiva c.d. *Consumer Rights* (2011/83/UE); infine, la Direttiva 2020/1828 sulla *class action* europea, recepita in Italia con d.lgs. n. 28 del 10 marzo 2023 [7]. Tutte sono accomunate dalla dichiarata esigenza del legislatore europeo di raggiungere un livello di armonizzazione c.d. "massima".

L'intento era, di certo, dei migliori: evitare la frammentazione giuridica scaturita dal margine di discre-

---

parte del produttore e difetto di conformità al contratto del bene consegnato al consumatore: la Corte di Giustizia UE e il Caso «Dieselgate» (C. Giust. UE 14 luglio 2022, in causa c-145/20, Porsche Inter Auto e Volkswagen), in *Riv. dir. civ*., 2023, 166 ss.; F. Bertelli, *Profili civilistici del* «Dieselgate», Napoli, 2021; R. Caponi, *Ultime dall'Europa sull'azione di classe (con sguardo finale sugli Stati membri e il Dieselgate)*, in *Foro it.*, 2019, V, c. 333; I. Garaci, *Il Dieselgate. Riflessioni sul private e public enforcement nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. ind*., 2018, 61 ss.

[3] Una panoramica sull'ampio tema, per tutti, viene offerta da F. Giacomo Viterbo, *Il controllo di abusività delle clausole nei contratti bancari con i consumatori*, Napoli, 2018; Id., *Le clausole vessatorie*, in E. Capobianco (a cura di), *I contratti bancari*, Milano, 2021, 360 ss.

[4] Come nota correttamente A. Cilento, New deal *per i consumatori: risultati all'altezza delle ambizioni?*, in *Contr. impr.*, 2019, 1195 ss.

[5] Recepite in Italia rispettivamente con i d.lgs. n. 170/2021 (dir. 771) e n. 173/2021 (dir. 770), del 25 e 26 novembre 2021. Entrambi i decreti apportano modifiche al codice del consumo, d.lgs. n. 205/2006. Il primo interviene sugli artt. da 128 a 135 e li novella totalmente aggiungendo, inoltre, gli artt. 135-*bis* e 135-*septies*. I temi toccati spaziano dalla stessa definizione di "bene di consumo", alla conformità, agli obblighi del venditore e condotta conseguente del consumatore, sino alla responsabilità del primo ed ai rimedi in favore del secondo. Il secondo introduce il nuovo Capo I-*bis* nel Titolo III della Parte IV del Codice del Consumo, rubricato "Dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali" (artt. 138 *octies*-138 *vicies*), individuando specifici obblighi del professionista, sue responsabilità e rimedi a favore del consumatore per la mancata fornitura o per i difetti di conformità di questi specifici ed innovativi beni di consumo.

[6] In tema, G. Versaci, *Le tutele a favore del consumatore digitale nella "Direttiva* Omnibus*"*, in *Pers. merc*., 2021, 583 ss.; C. Granelli, *Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della Dir. 2019/2161/UE*, in *Contr*., 2021, 49 ss.; G. Smorto, *La tutela del contraente debole nella* platform economy *dopo il Regolamento UE 2019/1150 e la Direttiva UE 2019/2161 (c.d.* Omnibus*)*, in V. Falce (a cura di), Fairness *e innovazione nel mercato digitale*, Torino, 2020, 49 ss.; L. Guffanti Pesenti, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi nuovi. La difficile trasposizione dell'art. 3, co. 1, N. 5), dir. 2019/2161/UE*, in *Europa dir. priv*., 2021, 635 ss.; I. Speziale, *La Dir. 2019/2161/UE tra protezione dei consumatori e promozione della competitivitá sul mercato unico*, in *Corr. giur*., 2020, 441 ss.

[7] Il decreto di attuazione verrà applicato a partire dal 25 giugno 2023. Con riferimento all'evoluzione giuridica, ai differenti aspetti tecnici che qualificano la direttiva in questione ed alle sue ricadute nel codice del consumo italiano, si rinvia a A. Bellelli, *Riflessioni critiche sull'azione inibitoria collettiva nella nuova formulazione introdotta nel codice di procedura civile*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2021,429 ss.; M. Bona, *La direttiva UE 2020/1828 sulla tutela rappresentativa dei consumatori*, in *Giur. it*., 2021, 254 ss.; G. De Cristofaro, *Azioni "rappresentative" e tutela degli interessi collettivi dei consumatori. La "lunga marcia" che ha condotto all'approvazione della dir. 2020/1828/UE e i profili problematici del suo recepimento nel diritto italiano*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2022, 1010 ss.; F. Auletta, *L'azione rappresentativa come strumento di tutela dei diritti*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2022, 1670 ss.; F. Astone, *Le transazioni concernenti i risarcimenti (art. 11 dir. 2020/1828/UE)*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2022, 1088, ss.; E. Camilleri, *La dir. 2020/1828/UE sulle azioni rappresentative e il "sistema delle prove". La promozione dell'interesse pubblico attraverso la tutela degli interessi collettivi dei consumatori: verso quale modello di* enforcement*?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1054 ss.; E. Minervini, *L'azione inibitoria nella dir. 2020/1828/UE*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2022, 1377 ss.



zionalità lasciato agli ordinamenti nazionali nella scelta dei mezzi di tutela da accordare al consumatore e consentire lo sviluppo del mercato interno, facilitando e uniformando le condizioni di scambio commerciale tra Stati membri.

Il risultato raggiunto, forse, un po' meno e le sbavature abbastanza evidenti.

L'intervento di modernizzazione delle disposizioni esistenti correva lungo due direttrici: la sostenibilità, *in primis* ambientale, e la digitalizzazione. Il consumatore da tutelare, infatti, si muoveva in un contesto differente rispetto ai primi interventi europei sul diritto dei consumatori e, soprattutto, con una diversa consapevolezza e sensibilità. In questi anni le politiche europee riflettevano il perseguimento degli obiettivi dell'Agenda ONU 2030 nell'ottica di uno sviluppo sostenibile. Accanto al "*New Deal*" per i consumatori, la Commissione Europea proponeva un pacchetto di riforme denominato "*Green Deal*" per contrastare il cambiamento climatico e raggiungere la neutralità da emissione di CO2 entro il 2050 (Accordi di Parigi-2015). Pochi anni prima, nel 2015, la Commissione gettava le fondamenta della trasformazione digitale con la comunicazione dal titolo "*A Digital Single Market Strategy for Europe*", illustrando la strategia per il periodo 2015-2019 anche alla luce della vertiginosa ascesa del commercio digitale e delle conseguenti richieste di regolamentazione.

Date queste premesse, occorre, allora, verificare, a distanza di tempo quale sia stata la portata della riforma europea sul diritto dei consumi, quale concetto di consumatore fa emergere ma, soprattutto, quali i problemi irrisolti e le incongruenze, alla luce delle nuove sopravvenienze.

2. – Si deve constatare come l'evento inaspettato della pandemia da Covid-19, intervenuta nelle more dell'entrata in vigore di tali Direttive, ne abbia rallentato il recepimento. Allo stesso tempo, proprio le ricadute trasversali che la stessa ha generato su tutti gli aspetti della vita dei soggetti di diritto – persone fisiche e giuridiche –, impattando con forza sui rapporti privatistici (di consumo e di impresa), hanno rappresentato l'occasione per ricreare un tessuto normativo attento alla persona ed ai suoi bisogni, tale da coniugare economia, ambiente, sociale, tecnologia, sempre in un'ottica di tutela.

Se in un primo momento la regolazione europea del mercato si conformava all'adozione di norme civilistiche che lo rendessero unico, stabile ed efficiente, oggi tutto il sistema va ripensato alla luce dei cambiamenti, acuti e cronici, recenti; questi, per essere affrontati con efficienza, esigono il perseguimento di un modello sostenibile a trecentosessanta gradi, la cui disciplina deve necessariamente distaccarsi dalla tradizionale struttura normativa pro-concorrenziale. Vi è, infatti, una discontinuità tra sostenibilità e concorrenza laddove la prima non risponde a una logica di correzione dei fallimenti del mercato, bensì adotta un approccio orientato a una "missione", quale è la costruzione di un'economia più inclusiva e sostenibile. Tale differenza spiega perché diversi istituti classici della regolazione concorrenziale – su tutti l'informazione – debbano essere ripensati e diversamente modellati.

In questo quadro prospettico l'atto di consumo assume una valenza differente. Gli interessi dei consumatori che stanno alla base dello stesso si fanno complessi. Dalle loro preferenze emerge una rinnovata coscienza sociale ed ambientale che si tramuta in scelte non più solo dettate da logiche egoistiche di breve periodo e, di riflesso, influenza anche le politiche degli operatori economici. Dall'*homo oeconomicus* all'*homo oecologicus*, e direi anche *socialis* nell'accezione di soggetto attento alle ripercussioni ed alle esternalità sull'ambiente e sui terzi dei propri consumi [8]. Un cambiamento nel sentire di cui, anche se parzialmente, il legislato-

[8] C. MIGNONE, *Consumer Rights to support Europe's Green and Digital Transitions. Towards Sustainable Consumer Law*, in *An-*



re europeo si accorge e prende atto. Lo fa attraverso l'incentivo nel *New Deal* al consumo sostenibile, lo accenna nel concetto di "conformità sociale" del prodotto [9] nella Direttiva 771/2019 e lo manifesta nel piano NGEU (*Next Generation EU*) spostando enormi capitali nel perseguimento della transizione ecologica.

3. – Nella stessa misura (o quasi), l'Unione Europea promuove la transizione digitale con investimenti in tecnologie, infrastrutture e processi digitali [10]. D'altronde, rispetto ai tempi del Rapporto *Bruntland*, il concetto di sostenibilità, di per sé già fumoso, si è evoluto ed arricchito. Non esiste una sola sostenibilità ma molteplici sostenibilità [11], tra le quali spicca quella digitale, intesa come modalità con cui si dovrà sviluppare la tecnologia digitale affinché contribuisca alla creazione di un mondo migliore, sia rispetto alla sua natura, sia rispetto al suo ruolo strumentale verso ambiente, economia e società [12]. A riprova di quanto detto, la singolare complementarietà che è andata consolidandosi tra il Covid-19 e le reti telematiche, ulteriore tassello nella "digitalizzazione di una società" che vede l'*homo digitalis* assumere il ruolo di protagonista del cambiamento. E non poteva essere altrimenti. Il *lockdown* del mondo reale ha spostato la vita quotidiana in tutte le sue manifestazioni sulle reti sociali, imponendo l'uso delle piattaforme digitali quale normale strumento per proseguire le attività lavorative, di studio, di socializzazione, di svago, ecc.

Le nuove tecnologie hanno trasformato la contrattazione e il consumo, così come l'economia e la società nel suo insieme. Il diritto, quindi, in particolare quello contrattuale, ha dovuto tenere il passo con la rivoluzione digitale, in un'ottica di certezza giuridica nelle relazioni negoziali e di protezione dei dati personali.

---

nali SISDiC, 2022, 141 ss., per una revisione critica del mito dell'*homo oeconomicus* alla luce della complessità degli interessi che muovono i soggetti del mercato. Ma già per un superamento della prospettiva meramente economica P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, Napoli, 2020, 237 ss.; nonché L. MEZZASOMA, *Il consumatore ed il professionista*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA, S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, 13 ss.; E. CAPOBIANCO, *Art. 1*, in ID., L. MEZZASOMA, G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2019, 3 ss.

[9] Di cui già parlava A. PLAIA, *La garanzia convenzionale nella vendita al consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 10155 ss.; ma anche 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 tema di conformità del prodotto, la Direttiva 2019/771/UE 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. In particolare, la durabilità è presentata quale requisito oggettivo di conformità, di guisa 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 non essere letto come rimedio che invoglia al riutilizzo e, quindi, alla gestione accorta delle risorse (A. BARENGHI, *Osservazioni sulla nuova disciplina nella vendita di beni di consumo*, in *Contr. impr.*, 2020, 806 ss.; M. BEGHINI, *I rimedi della riparazione e della sostituzione nella Direttiva 2019/771/UE*, in T. DALLA MASSARA (a cura di), *La vendita di beni mobili*, Pisa, 2020, 323). D'altro canto, però, non può 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 (*repair*) sia espressamente qualificata come "*a inherently sustainable remedy*" ("un rimedio intrinsecamente sostenibile"). Peraltro, oltre a non avere previsto una preferenza della riparazione rispetto alla sostituzione, il legislatore europeo, in modo forse inconsapevole, ha addirittura ridotto gli spazi del ripristino della conformità (e, quindi, quelli della possibile riparazione), introducendo delle ipotesi in cui il difetto di conformità fa sorgere per il consumatore il diritto di chiedere direttamente la riduzione proporzionale del prezzo o la risoluzione del contratto di vendita.

[10] Sulla rivoluzione digitale si veda C. PERLINGIERI, L. RUGGERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, *passim*; A. QUARTA, G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Firenze, 2019, *passim*.

[11] Come sostiene R. LENER, *Sostenibilità ESG e attività bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, 6 ss., «"Sostenibilità" è un lessema complesso, molto (ab)usato dalle fonti di produzione normativa, di *hard law* come di *soft law*, interne e internazionali».

[12] Di sostenibilità digitale parla A. QUARANTA, *Digitale e ambiente: strumenti di sostenibilità (al plurale)*, in *Amb. svil.*, 2021, 122.



Tuttavia, il mondo digitale, dal quale non si può più prescindere, ed al quale va dato atto di aver consentito a tutti di conservare una parvenza di normalità nella fase emergenziale, non di meno genera nuovi rischi e, per questo, necessita di una regolamentazione incisiva che mantenga al centro e tuteli la persona in carne ed ossa che si pone al di là dello schermo.

L'obiettivo non è di facile conseguimento.

La progressiva crescita dell'economia digitale mette in discussione i tradizionali equilibri del diritto privato. Ciò soprattutto in ragione della sinergia, senza precedenti, tra aree del diritto da sempre considerate come distinte, dove la disciplina della protezione dei dati personali si interseca con quella che regola la circolazione degli stessi ed il diritto dei contratti interagisce sempre più con il diritto d'autore.

D'altronde, che il contesto digitale imponga una rimeditazione delle tradizionali categorie civilistiche, al fine di ricostruire di volta in volta un compiuto regime giuridico, appare scontato. Altrettanto pacifico che la regolamentazione del mondo digitale, al fine di raggiungere un efficientamento del mercato, guardi al consumatore in quanto ultimo anello di una catena distributiva e fattore critico e incentivante per il miglioramento dell'offerta e della competitività, tanto delle imprese quanto del mercato. Ma, soprattutto, in quanto contraente debole di un rapporto contrattuale in rapida evoluzione.

A tal proposito, si pensi all'informatizzazione del negozio giuridico – iniziata con la contrattazione *online* nel commercio elettronico – che sta imponendo un ripensamento dell'istituto del contratto così come finora conosciuto [13]. L'ultima rivoluzione tecnologica in questo campo è offerta dalla piattaforma *blockchain* per il cui tramite la gestione del rapporto contrattuale, dalla conclusione all'esecuzione, è affidata a un *software*. «Il contratto è in grado, non solo di concludersi in maniera automatica al ricorrere di specifici presupposti predeterminati dalle parti, ma di essere altresì eseguito secondo modalità rigidamente automatizzate» [14]. Nei

[13] Sulla definizione di "contratto telematico" si veda, G. PERLINGIERI, *Le nuove tecnologie e il contratto*, in AA.VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2011, 275 ss., il quale lo distingue dalla differente categoria del "contratto ad oggetto informatico o contratti d'informatica", caratterizzato dal fatto che oggetto del contratto siano prodotti informatici. Si veda, altresì A.C. NAZZARO, *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, in *Inf. dir*., 2010, 7 s. Sugli esordi della informatizzazione del contratto si veda, R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, Giuffrè, 1985, *passim*; G. FINOCCHIARO, *I contratti informatici*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ*., diretto da Galgano, XXI, Cedam, 1997, *passim*.; così anche A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997, 1 ss., che già sosteneva l'emersione di una nuova stagione del contratto dovuta alla rapida diffusione della rete che permetteva di affiancare, ai negozi tradizionali le operazioni economiche virtuali. L'apparizione nel lessico giuridico di locuzioni quali "contratto informatico", "contratto elettronico", "contratto virtuale", "*cybercontratto*", con accezioni semantiche non sempre puntuali ed univoche, a volte utilizzate in maniera indistinta come fossero fungibili, è sinonimo delle difficoltà di definizione e di inquadramento di simili fenomeni con cui il giurista ha dovuto misurarsi e che vanno a comporre la "categoria transtipica dei contratti delle nuove tecnologie" (E. TOSI, *Contratti informatici, telematici e virtuali. Nuove forme e procedimenti formativi*, Milano, 2010, XII).

[14] A. MUSIO, *La storia non finita dell'evoluzione del contratto tra novità tecnologiche e conseguenti esigenze di regolazione*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2021, 233. In tema, senza pretesa di completezza, anche I. FERLITO, «Smart Contract». *Automazione contrattuale ed etica dell'algoritmo*, in *Comp. dir. civ*., 2020, 661 ss.; S.A. CERRATO, *Appunti su* smart contract *e diritto dei contratti*, in *Banca borsa tit. cred*., 2020, 370 ss.; B. CAPPIELLO, *Dallo "*smart contract" computer code *allo* smart (legal) contract. *I nuovi strumenti (para) giuridici alla luce della normativa nazionale e del diritto internazionale privato europeo: prospettive* de jure condendo, in *Dir. comm. int*., 2020, 477 ss.; P. CUCCURU, Blockchain *ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli* smart contract, in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, 107 ss.; D. DI SABATO, *Gli* smart contracts: robot *che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. impr*., 2017, 378 ss.; G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2018, 441 ss.; G. LEMME, Blockchain, smart contracts, privacy, *o del nuovo manifestarsi della volontà contrattuale*, in E. TOSI (a cura di), Privacy *Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice* Privacy, Milano, 2019, 297 ss.; R. PARDOLESI, A. DAVOLA, «Smart contract»: *lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia*, in *Foro it*., 2019, 195 ss.; G. SALITO, *voce* «Smart contract», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV ed., Torino, 2019. 393 ss.; F. DI GIOVANNI, *Attività contrattuale e intelligenza artificiale*, in *Giur. it*., 2019, 677 ss., il quale sostiene che le relazioni contrattuali che sorgono a mezzo di sistemi di intelligenza artificiale «paiono non aver alcun bisogno della legge per esistere e per produrre i propri risultati, e si atteggiano, perciò, come vicende che non sono poste sotto l'egida del sistema giuridico ma ne prescindono».



cc.dd. *smart contracts*, strutturati secondo la logica "*If-Then*", tutta la procedura negoziale è rimessa ad un programma elettronico, senza che tra le parti vi sia uno scambio di dichiarazioni verbali o un contatto fisico e diretto, con il conseguente problema di imputabilità alle parti della manifestazione di volontà e di verifica della sussistenza di vizi del consenso.

Ovviamente esistono diversi livelli di automatismo, almeno con riguardo al momento perfezionativo: dalle forme più semplici, rispetto alle quali la volontà è facilmente riconducibile ai contraenti (esempio: le parti fissano delle condizioni al verificarsi delle quali un *software* farà in modo di concludere un certo affare), ad ipotesi in cui i parametri necessari al perfezionamento del contratto sono totalmente affidati all'elaborazione di un sistema automatizzato in grado di valutare l'opportunità di concluderlo o meno. In quest'ultimo caso, il contratto si definisce "artificiale", nel senso che «la stessa emersione della volontà di stipulare è frutto di una sintesi automatizzata di dati ad opera di un *software* progettato per apprendere il significato degli impulsi offerti dai contraenti» [15].

Di certo, non serve evidenziare come tali forme di contrattazione algoritmica (e non manca chi nega la qualifica di "contratto" alle stesse in favore di una definizione di "mera modalità esecutiva e di gestione del negozio") [16], pur velocizzando la negoziazione e limitando i rischi di sopravvenienze, siano potenzialmente lesive di ulteriori interessi meritevoli di tutela [17]. Basti pensare all'incapacità degli algoritmi [18] di gestire operazioni negoziali complesse e di valutare parametri e clausole generali come la buona fede, l'equità, la correttezza, la colpa che, per loro stessa natura, hanno una portata indefinita ma definibile solo nel caso concreto. I contraenti non sono più "liberi" di non adempiere perché l'adempimento è automatizzato. Il che è un bene ed un male allo stesso tempo perché se per un lato riduce massivamente le ipotesi di inadempimento "volontario", dall'altro sottrae autonomia – e, quindi, anche il diritto a sciogliere il vincolo contrattuale – alla parte.

Inoltre, l'elevato tecnicismo dovuto al linguaggio informatico, in assenza di una adeguata alfabetizzazione delle parti coinvolte, potrebbe minare il loro consenso o, peggio ancora, della parte debole del rapporto, incapace di comprendere la tecnicità elevata del linguaggio e della stessa procedura [19].

Una esecuzione rigidamente predeterminata e interamente automatizzata del regolamento capace, per ciò solo, di prescindere del tutto dalla partecipazione umana è espressione di una sfiducia nei poteri dell'essere

---

[15] A. Musio, *La storia non finita dell'evoluzione del contratto tra novità tecnologiche e conseguenti esigenze di regolazione*, cit. 234.

[16] Cfr. M. Maugeri, Smart Contracts *e disciplina dei contratti – Smart Contracts and Contract Law*, Bologna, 2021, *passim*, la quale, offerta una puntuale descrizione di *Distributed Ledger Technologies*, *Blockchains* e *Smart Contracts*, si interroga sulla possibilità o meno di considerare questi ultimi, o alcuni di essi, come contratti *ex* art. 1321 c.c., a fronte di chi, al contrario, li qualifica come una vera e propria alternativa al diritto dei contratti.

[17] P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, Napoli, 2020, 85 ss., avverte che, al fine di ovviare a paventate violazioni di valori costituzionalmente garantiti «non è sufficiente adeguare le categorie giuridiche alle esigenze del mondo virtuale, ma sono necessarie congrue indicazioni costitutive di un ordine pubblico di valenza internazionale che governi sia i rapporti sostanziali sia i rimedi anche giurisdizionali». Non basta legiferare se la normativa non viene affiancata da una «cultura antropocentrica e solidale» fondata su di una adeguata e diffusa istruzione quale «antidoto alle distorsioni del fondamentalismo macchinico».

[18] In tema di algoritmi e le criticità che emergono nel loro rapporto con la protezione dei dati personali, si rinvia a F. Castagna, *Trasparenza algoritmica e validità del consenso al trattamento dei dati personali*, in *Resp. civ. prev*., 2022, 501 ss.; G. Finocchiaro, *Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, 1677 ss.; A. Astone, *Autodeterminazione nei dati e sistemi A.I.*, in *Contr. impr*., 2022, 429 ss.

[19] Sulla valenza attuale dei principi della chiarezza e comprensibilità del testo contrattuale sia consentito il rinvio, anche per ulteriori riferimenti, a E. Capobianco, *Il contratto dal testo alla regola*, Milano 2023, 96 ss.



umano (prospettiva desolante, sì, ma ci si chiede: "Chi c'è dietro gli algoritmi?" La risposta è "Sempre l'uomo, in questo caso l'uomo programmatore").

Per tali ragioni, non è raro imbattersi nelle affermazioni di coloro che riscontrano "frizioni" o insanabili aporie tra le regole del diritto privato e quelle degli *smart contracts*, i cui meccanismi sono in grado di entrare in contrasto con le discipline del diritto alla *privacy*, del diritto sui contratti o sulla tutela dei consumatori, della concorrenza, o con quelle sulla proprietà: rischio di cui si avvede il Parlamento europeo laddove sottolinea la «necessità di una regolamentazione adeguata degli aspetti di diritto civile e commerciale nel settore delle tecnologie di registro distribuito, comprese le *blockchain*»[20], con particolare riferimento proprio ai "contratti intelligenti". Gli aggiornamenti normativi, tuttavia, non possono limitarsi a disciplinare le "novità oggettive" degli strumenti digitali bensì devono estendere lo sguardo ai soggetti coinvolti, provvedendo a modernizzare quantomeno alcune delle previsioni europee a tutela dei consumatori. Tra queste ultime spicca la già richiamata Direttiva "*Omnibus*" il cui recepimento tardivo è costato all'Italia una procedura di infrazione per mancata adozione e pubblicazione nei termini. Il fine ultimo della stessa, infatti, è propriamente l'aggiornamento di un quadro normativo già consolidato ma diventato ormai obsoleto alla luce delle innovazioni tecnologiche degli ultimi anni.

In breve, oltre alla rimodulazione delle sanzioni previste dalla Direttiva sulle clausole abusive nei contratti (93/13/CEE) e quella sulla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori (98/6/CE), la *Omnibus* provvede ad ampliare il perimetro delle pratiche commerciali da considerarsi "scorrette" e, quindi, "vietate". Si pensi, ad esempio, all'introduzione del divieto di c.d. "doppia qualità" del prodotto, pratica commerciale consistente nel promuovere e pubblicizzare come identici, in differenti Stati membri, beni che hanno in realtà una composizione o delle caratteristiche significativamente diverse, creando di conseguenza consumatori di serie A e consumatori di serie B. O ancora, a tutta una serie di pratiche scorrette emergenti nel settore delle ricerche *online* e del mercato *online*: dal fornire risultati in risposta a una ricerca *online* del consumatore senza che sia chiaramente indicato ogni eventuale annuncio pubblicitario a pagamento; al rivendere ai consumatori biglietti per eventi in elusione di qualsiasi limite imposto riguardo al numero degli stessi; fino alla pubblicazione di recensioni di un prodotto come fossero inviate da consumatori che hanno effettivamente utilizzato o acquistato il prodotto, senza adottare sistemi di verifica della provenienza delle stesse, e così via.

---

[20] Parlamento Europeo, *RELAZIONE recante raccomandazioni alla Commissione sulla legge sui servizi digitali: adeguare le norme di diritto commerciale e civile per i soggetti commerciali che operano online*, 5 ottobre 2020, disponibile al sito *europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0177_IT.html*. In Italia, la legge 11 febbraio 2019, n. 12, di conversione con modificazioni del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 (cd. decreto Semplificazioni 2019), recante disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione, introduce nel suo art. 8-*ter*, commi 1 e 2, una definizione di "tecnologie basate su registri distribuiti" e "Smart Contract", laddove il secondo è qualificato come: «un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli *smart contract* soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto». La scarna normativa, dunque, riconosce la forma scritta ai *legal smart contracts*, lasciando ad Agid (Agenzia per l'Italia Digitale) il compito di emanare linee guida tecniche che ne determinino i requisiti di effettiva operatività. In sintesi, si richiede a questa di elaborare standard tecnici a cui far omologare le tecnologie *blockchain* al fine di produrre gli effetti giuridici della validazione temporale elettronica, in coerenza con la normativa europea e nazionale, così come le procedure di identificazione delle parti interessate da uno *smart contract*. L'Agenzia, tuttavia, non ha potuto (o voluto) dare formalmente corso all'invito del legislatore, avendo riscontrato nel corso della loro stesura alcune problematiche irrisolte relative al profilo giuridico di questo nuovo strumento tra le quali: la stessa definizione di *smart contract*, il valore legale delle informazioni memorizzate sui registri distribuiti, l'identificazione e gestione dei nodi e degli utenti e la conformità al GDPR. Auspica, di contro, l'emissione di una normativa primaria più di dettaglio, anche e soprattutto alla luce della imminente transizione digitale.



A fronte della sussistenza di una delle suddette pratiche, in un'ottica di tutela del consumatore, la Direttiva propone una più puntuale disciplina dei rimedi esperibili da quest'ultimo tra i quali: il risarcimento del danno e, se pertinente al contesto, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, ricercando sempre la proporzionalità ed effettività.

Di rilevo anche l'introduzione di nozioni aggiornate di "mercato *online*", "beni", "dato personale", "contenuto digitale", "servizio digitale", "funzionalità" e "interoperabilità", tutte riprese dalla Direttiva 2019/770 che punta ad «un livello elevato di protezione dei consumatori, al fine di instaurare un autentico mercato unico digitale, accrescere la certezza giuridica e ridurre i costi di transizione, in particolare per le piccole e medie imprese» [21]. Quest'ultima, in particolare, trova applicazione nei contratti con cui l'operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, al consumatore contenuti digitali o servizi digitali e il consumatore corrisponde, o si impegna a corrispondere, un prezzo, ovvero trasmette i propri dati personali al professionista come corrispettivo, ponendo in capo al primo obblighi quali, ad esempio, il rilascio di precise informazioni precontrattuali, ed in favore del secondo tutele come il diritto di recesso, o i rimedi per difetto di conformità del prodotto.

4. – Il richiamo esplicito della Direttiva 770/2019 ai dati personali del consumatore quale "allettante" merce di scambio tra lo stesso e l'operatore economico coinvolto nel rapporto, il quale si arroga il diritto di farne uso per fini da precisare, apre ad un altro tema scottante figlio della rivoluzione digitale: le modalità e di sfruttamento dell'enorme flusso di dati immessi ogni giorno nella rete dai consumatori. A cui, ovviamente, consegue il problema, di soluzione ancora più ardua, delle condizioni di rilascio del consenso da parte del titolare dei dati quale principale requisito che legittima la possibilità stessa di intraprendere una relazione contrattuale che implichi il trattamento di un dato personale.

Su queste premesse è impossibile non chiamare in causa l'applicazione della normativa di protezione dei dati personali, il Regolamento (UE) 2016/679, c.d. GDPR [22], la cui disciplina deve inevitabilmente contemperarsi con quella della Direttiva [23].

D'altronde, non è un mistero che la società digitale sia sempre più *data driven*, cioè dipendente dall'analisi di ingenti quantità di dati da cui estrarre informazioni rilevanti per gli operatori del mercato i quali, infatti, tendono spesso e sempre più a considerare queste ultime beni di valore comparabile al denaro. Così come è sempre più pacifico l'orientamento che riconosce il valore economico *de facto* delle informazioni personali,

[21] Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, in *eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT*. Per alcuni commenti sulla direttiva si rinvia a F. Ferretti, *La direttiva UE 2019/770: i dati personali quale corrispettivo nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali e le inerenti ricadute sul diritto della* privacy, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 1746 ss.; 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.; proprio sui profili rimediali, S. Romanò, *Profili comuni dei rimedi consumeristici nelle Direttive 2019/770/UE e 2019/771/UE*, in T. Dalla Massara (a cura di), *La vendita di beni mobili*, Pisa, 2020, 241 ss.

[22] A. Morace Pinelli, *La circolazione dei dati personali tra tutela della persona, contratto e mercato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 1322 ss.; N. Zorzi Galgano (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Padova, 2019; A. Mantelero, D. Poletti (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna*, Pisa, 2018; L. Califano, C. Colapietro (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017; F. Piraino, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2107, 369 ss.

[23] Sebbene, anche qui, in verità, la Direttiva abbia già previsto all'art. 3 par. 8 la prevalenza, in caso di conflitto, della disciplina di tutela del GDPR.



delle preferenze e degli altri contenuti generati dagli utenti-consumatori, in quella che viene definita la "patrimonializzazione dei dati personali" [24]. Diversamente, non è detto che il consumatore sia effettivamente consapevole del valore economico dei propri dati e anche nel caso in cui lo sia, sa bene che l'accesso ad un determinato servizio è obbligatoriamente condizionato allo sfruttamento degli stessi. In poche parole, egli esprime un consenso che più che spontaneo è indotto, manifestazione evidente dell'esistenza di uno squilibrio contrattuale. Ciò in quanto, nonostante la circolazione del dato personale sia principio centrale del GDPR e delle politiche europee, non vi è chiarezza su quale sia la natura e la struttura dello strumento giuridico attraverso il quale detta circolazione debba avvenire.

Sul tema del rapporto tra circolazione dei dati personali e contratto, almeno tre sono i fondamentali snodi concettuali da tenere in considerazione.

Il primo quesito, dirimente, ha una soluzione tutt'altro che scontata. Concerne l'*an* del contratto di circolazione del dato: se, cioè, sia concepibile la circolazione dei dati personali su base negoziale, e se, quindi, possano essere trasferiti, costituiti e regolati da un titolo contrattuale diritti aventi ad oggetto i dati personali [25].

La seconda e derivata questione attiene al *quomodo*: se tale eventuale contratto possa essere oneroso e, soprattutto, a prestazioni corrispettive. Di conseguenza, se il trasferimento o la costituzione di un diritto avente ad oggetto il dato (*rectius*: il suo trattamento) possa essere giustificato a titolo di corrispettivo della fornitura di beni o servizi [26].

---

[24] Già la Direttiva 770/2019/UE, nel considerando 24, ha rilevato che spesso la fornitura di contenuti o di servizi digitali «prevede che, quando non paga un prezzo, il consumatore fornisca dati personali all'operatore economico», e che pertanto anche in queste ipotesi debba essere riconosciuta l'applicazione delle tutele previste dalla direttiva stessa. Di conseguenza, l'art. 3, par. 1, della direttiva ne dispone l'applicazione non solo ai contratti di fornitura di contenuti o servizi digitali in cambio di denaro, ma altresì nel caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico. Sul tema della patrimonializzazione si veda, V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inf.*, 2018, 709 ss.; F. BRAVO, *Lo scambio di dati personali nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contr. impr.*, 2019, 43 ss.; A. ADDANTE, *La circolazione negoziale dei dati personali nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *Giust. civ.*, 2020, 890 ss.; I. SPEZIALE, *L'ingresso dei dati personali nella prospettiva causale dello scambio: i modelli contrattuali di circolazione*, in *Contr. impr.*, 2021, 602 ss.; R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contratti*, 2020, 760 ss.; A. DE FRANCESCHI, *Il "pagamento" mediante dati personali*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 1389; ID., *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, *passim*, proprio con riguardo alla possibilità di coniugare i paradigmi tipici del diritto delle obbligazioni con la disciplina della protezione dei dati. Lo stesso De Franceschi, il 18 ottobre 2022, in un intervento al seminario presso l'Università degli Studi del Salento, dal titolo "*La tutela della persona nei mercati digitali*", riprendendo l'ottica dei dati quale risorsa essenziale del mercato attuale, li ha definiti "*new oil*". Ha precisato, tuttavia, che sarebbe meglio rinominarli "*new sun*": il possibile riutilizzo degli stessi *ad infinitum* e sempre per fini diversi (e, alle volte, poco chiari) permette di associarli alle fonti rinnovabili "di energia". La natura patrimoniale del dato, sostenuta ormai pacificamente dalla dottrina, sembra traghettare il trattamento dello stesso «da una dimensione "morale" e di tutela di un diritto fondamentale ad una "negoziale" e di commercializzazione» di questo (come giustamente nota G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in *Dir. inf.*, 2020, 634).

[25] G. D'IPPOLITO, *op.cit.*, 22, premessa la struttura giuridica contrattuale di un accordo di questo tipo, si chiede a quale fattispecie di contratto possa corrispondere: una compravendita o un altro contratto con effetti reali, un contratto di godimento o un contratto *sui generis*, auspicando un intervento chiarificatore da parte del legislatore.

[26] In senso contrario ad una concezione del dato come controprestazione del servizio digitale si è espresso il Garante europeo o *European Data Protection Supervisor* che, nel suo parere sulla Direttiva 770/2019/UE sosteneva: «*The EDPS welcomes the intention of the legislator to make sure that the so-called "free services" are subject to same protection for the consumers when they do not pay a price for a service or content. However, personal data cannot be compared to a price, or money. Personal information is related to a fundamental right and cannot be considered as a commodity*» (EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, 14 March 2017).



La terza questione, in ultimo, concerne le condizioni di libertà e validità del consenso con riferimento alle tre discipline che su questo tema insistono: il consenso della parte contrattuale secondo la disciplina del contratto in generale, segnatamente quella codicistica; il consenso dell'interessato, così come ora disciplinato dal GDPR [27]; il consenso del consumatore così come disciplinato dalla normativa in tema di tutela del consumatore e pratiche commerciali scorrette (sia quella, generale, del Codice del consumo anche in conformità a quanto, da ultimo, stabilito dalla Direttiva 2019/2161/UE), sia quella specificamente dedicata ai contratti di fornitura di contenuti e di servizi digitali, Direttiva 2019/770/UE.

Se poi il servizio digitale offerto è un video gioco, il problema si acuisce perché, spesso, i consumatori coinvolti sono tra i più vulnerabili: i bambini o ragazzi per i quali il tema del consenso si fa ancora più delicato tant'è che il dibattito su eventuali misure di protezione preferenziali è ancora in corso.

A tal proposito una ricerca di *Federprivacy* del 2020 [28] ha rivelato che, su un campione di 500 "*app*" di giochi, liberamente scaricabili e adatte a bambini dai 3 anni in su (secondo la classificazione PEGI), il 94% raccoglie massivamente informazioni dei giovanissimi utenti profilando su larga scala i loro comportamenti *online* e trattando i loro dati personali in paesi che non offrono garanzie sul rispetto della *privacy*, violando anche l'obbligo previsto dal GDPR di nominare un *Data Protection Officer* per vigilare sul rispetto della *privacy*. I piccoli *videogamers*, divengono una vera e propria "miniera d'oro di dati" facilmente accessibile per gli operatori del settore [29].

Un fenomeno complesso, dunque, che vede da un lato la necessità di garantire la protezione dell'identità del consumatore, più sensibile ai cambiamenti della società e più consapevole del suo ruolo nel mercato, ma anche più esposto ai nuovi rischi, e dall'altro le esigenze proprie dell'attività di impresa e la liberalizzazione della circolazione dei dati personali.

Gli spunti di riflessione sono tanti, forse troppi. Per tale ragione, il dialogo su questi temi non può che qualificarsi come imprescindibile ed improcrastinabile.

---

[27] Per una disamina più approfondita sul tema del consenso e dei suoi requisiti, senza pretesa di completezza, si rinvia a S. PATTI, sub *art. 23*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice della* Privacy*)*, Padova, 2007, 542 ss.; A. FICI, E. PELLECCHIA, *Il consenso al trattamento*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003, 449 ss., per quanto concerne la fase *ante* GDPR; S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Riv. dir. civ*., 2001, 621 ss.; alcuni riferimenti post GDPR, F. CAGGIA, *Le condizioni per il consenso*, in R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della* Privacy *e* data protection, Milano, 2021, 205 ss.; G. RESTA, *Condizioni per il consenso*. Sub. *Art. 7*, in G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e normativa* privacy. *Commentario*, Milano, 2018, 77 ss.; D. POLETTI, *Le condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in *Giur. it*., 2019, 2783 ss.; L. SCUDIERO, *Il consenso come condizione di liceità*, in V. CASSANO, V. COLAROCCO (a cura di), *Il processo di adeguamento al GDPR*, Milano, 2018, 91 ss.

[28] FEDERPRIVACY, *App di giochi, a rischio la* privacy *dei bambini. La circolare sui minori e protezione dei dati personali*, 30 settembre 2020, in *federprivacy.org*.

[29] Recentemente in Francia la CNIL (*Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*) ha multato la società di videogiochi per *smartphone* "VOODOO" per violazione dell'art. 82 della legge sulla protezione dei dati francese, a seguito di una investigazione durata dal 2021 al 2022, dalla quale era emerso che nel momento in cui gli utenti scaricavano i videogiochi sul loro dispositivo, negando il consenso alla profilazione, la società ugualmente avviava il tracciamento *online* proponendo *banner* pubblicitari personalizzati; e ciò nonostante sullo schermo apparisse una finestra in cui veniva comunicato che il sistema di profilazione era stato disattivato (si veda, FEDERPRIVACY, *Francia: multa di 3 milioni di euro alla società di videogiochi che tracciava gli utenti anche quando negavano il consenso*, 25 maggio 2023, in *federprivacy.org*). Sul tema, F. GALLI, *La pubblicità mirata al tempo dell'intelligenza artificiale: quali regole a tutela dei consumatori?*, in *Contr. impr*., 2022, 919 ss.

JUS CIVILE



LUCIA BOZZI

Professoressa ordinaria di Diritto privato – Università degli Studi di Foggia

CRITICITÀ DELL'ADOZIONE E PROTEZIONE DEL MINORE. IL PROBLEMA DEL SEMI ABBANDONO PERMANENTE E LE SUE POSSIBILI SOLUZIONI

SOMMARIO: *1. Crisi dell'adozione e soluzioni riformatrici. – 2. Il problema del semi abbandono permanente e la soluzione/seduzione dell'adozione mite … e i suoi limiti. – 3. Adozione e (desiderio di) genitorialità. – 4. Protezione del minore e "valorizzazione" dell'affidamento. Il "prosieguo amministrativo".*

1. – L'adozione non è affatto un tema negletto nel dibattito attuale. Di adozione si parla anzi molto e da tempo, auspicandone con forza una riforma. Tuttavia, prima di ragionare in merito alla opportunità e, soprattutto, al contenuto di una eventuale riforma, sembra opportuno tentare di chiarire i termini della questione, partendo da una analisi, per quanto assai sommaria, della situazione "concreta". Con una premessa. Ogni intervento normativo in un ambito come quello della protezione del minore "sconta" – molto più che in altri settori, come per esempio il diritto dei contratti – il limite ontologico e quindi non emendabile della sua necessaria astrattezza. Il legislatore, in altri termini, non può che limitarsi ad indicare soluzioni generali, fondate su parametri valutativi inevitabilmente generici (come il superiore, o migliore, interesse del minore [1]) che poi il giudice dovrà declinare nel caso concreto, con una discrezionalità che non può essere solo tecnica ma (inesorabilmente) finisce con l'essere influenzata dalla sensibilità del giudicante e dal sentire sociale (che a sua volta influenzerà la sensibilità del giudicante). Le aspettative di una definitiva, o per lo meno ragionevolmente duratura, risoluzione in via legislativa dei molti problemi che attraversano gli strumenti a protezione del minore rischiano pertanto di rimanere deluse.

Dell'adozione, istituto ritenuto "in crisi" – sia per la progressiva e costante diminuzione dei minori adottabili come pure degli aspiranti genitori, sia per la ormai venuta meno corrispondenza dell'istituto al comune sentire sociale – si auspica, come detto, una riforma [2]. Il contenuto della stessa dovrebbe, tra l'altro, riguardare una estensione dei soggetti che possono richiedere di adottare, una apertura verso la c.d. adozione mite, uno snellimento della procedura. Per valutare la idoneità delle innovazioni proposte a risolvere (o almeno, attenuare la portata delle) ragioni di crisi appare necessario accennare, sia pure molto brevemente, a queste ultime.

In primo luogo occorre muovere dalla constatazione che il numero delle coppie di aspiranti genitori adot-

[1] Sul punto L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, 86 ss.

[2] E. QUADRI, *Verso una riforma dell'adozione?*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 3 ottobre 2016; A. MORACE PINELLI, *Per una riforma dell'adozione*, in *Fam.dir.*, 2016, 719 ss.



tivi, per quanto in diminuzione, risulta tuttavia ancora largamente superiore al numero di bambini adottabili. Rimuovere i "paletti" che impediscono a non coniugati (e quindi, implicitamente, alle coppie dello stesso sesso) o a persone sole di adottare può essere, volendo, giustificato ritenendo tali "paletti" ormai estranei alla morale sociale e non funzionali a garantire il miglior interesse del minore, non certo per colmare una carenza numerica di aspiranti adottanti che non consente a tutti i bambini adottabili di essere adottati. È vero che vi è comunque un significativo numero di minori collocati in comunità o presso affidatari, non di rado per periodi assai più lunghi dei 24 mesi normativamente previsti. Tuttavia, la permanenza del minore al di fuori del proprio nucleo familiare non può essere evitata ampliando la platea dei soggetti che possono adottare (anzi, probabilmente il divario tra bambini adottabili e richiedenti sarebbe destinato ad aumentare). Il minore, infatti, non è (nella grande maggioranza dei casi) in istituto (o in affidamento familiare) perché non c'è una coppia che abbia i requisiti di cui all'art. 6 della l. 183/1984 disposta ad adottarlo [3], ma perché non è adottabile. La permanenza, più o meno lunga del minore, al di fuori della "famiglia" potrebbe essere pertanto evitata soltanto modificando i criteri per dichiarare lo stato di adottabilità e, in particolare, solo obliterando il diritto del minore a vivere all'interno della *propria* famiglia.

Coerentemente con i *dicta* della giurisprudenza [4], anche europea [5], lo stato di adottabilità è infatti dichiarato solo laddove la famiglia d'origine, anche allargata, sia o totalmente assente (per esempio, in caso di bambini abbandonati alla nascita) o irreversibilmente e assai gravemente deficitaria e ciò possa avere ripercussioni sulla salute fisica e psichica del minore e compromettere la sua crescita armoniosa. Non assume rilievo in tale valutazione lo stato di indigenza della famiglia, che dovrebbe in tal caso essere supportata dai servizi [6]. Risulta tuttavia difficile credere che la valutazione stessa non sia, almeno in parte, influenzata anche (e

[3] A. Morace Pinelli, *op. cit*., 727, il quale sottolinea come, nell'interesse del minore, l'adozione del singolo costituisca alternativa preferibile al ricovero in istituto.

[4] *Ex multis*, Cass., 7 ottobre 2014, n. 21110; Cass., 18 dicembre 2015, n. 25526; Cass., 13 gennaio 2017, n. 782; Cass. 27 marzo 2018, n. 7559; Cass., 22 agosto 2018, n. 20954; Cass., 3 ottobre 2019, n. 24791; Cass., 13 febbraio 2020, n. 3643; Cass., 13 febbraio 2020, n. 3654; Cass., 25 gennaio 2021, n. 1476, "il giudice chiamato a decidere sullo stato di abbandono del minore, e quindi sulla dichiarazione di adottabilità, deve accertare la sussistenza dell'interesse del medesimo a conservare il legame con i suoi genitori biologici, pur se deficitari nelle loro capacità genitoriali, costituendo l'adozione legittimante un'"extrema ratio" cui può pervenirsi nel solo caso in cui non si ravvisi tale interesse"; Cass., 17 febbraio 2021, n. 4220; Cass., ord. 14 settembre 2021 n. 24727, "la seria disponibilità a prendersi cura del minore manifestata dai parenti entro il quarto grado (nella specie, i nonni) che abbiano instaurato e coltivato rapporti significativi con il bambino, può valere ad integrare il presupposto giuridico per escludere lo stato di abbandono, ove concretamente accertata e verificata". Nello stesso senso Cass.,15 dicembre 2021, n. 40308, per cui "Il prioritario diritto del figlio di vivere con i suoi genitori e nell'ambito della propria famiglia, impone particolare rigore nella valutazione dello stato di adottabilità dello stesso, ai fini del perseguimento del suo superiore interesse, potendo questo diritto essere limitato solo ove si configuri un endemico e radicale stato di abbandono, la cui dichiarazione va reputata, alla stregua della giurisprudenza costituzionale, della Corte Europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia, come "extrema ratio" a causa della irreversibilità incapacità dei genitori e dei parenti di allevarlo e curarlo per la loro totale inadeguatezza"; Cass., 4 maggio 2022, n. 14077, "In tema di accertamento dello stato di adottabilità, posto che il ricorso alla dichiarazione di adottabilità costituisce solo una "soluzione estrema", essendo il diritto del minore a crescere ed essere educato nella propria famiglia d'origine, quale ambiente più idoneo al suo armonico sviluppo psicofisico, tutelato in via prioritaria dall'art. 1 della L. n. 184 del 1983 il giudice di merito deve operare un giudizio prognostico teso, in primo luogo, a verificare l'effettiva ed attuale possibilità di recupero delle capacità e competenze genitoriali, con riferimento sia alle condizioni di lavoro, reddituali ed abitative, senza però che esse assumano valenza discriminatoria, sia a quelle psichiche, da valutarsi, se del caso, mediante specifica indagine peritale, estendendo detta verifica anche al nucleo familiare, di cui occorre accertare la concreta possibilità di supportare i genitori e di sviluppare rapporti con il minore, avvalendosi dell'intervento dei servizi territoriali".

[5] Corte Eur. Dir. Uomo, 21 gennaio 2014, *Zhou c. Italia*, ric. 3373/ 11; Corte Eur. Dir. Uomo, 16 luglio 2015 – Ric. n. 9056/14 – Akinnibosun c. Italia; Corte Eur. Dir.Uomo, 13 ottobre 2015, ric. 52557/14, S.H. c. Italia; Corte Eur. Dir. Uomo, Corte eur. dir. uomo, 20 gennaio 2022 – ric. n. 60083/19 – D.M. ed N. c. Italia.

[6] Secondo la chiara indicazione degli artt. 30 e 31 della Costituzione e dell'art. 1 della l. 4 maggio 1984, n. 183, secondo cui "2. Le condizioni di indigenza dei genitori o del genitore esercente la *((responsabilità))* genitoriale non possono essere di ostacolo al-



in maniera tutt'altro che trascurabile) da tale fattore, dal momento che i provvedimenti di allontanamento del minore fondati esclusivamente sul suo abbandono "morale" (al di là, ovviamente dell'ipotesi di violenza) sono più che rari, di "scuola".

Il provvedimento che decide la adottabilità o il collocamento in affido del minore si fonda su un giudizio prognostico. Il rischio di "smarrire" il *carpe diem* [7] e quindi la cura in concreto del minore, posticipando un intervento "più deciso", o *rectius* di fatto rischiando seriamente di precluderlo per sempre, posto che recidere il legame del minore con la propria famiglia diviene con il passare del tempo (e il conseguente intensificarsi dei rapporti) sempre più difficile, non è affatto meramente ipotetico [8]. Tuttavia sembra poco realistico immaginare che i giudici, anche laddove si tratti di un bambino molto piccolo e le carenze genitoriali e familiari appaiano assai significative e difficilmente reversibili, si pongano in contrasto con la giurisprudenza domestica ed europea ormai consolidata e scelgano di dichiararne l'adottabilità, a meno la situazione non appaia *ictu oculi* così grave da richiedere un provvedimento in tal senso. Più probabile un approccio ispirato alla "giustizia difensiva", che decida, comunque, di non recidere il legame del minore con la propria famiglia.

Per altro verso, la preferenza, che provocatoriamente si potrebbe definire "pregiudiziale", nei confronti della famiglia d'origine [9], nucleare e allargata [10], da un lato sembra smentire il ruolo assolutamente recessivo che si vuole talvolta assegnare alla famiglia biologica a favore di quella "sociale". Dall'altro, pone alcuni interrogativi sui parametri (o, se si preferisce, sui limiti) del giudice nel valutare l'interesse del minore in situazioni per c.d. problematiche, laddove cioè non vi sia trascuratezza da parte della famiglia d'origine, ma sem-

---

l'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia. A tal fine a favore della famiglia sono disposti interventi di sostegno e di aiuto".

[7] P. Morozzo della Rocca, *Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra CEDU e Corti nazionali*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2020, I, 835, "se la natura residuale dell'adozione dovesse essere intesa nel senso di non potervi ricorrere se non in presenza del danno grave e attuale, si rischierebbe di fare incancrenire contesti familiari nei quali sono già chiari sia il grave pericolo per lo sviluppo del minore ancora in tenera età, sia l'inidoneità dei genitori biologici, conferendo fama di virtù a lentezze e indugi che in realtà denotano un'assenza di responsabilità e una capacità di immedesimazione parziale (magari solo verso gli adulti) o assente. Insomma, il rischio è quello di smarrire il *carpe diem* e con esso la cura in concreto del minore, pur di essere fedeli a un protocollo che si fa sempre meno compatibile con la tirannia dei tempi del minore e delle sue fragilità".

[8] Il caso deciso da Corte Eur. Dir. Uomo,12 febbraio 2019 – Ricorso n. 63289/17 – Causa Minervino e Trausi contro Italia, per quanto concluso poi con una adozione, appare emblematico. La cronistoria: nel 2008 la famiglia è presa in carico dai servizi sociali, nel 2009 il Tribunale per i minorenni dispone il collocamento dei minori in una struttura idonea a causa delle difficoltà della famiglia, nel 2012 i minori sono affidati ai servizi sociali, nel luglio 2014, il Tribunale sospende la potestà genitoriale dei ricorrenti, conferma il collocamento dei bambini e incarica i servizi sociali di individuare delle famiglie affidatarie. Nel febbraio 2015 il Procuratore chiede una pronuncia di decadenza della potestà genitoriale dei ricorrenti e l'apertura della procedura per la dichiarazione dello stato di adottabilità dei bambini, nell'aprile 2015, il Tribunale conferma la sospensione della potestà genitoriale dei ricorrenti, nel luglio 2015, il Tribunale per i minorenni dichiara lo stato di adottabilità dei minori.

[9] Sul punto v. G. Ballarani, P. Sirena, *Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore (art. 315 bis c.c., inserito dall'art. 1, comma 8°, l. n. 219/2012)*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2013, 534 ss.; A. Finessi, *Adozione legittimante e adozione c.d. mite tra proporzionalità dell'intervento statale e* best interest of the child, in *Nuove leggi civ.comm*., 2020, 1343 ss.; M.C. Bianca, *L'interesse del minore alla propria famiglia: un interesse ancora in attesa di piena tutela*, in *The best interest of the child*, a cura di M. Bianca, Sapienza Università Editrice, 2021, 255 ss., il quale sottolinea come "il diritto del minore di crescere in famiglia sia un diritto della personalità, in quanto tutela un interesse essenziale dell'essere umano nel tempo della sua formazione, e come il legame con i genitori debba essere salvaguardato comunque fin che non s'imponga la tutela di un preminente interesse del minore, come l'interesse a non essere oggetto di violenza" (256). E. Quadri, *Una riflessione su "l'interesse del minore e il suo diritto a crescere in famiglia"*, *ivi*, 261 ss.

[10] Intesa, almeno, riferita ai parenti entro il quarto grado, così come implicitamente stabilito nella legge sull'adozione, che all'art. 9 prevede che solo chi non abbia questo grado di parentela e accolga il minore per più di sei mesi debba segnalarlo al Tribunale dei minorenni; sul punto v. M. Dogliotti, F. Piccaluga, *L'art. 8 della legge sull'adozione prima e dopo la riforma del 2001*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2003, 593 ss., par. 10.



plicemente si "educhi" il minore, beninteso guardando a quello che si ritiene sia il suo interesse, impedendogli alcuni comportamenti, per esempio la frequentazione di soggetti dell'altro sesso, non in sintonia con la tradizione culturale della famiglia d'origine.

Certamente, al di là di simili interrogativi, solo all'apparenza banali ma che in realtà intersecano il problema dei limiti della libertà educativa, la preferenza per la famiglia d'origine rende l'adozione piena strumento cui ricorrere solo come *extrema ratio*, laddove non sia altrimenti possibile garantire adeguata assistenza al minore [11]. Il giudice non potrà cioè dichiarare lo stato di adottabilità nelle situazioni – e sono quelle più frequenti – di c.d. semi abbandono permanente, cioè quando una famiglia, anche se carente e con capacità di accudimento insufficienti e/o altalenanti, vi sia. È il caso, per esempio, dei figli di tossicodipendenti o alcoolizzati, la cui vita è disseminata di tentativi più o meno fruttuosi di disintossicazione. Oppure di figli di genitori affetti da disturbi psichici lievi. Ci si potrebbe chiedere se a determinare lo stato di semi abbandono permanente anziché di adottabilità sia il legame tra il minore e la famiglia d'origine o la circostanza che le carenze di questa non sono giudicate irreversibili (talvolta con un ottimismo che porta a dubitare dell'effettivo realismo della scelta) o così gravi da rendere preferibile l'allontanamento definitivo del minore [12]. Probabilmente si tratta di circostanze che possono concorrere, fermo restando che sembra sufficiente a orientare la scelta del giudice verso la non dichiarazione dello stato di adottabilità anche la presenza di una sola di esse.

In questo quadro appare impossibile non notare il "disallineamento" che si determina, rispetto alla dichiarazione di adottabilità tra adozione (piena) nazionale e internazionale e che porta a interrogarsi sulla considerazione unitaria che tali "tipi" di adozione ricevono. Lo stato di adottabilità è infatti dichiarato nel paese d'origine del minore ed è indimostrabile che siano state almeno tentate misure assistenziali volte a favorire la permanenza del minore all'interno della propria famiglia d'origine (ed anzi, al contrario, pare ragionevole presumere che tali misure non siano state tentate). Soprattutto, in contesti culturali nei quali è predominante la nozione di famiglia "molto allargata" (e quindi l'abbandono totale piuttosto raro), è quasi inevitabile chiedersi se tale dichiarazione non sia, nella migliore delle ipotesi, influenzata da una comparazione con il benessere economico e le opportunità indubbiamente maggiori che potrebbe avere il minore adottato da una famiglia del "ricco mondo occidentale" [13].

---

[11] Cfr. sul punto v. M. Dogliotti, F. Piccaluga, *op. cit.*

[12] Sul punto P. Morozzo della Rocca, *op. cit.*, 831 ss.

[13] Corte Eur. Dir. Uomo,12 febbraio 2019 – Ricorso n. 63289/17 – Causa Minervino e Trausi contro Italia, cit., "la Corte rammenta che il fatto che un bambino possa essere accolto in un ambiente più favorevole alla sua educazione non può, di per sé, giustificare che venga sottratto di forza alle cure dei suoi genitori biologici. Un'ingerenza simile nel diritto dei genitori, riconosciuto dall'art. 8 della Convenzione, di godere di una vita familiare con il proprio figlio, deve risultare anche «necessaria» per altre circostanze". Così anche Cass., 25 gennaio 2021, n. 1476, ove in motivazione "L'adozione del minore – alla quale la dichiarazione dello stato di adottabilità è prodromica – recidendo ogni legame con la famiglia di origine, costituisce, dunque, una misura eccezionale cui è possibile ricorrere, non già per consentirgli di essere accolto in un contesto più favorevole, così sottraendolo alle cure dei suoi genitori biologici, ma solo quando si siano dimostrate impraticabili le altre misure, positive e negative, anche di carattere assistenziale, volte a favorire il ricongiungimento con i genitori biologici, ivi compreso l'affidamento familiare di carattere temporaneo, ai fini della tutela del superiore interesse del figlio". In dottrina C.M. Bianca, *op. cit.*, 257 "L'allontanamento del minore dalla propria famiglia è giustificato e necessario solamente quando egli si trovi in una situazione di abbandono, quando cioè non riceve dai suoi genitori o dai parenti tenuti a provvedervi l'adeguata assistenza morale e materiale. La mancanza della sola assistenza materiale non integra la situazione di abbandono e l'adozione o l'affidamento familiare di un minore che abbia con i genitori un significativo rapporto affettivo costituiscono violazione del suo diritto di crescere nella propria famiglia e sono pertanto, oltre che illegittimi, illeciti". Inevitabile qualche dubbio sulla applicazione di tali parametri alla dichiarazione di adottabilità quale presupposto della adozione internazionale.



2. – Tornando alla adozione "nazionale", è facile osservare che l'impostazione "bipolare" che vede da una parte l'adozione piena e dall'altra, ove non ne ricorrano i presupposti, come per esempio in caso di semi abbandono permanente, l'affidamento soffre di una certa rigidità [14] che, anche alla luce della recente sentenza della Consulta sulla adozione in casi particolari deve essere certamente ripensata [15]. In questa prospettiva è stata avanzata dalla dottrina la proposta, come sopra accennato, di "valorizzare" la c.d. adozione mite [16], una adozione cioè "giustificabile" sulla base dell'art. 44 della l. 183/1984 [17], che non recida il rapporto del minore con la famiglia d'origine [18].

Pur nella consapevolezza che sarebbe opportuno lasciare all'interprete l'onere di individuare gli strumenti nel caso concreto più appropriati a realizzare il miglior interesse del minore, senza "preferenze" precostitui-

---

[14] J. Long, I confini dell'affidamento e dell'adozione, in *Dir. fam*., 2007, 1432 ss., A. Finessi, *Adozione legittimante e adozione c.d. mite tra proporzionalità dell'intervento statale* e best interest of the child, in *Nuove leggi civ.comm*., 2020, 1343 ss.; E. Battelli, *Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza CEDU*, in *Dir. fam. e delle pers*., 2021, 838 ss., par. 2.; L. Lenti, *Diritto della famiglia*, in *Tratt. Dir. priv*. a cura di G. Iudica, P. Zatti, Milano, 2021, 1037 ss.

[15] Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, par. 5.2. "Al dato legislativo, che evoca i lineamenti di un istituto marginale e peculiare, è subentrata un'evoluzione del diritto vivente, che ha iniziato a valorizzare alcune specificità di tale adozione [adozione in casi particolari] e ad ampliarne gradualmente il raggio applicativo", cosicché l'adozione in casi particolari non può più considerarsi ipotesi eccezionale rispetto alla "preferibile" adozione piena.

[16] A. Morace Pinelli, *op. cit*., 727 ss.; F. Zanovello, *Semiabbandono e interesse del minore alla conservazione dei legami familiari. La Cassazione ribadisce il ricorso all'adozione "mite"*, in *Fam. Dir*., 2021, 597; S. Corso, *Sfumature applicative dell'adozione mite, tra conferma di una soluzione e attesa di un ripensamento*, in *Fam. Dir*., 2022, 246 ss.

[17] Il *leading case* è rappresentato da Trib. Min. Bari 7 maggio 2008, in *Fam. Dir*., 2009, 393, con commento di S. Caffarena, *L'adozione "mite" e il "semiabbandono": problemi e prospettive*. Diversa l'impostazione di Cass., 16 aprile 2018, n. 9373 e di Cass., 27 settembre 2013, n. 22292, ove in massima "In tema di adozione in casi particolari, il presupposto per l'adozione di cui all'art. 44, primo comma, lett. d), della legge 4 maggio 1983, n. 184, va individuato nella impossibilità di affidamento pre-adottivo, nozione che attiene solo all'ipotesi di mancato reperimento (o rifiuto) di aspiranti all'adozione legittimante, e non a quella del contrasto con l'interesse del minore, essendo le fattispecie previste dalla norma tassative e di stretta interpretazione". Decisamente "aperta" all'adozione mite "tramite il ricorso" all'art. 44 l. 183/1984, Cass. 25 gennaio 2021, n. 1476, per la quale "la pluralità di modelli di adozione presenti nel nostro ordinamento [impone] ormai … di valutare, di volta in volta, tenendo conto delle peculiarità del caso concreto, il ricorso al modello di adozione che non recida in toto i rapporti del minore con la famiglia di origine, piuttosto che il ricorso all'adozione "legittimante… la previsione di cui alla L. n. 184 del 1983, art. 44, lett. d), può, nei singoli casi concreti e previo compimento delle opportune indagini istruttorie, costituire un idoneo strumento giuridico per il ricorso alla cd. 'adozione mite', al fine di non recidere del tutto, nell'accertato interesse del minore, il rapporto tra quest'ultimo e la famiglia di origine". Osserva M. Renna, *Forme dell'abbandono, adozione e tutela del minore*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2019, II, 1372, "rispetto allo stato normativo domestico attuale, tali soluzioni per essere praticabili devono passare necessariamente da una riforma legislativa che – magari nel solco di quanto riconosciuto attraverso il diritto alla continuità affettiva con la l. 19.10.2015, n. 173 – perimetri una nuova modalità adottiva, circoscrivendone presupposti ed effetti". Anche C. Rusconi, *La continuità degli affetti nella disciplina dell'affidamento e dell'adozione. Significati, sistema e prospettive*, in *Jus online*, 2021, 144-145, evidenzia la problematicità della figura, infatti "Se è vero che l'art. 44 non richiede in assoluto lo stato di abbandono, questo presupposto è recuperato dal comma 1 lett. d), in modo implicito ma preciso, quando fa riferimento all'impossibilità di affidamento preadottivo. Nel sistema della l. 183/1984 la prospettiva dell'affidamento preadottivo si apre solo in esito alla verifica della adottabilità del minore. In realtà, nelle situazioni che sono riportate all'adozione mite, ciò che propriamente è "impossibile" non è il solo affidamento preadottivo, …, ma in radice la stessa adozione (piena), sicché se la legge avesse voluto ammettere l'applicazione in esame dell'art. 44, comma 1 lett. d), avrebbe dovuto semplicemente parlare di impossibilità di adozione (piena)". Anche E. Tuccari, *L'adozione non può essere sempre "mite"*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di C. Granelli, Milano, 2020, 155, ritiene indispensabile l'intervento del legislatore e rileva che "Si tratterebbe, com'è chiaro, di una riforma molto ambiziosa – volta ad invertire sostanzialmente anche il rapporto fra l'istituto (finora) generale dell'adozione "legittimante" e quello (finora) eccezionale dell'adozione "in casi particolari" nell'ambito del procedimento (in ogni caso, come si è visto, sistematicamente marginale) dell'adozione di minore – per aggiornare, potenzialmente sotto diversi profili, l'attuale dato normativo alla realtà dei nostri giorni".

[18] Per E. Quadri, *op. cit*., 12, "la conservazione di una qualche relazione personale con la famiglia di origine, nell'ottica di quella che viene indicata come adozione "aperta" (riecheggiante la c.d. *open adoption* dell'ambiente nordamericano), non [manca] di essere, già allo stato, caldeggiata addirittura con riferimento all'adozione "piena", evidentemente con analoghe – forse ancora più accentuate



te [19], riguardo alla idoneità della adozione mite a risolvere il problema del semi abbandono permanente sembra legittimo nutrire qualche dubbio [20].

È sin troppo semplice, infatti, rilevare che perché l'adozione mite abbia un esito soddisfacente è necessario che tutte le parti siano molto disponibili a collaborare tra loro, e che siano in grado di farlo (al di là della buona volontà) senza porsi in competizione [21]. È necessario cioè che la famiglia di origine, pur non recidendo ogni legame con il minore, ma anzi continuando ad avere con lui contatti, sia consapevole che il minore è figlio degli adottanti e non pretenda quindi di inserirsi in scelte educative che magari non condivide e men che meno che tenti di "accaparrarsi" la simpatia del minore prendendo le sue parti in caso di, forse inevitabili, contrasti tra questi e la famiglia adottante.

Uno scenario quasi idilliaco, ci si potrebbe chiedere quanto realistico, posto che un simile atteggiamento richiederebbe notevole lucidità, grande consapevolezza (delle proprie capacità, dei propri limiti e della propria inadeguatezza), profonda maturità. Qualità in generale non facili da rinvenire e che forse potrebbe essere illusorio aspettarsi nelle situazioni che danno origine al semiabbandono permanente del minore: tossicodipendenza, lievi disagi psichici ...

– esigenze di regolamentazione". Osserva U. SALANITRO, *L'adozione mite tra vincoli internazionali e formanti interni*, in *Corr. giur*., 2021, 1072-1073, che anche in caso di adozione piena il mantenimento del legame con la famiglia d'origine potrebbe essere realizzato "se si valorizza la regola posta a favore degli affidatari dall'art. 5-ter, L. n. 184/1983, introdotto con la riforma della L. n. 173/2015, la quale garantisce "la continuità delle positive relazioni socio affettive": tale regola, se posta testualmente a garanzia del rapporto con gli affidatari in caso di adozione a terzi o di ritorno alla famiglia di origine, non può che essere a fortiori riconosciuta ai familiari naturali, già de iure condito, nel caso in cui il rapporto con il minore sia giudicato positivo o comunque non negativo per la sua crescita". La Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione con l'Ordinanza interlocutoria n. 230 del 5 gennaio 2023 ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 2, 3, 30 e 117 Cost. la questione di costituzionalità dell'art. 27, c. 3, l. n. 184 del 1983 nella parte in cui stabilisce che con l'adozione legittimante derivante dall'accertamento dello stato di abbandono e dalla dichiarazione di adottabilità, cessano irreversibilmente i rapporti dell'adottato (e conseguentemente del minore adottabile per effetto della dichiarazione di adottabilità) con la famiglia di origine estesa ai parenti entro il quarto grado (art. 10 c.4 l. n. 184 del 1983), escludendo la valutazione in concreto del preminente interesse del minore a non reciderli, secondo modalità stabilite in via giudiziale".

[19] Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79, 5.2.1 "Il minore non abbandonato, ma i cui genitori biologici versino in condizioni che impediscono in maniera permanente l'effettivo esercizio della responsabilità genitoriale (cosiddetto «semi-abbandono permanente»), può sfuggire al destino del ricovero in istituto o al succedersi di affidamenti temporanei, tramite l'adozione in casi particolari, che viene applicata sul presupposto dell'impossibilità di accedere all'adozione piena (art. 44, comma 1, lettera d), impossibilità dovuta proprio alla mancanza di un abbandono in senso stretto. L'adozione in casi particolari, che non recide i legami con la famiglia d'origine, consente, pertanto, di non forzare il ricorso all'adozione piena. Quest'ultima, in difetto di un vero e proprio abbandono, andrebbe a ledere il «diritto al rispetto della vita familiare» dei genitori biologici, come sottolinea la Corte EDU, la quale cautamente suggerisce proprio il percorso della «adozione semplice» (…). Inizia, dunque, a rovesciarsi – come osserva la giurisprudenza di legittimità (…) – l'originaria raffigurazione dell'istituto in esame quale *extrema ratio* rispetto all'adozione piena". P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la L. n. 173/2015*, cit., 611 ss., U. SALANITRO, *op.cit*., 1074.

[20] Sul punto cfr. anche E. TUCCARI, *op. cit*., 145 ss.; M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e riforma dell'adozione piena. Dove va la Cassazione? E cosa farà la Corte costituzionale?* Commento a Cass. SSUU, 30 dicembre 2022, 38162 e Cass., 5 gennaio 2023, n. 230, in *Fam.dir*. 2023, 449-450. Criticamente verso l'adozione mite già A. SCALISI, *L'adozione mite: una prospettiva non necessaria né utile*, in *www.personaedanno*.it, 12.11.2008. Assai critica anche la posizione espressa dalla Associazione nazionale famiglie adottive e affidatarie (Anfaa) in una lettera aperta ai magistrati minorili, reperibile sul sito della stessa e datata Milano 13-14 novembre 2009. Tra le molte criticità che l'adozione mite presenterebbe, l'Anfaa sottolinea come "Ciò su cui, soprattutto, occorre riflettere seriamente è che la diffusione generalizzata dell'adozione mite e consensuale, ispirata prevalentemente – se non esclusivamente – alla valorizzazione della «mediazione familiare» e della preservazione della «continuità degli affetti», avrebbe inevitabilmente una pesante ricaduta negativa sulla responsabilizzazione delle famiglie biologiche, oltre a incentivare un sostanziale disimpegno delle istituzioni, con il risultato finale di privare un numero imprecisato di minori della possibilità di accedere alla più completa adozione legittimante". Per una attenta ricostruzione delle varie posizioni, specie critiche, v. E. BATTELLI, *L'adozione mite come diritto del minore: tra identità e opportunità*, in *The best interest of the child*, a cura di M. Bianca, cit., 293 ss.

[21] L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., 1044 ss.



Il buon esito della adozione mite richiede poi un atteggiamento collaborativo e comprensivo anche nella famiglia adottante, che dovrebbe accettare la inevitabile compresenza della famiglia di origine nella propria vita familiare. Una compresenza che, è inutile nasconderselo, potrebbe risultare tutt'altro che facile da gestire nel concreto, laddove si consideri che significa (o quanto meno potrebbe significare) una ingombrante presenza nelle scelte educative, in genere mai gradita ma che, nel caso di specie, potrebbe rivelarsi particolarmente problematica da "governare" proprio in ragione del probabilmente inadeguato grado di consapevolezza e maturità da parte della famiglia di origine. Nonché in ragione del non improbabile divario culturale ed economico tra le due famiglie – con possibili riflessi in termini scelte educative –, che pure potrebbe contribuire a non semplificare non solo i rapporti tra queste, ma anche tra il minore ("conteso" tra due mondi) e le stesse. Uno scenario forse descritto con tinte un po' colorite, ma tutt'altro che meramente ipotetico se solo si pensa alla situazione di conflittualità che non di rado caratterizza i rapporti tra genitori separati rispetto alla educazione dei figli e che non si vede perché non dovrebbe verificarsi, e in termini forse ancora più problematici, rispetto a famiglie diverse, che non si sono mai "scelte" [22].

L'adozione mite può insomma rappresentare uno strumento utile alla protezione del minore – peraltro, come detto, nessuno strumento dovrebbe essere pregiudizialmente escluso – ma sembra dubbio che possa davvero risolvere la crisi dell'adozione. E cioè che possa sempre (o, almeno, in un numero davvero importante di casi) rappresentare un rimedio efficace e sicuro al problema del semiabbandono permanente e men che meno al progressivo calo delle adozioni, ovvero alla riduzione delle richieste di adozione – per le ragioni sopra esposte – e alla riduzione dei bambini adottabili, nonché al permanere dei bambini stessi in situazione di "affido". È possibile che taluni genitori, ove fossero certi della possibilità di potere continuare ad intrattenere un rapporto con il proprio figlio, possano acconsentire alla sua adozione. È possibile, ma la spontanea adesione sarebbe, probabilmente, un fenomeno numericamente marginale. Per le stesse ragioni per le quali la "concreta gestione" della adozione mite sarebbe tutt'altro che agevole: un simile atteggiamento denota una consapevolezza, una maturità e una abnegazione non facili da trovare.

3. – Soprattutto, occorre essere consapevoli che, nel caso di adozione mite, alla famiglia adottante sarebbe davvero richiesto uno sforzo enorme. Uno sforzo che solo una famiglia che avesse come unico scopo offrire accoglienza familiare a un minore che ne è privo sarebbe disposta (a provare) a dare. È vero che l'adozione è diretta a dare una famiglia al minore (e che quindi, ogni coppia di aspiranti genitori adottivi dovrebbe avere tale obiettivo) ma è inutile nascondersi che, dal punto di vista di coloro che desiderano adottare, l'adozione rappresenta in primo luogo uno strumento per soddisfare il proprio desiderio di genitorialità [23]. Un desiderio che non deve essere in alcun modo stigmatizzato, non solo più che legittimo e anzi "nobile", ma soprattutto assolutamente "ancestrale" – legato a ragioni che sul piano personale si possono ellitticamente definire "af-

[22] Della difficoltà di rapporto tra le due famiglie sembra consapevole il legislatore, che nell'art. 4, c. 2, della l. 149/2001, prevede che "Il servizio sociale, nell'ambito delle proprie competenze, su disposizione del giudice ovvero secondo le necessità del caso, svolge opera di sostegno educativo e psicologico, agevola i rapporti con la famiglia di provenienza ed il rientro nella stessa del minore secondo le modalità più idonee, avvalendosi anche delle competenze professionali delle altre strutture del territorio e dell'opera delle associazioni familiari eventualmente indicate dagli affidatari". La gestione di tali rapporti in caso di adozione mite, invece, sarebbe attualmente rimessa integralmente alle "parti".

[23] P. Morozzo della Rocca, *Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam*., 2005, 211 ss., osserva "il desiderio di genitorialità è comunque la base di un equilibrato approccio culturale all'adozione, che rifugge la motivazione puramente filantropica della carità sociale".



fettive" e su quello più generale possono essere ricondotte ad una esigenza di perpetuazione della specie – e quindi, in una certa misura, irrazionale e insopprimibile. Un desiderio che, nonostante alcuni ambigui pronunciamenti giurisprudenziali [24], non è né può diventare un diritto ma che è a fondamento della maggior parte delle richieste di adozione.

La consapevolezza che, dal punto di vista di chi desidera adottare, l'adozione è in primo luogo strumento per soddisfare il proprio desiderio di genitorialità può forse aiutare ad affrontare problemi e prospettive di riforma dell'adozione con un approccio meno retorico. Collegare la diminuzione delle richieste di adozione (sia per quanto riguarda l'adozione nazionale sia per quanto riguarda quella internazionale) ai costi o alla lunghezza del procedimento non coglie la complessità del fenomeno. Il procedimento adottivo ha sempre presentato dei costi ed è sempre stato lungo, complesso, farraginoso. Ed è sempre stato anche "imprevedibile", sia relativamente al se e al quando del suo momento costitutivo – ovvero se e quando sarà possibile adottare un bambino – sia nella fase successiva (relativamente cioè successo del procedimento stesso nel lungo termine).

Di nuovo sotto il sole c'è invece la crescente diffusione della procreazione medicalmente assistita (pma), che è oggettivamente in concorrenza con l'adozione [25]. Il ricorso alla pma non pare destinato, almeno nel breve termine, a diminuire e conseguentemente, le richieste di adozione continueranno, probabilmente, a decrescere. L'adozione mite, tuttavia, con il suo bagaglio di "complicazioni" ulteriori per la famiglia adottiva non sembra lo strumento più adatto per invertire il *trend*. Molti aspiranti genitori continueranno a ritenere la "gestione" del rapporto con il bambino nato in seguito a pma (a prescindere dalla circostanza che si tratterebbe, sempre o quasi, di un bambino, anche in caso di fecondazione eterologa, almeno per uno dei componenti della coppia, biologicamente proprio) meno difficile rispetto a quella con un bambino adottato, un bambino con un vissuto, per quanto breve, sicuramente problematico. E con qualche ragione, che sarebbe ipocrita negare. Le ontologiche difficoltà dell'adozione appaiono, quanto meno per la famiglia adottiva, amplificate in caso di adozione mite. In questo caso, infatti, non si tratta solo di consentire al nato di conoscere, ove possibile, le proprie origini, intese come identità dei genitori biologici (come ormai in molte esperienze anche in caso di pma) o di "raccontargli" la sua storia, ma di gestire una complessa "relazione triangolare" con la famiglia d'origine, nelle sue articolazioni e non solo con i genitori biologici [26]. Un compito, come detto, estremamente arduo, che richiede non solo un notevole sforzo ma anche non poca abnegazione.

In questa prospettiva appare quasi inevitabile interrogarsi sulle possibili ragioni che spingono a sollecitare l'adozione mite. L'oggettiva difficoltà di successo di tale "tipologia" adottiva porta infatti a dubitare che questa possa costituire una reale panacea alla crisi dell'adozione. L'adozione mite, tuttavia, non solo esprime

---

[24] Corte cost. 10 giugno 2014, n. 162.

[25] F.D. Busnelli, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir.civ.*, 2016, P. 1469 ss.; P. Morozzo della Rocca, *Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam.*, 2005, 211 ss. A. Nicolussi, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 1 ss., par. 2, "la fecondazione eterologa – ponendosi oggettivamente in concorrenza con l'adozione – sacrifica l'interesse all'adozione di bambini in stato d'abbandono nel cui favore è stata introdotta l'adozione speciale"; L. Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., 1047 ss.

[26] Chiarissima sul punto la S.C., nella ordinanza interlocutoria n. 230 del 5 gennaio 2023, cit., per la quale "La concreta valutazione del preminente interesse del minore anche in condizioni di particolare criticità, da svolgersi all'esito di un esame accurato del contesto familiare può condurre, anche quando si decida per il modello più radicale di genitorialità adottiva, a dover preservare la continuità relazionale, nei limiti imposti dalle esigenze del caso concreto, con i parenti entro il quarto grado, pur se ritenuti inidonei a svolgere un'effettiva funzione vicariante ove la definitiva recisione di tutti i legami con tale contesto familiare originario risulti pregiudizievole per lo sviluppo della personalità del minore".



in modo inequivocabile che con l'adozione il minore non "nasce" nella nuova famiglia – concezione tradizionale ormai superata, funzionale, forse, alle ragioni della coppia adottante più che a quelle dell'adottato – ma soprattutto spezza con decisione l'impostazione dell'adozione *instar naturae*. Con tutto il suo bagaglio di implicazioni. L'adozione *instar naturae* presuppone una coppia eterosessuale, stabile (nella previsione normativa, coniugata da tre anni, nella presunzione che ciò rappresenti un sintomo di stabilità), di età potenzialmente procreativa (in rapporto al minore da adottare). Se la famiglia adottiva non deve essere imitativa di quella biologica è invece necessaria e sufficiente una coppia, composta indifferentemente da soggetti di sesso diverso o dello stesso sesso, autenticamente disposta all'accoglienza, e forse addirittura una persona sola. Se la famiglia adottiva diventa "solo" un "luogo di affetti"[27], diviene allora gioco forza irragionevole (o almeno difficilmente giustificabile) non rendere il percorso adottivo accessibile quanto meno a tutte le coppie, e forse, come detto, addirittura a una persona sola[28]. Con riflessi sull'idea stessa di genitorialità, sempre più distaccata dalla sua dimensione imitativa di quella biologica, che si proiettano inevitabilmente anche sulla pma: l'approdo (o, almeno, il significativo passaggio) di un percorso ideologico di modifica della "famiglia" e della genitorialità che può piacere o meno ma che non è possibile ignorare.

L'altro punto fermo di ogni richiesta riformatrice, ovvero lo snellimento della procedura adottiva, appare invece piuttosto generico. O meglio, occorre chiedersi non tanto se sia, come quasi scontato, auspicabile, posto che quasi tutti gli "snellimenti" lo sono, ma piuttosto come possa essere concretamente realizzabile. Lo snellimento procedurale, con conseguente velocizzazione del percorso adottivo, generalmente (e genericamente) richiesto non si dovrebbe infatti attuare (neanche per chi lo reclama) a scapito né di una accurata ponderazione della situazione del minore prima di dichiararne lo stato di adottabilità né di una attenta valutazione dei requisiti di idoneità degli adottanti. Un obiettivo non certo agevole da realizzare. Anche perché se, come sembra, l'adozione mite diventerà prevalente, data la maggiore difficoltà intrinseca che questa presenta per gli adottanti, occorrerà valutarne l'idoneità con particolare attenzione. D'altro canto, e soprattutto, i bambini adottabili saranno probabilmente sempre più spesso bambini con "bisogni speciali": disagi fisici e/o psichici, vissuto altamente traumatico, disturbi comportamentali, età (relativamente) avanzata. In questi casi (*rectius*, soprattutto in questi casi), perché l'adozione non vada incontro ad un quasi certo fallimento occorre

[27] Cass., 21 giugno 2016, n. 19599, "La famiglia è sempre più intesa come comunità di affetti, incentrata sui rapporti concreti che si instaurano tra i suoi componenti: al diritto spetta di tutelare proprio tali rapporti, ricercando un equilibrio che permetta di contemperare gli interessi eventualmente in conflitto, avendo sempre come riferimento, ove ricorra, il prevalente interesse dei minori".

[28] A. FIGONE, *Il definitivo riconoscimento dell'adozione mite*, in *Fam. dir*., 2022, 782, osserva "L'elaborazione dell'adozione 'mite' nei termini sopra rappresentati si inquadra nell'ambito di un orientamento più generale, finalizzato ad attribuire uno status 'paragenitoriale', accanto ad una genitorialità sociale, in situazioni, connotate da un progetto familiare non realizzabile attraverso il concepimento di figli in modo naturale. È appena il caso di ricordare come, proprio sulla base dell'art. 44, lett. d), L. n. 184/ 1983 sia stata riconosciuta la genitorialità all'interno delle coppie *same sex*, per ragioni fisiologiche inca– paci di procreare". Cfr. anche la citata ordinanza n. 230 del 25 gennaio 2023, per la quale "all'interno del sistema normativo della genitorialità adottiva, introdotta dalla legge n. 184 del 1983 …i modelli di genitorialità adottiva sono predeterminati in modo rigido sia in relazione alle condizioni di accesso che in relazione agli effetti del conseguimento dello status filiale" e ancora "Il determinismo della norma censurata [art. 27 l. 184/1983] contrasta con la necessità di una pluralità di modelli adottivi flessibili pur nella predeterminazione legislativa che consentano di adeguare alla concretezza delle situazioni, lo statuto protettivo del minore da adottare, tenuto conto dell'evoluzione del contesto sociale e degli approdi più accreditati e recenti delle scienze sociali…. La giurisprudenza di legittimità e di merito ha da tempo intrapreso il percorso di avvicinamento delle norme in tema di adozione, fondate su un sistema sostanzialmente monista (con il microsistema delle adozioni in caso particolare in posizione marginale rispetto all'adozione legittimante ad un sistema pluralistico che, valorizzando proprio le aperture normative dell'adozione in casi particolari, sia capace di adeguare i modelli di genitorialità adottiva alla molteplicità delle nuove situazioni che vengono ad emersione giurisprudenziale, sia che si tratti di situazioni legate ad una condizione di carenza di cure o di semi abbandono del minore; si che si tratti di nuovi modelli di genitorialità sociale (coppie omoaffettive) cui dare riconoscimento e tutela".



che i genitori adottivi siano autenticamente consapevoli delle difficoltà che l'adozione stessa presenta, che abbiano un adeguato grado di "maturità" e che la stessa famiglia "allargata" dimostri volontà di accoglienza. Coniugare – senza peraltro l'ausilio di presunzioni [29] – la verifica di tali requisiti con uno "snellimento" della procedura, come detto, non sembra affatto operazione semplice.

4. – A questo punto appare provocatoriamente possibile chiedersi se, piuttosto che ragionare su una riforma dell'adozione non sia preferibile guardare con intenti riformatori alla protezione del minore complessivamente intesa. Non è detto, infatti, che l'adozione sia sempre lo strumento preferibile, o, *rectius*, realisticamente più praticabile, per garantire tale protezione. Occorrerebbe allora, forse, prestare maggiore attenzione all'esigenza di una revisione, senza pregiudizi, dell'affidamento [30], pur nella consapevolezza che l'istituto non può certo rappresentare "la chiave di volta di tutti i problemi dell'infanzia e della famiglia con problemi" [31]. Una valutazione "spregiudicata" dell'affidamento, invece, rimane spesso "sullo sfondo". A torto. La "galassia affidamento" necessiterebbe infatti della massima attenzione, se non altro perché, nelle sue varie declinazioni, l'istituto sembra destinato a (quanto meno) mantenere il proprio rilievo, posto che risulta poco realistico ipotizzare che, adozione mite o meno, si riesca ad evitare il suo utilizzo per un ampio numero di minori.

In questa prospettiva, una riflessione meriterebbe senz'altro la questione dei minori stranieri non accompagnati. La loro situazione presenta tuttavia caratteri di specificità – si tratta infatti, nella maggior parte dei casi, di "grandi minori" (cioè soggetti assai vicini alla maggior età), spesso non "abbandonati", ma che anzi mantengono rapporti significativi con la famiglia d'origine, – che ne rendono impossibile una trattazione unitaria con quella dell'affidamento "nazionale". In questo ambito, fermo restando che sarebbe fortemente auspicabile che l'affido fosse davvero temporaneo – e che per dare un fondamento ragionevole a tale auspicio appare necessario coinvolgere nell'intervento a protezione del bambino anche tutto il "mondo" del bambino, accompagnando quindi la sua famiglia d'origine (in modo sinergico e funzionale all'accompagnamento del bambino stesso) –, sembrerebbe comunque quanto mai opportuno (e anzi indifferibile) riflettere senza pregiudizi sulla necessaria temporaneità dell'affido [32]. È infatti legittimo chiedersi se prevedere (e quindi rego-

[29] Cass., 13 gennaio 2017, n. 782, "Il ricorso alla dichiarazione di adottabilità di un figlio minore è …consentito solo in presenza di fatti gravi, indicativi in modo certo dello stato di abbandono, morale e materiale, che devono essere specificamente dimostrati in concreto, senza possibilità di dare ingresso a giudizi sommari di incapacità genitoriale non basati su precisi elementi idonei a dimostrare un reale pregiudizio per il figlio. Di tali elementi il giudice di merito deve dare conto sulla scorta di una valutazione resa all'attualità".

[30] M. Dogliotti, *Adozione "forte" e "mite", affidamento familiare e novità processuali della riforma del 2001, finalmente operative*, in *Fam. dir.*, 2009, 428; Id, *Adozione legittimante e adozione mite, affidamento familiare e novità processuali*, in *Prosp. ass.*, 2009 n. 165.

[31] A.C. Moro, *Non mitizziamo l'affido*, in *Il bambino incompiuto*, 1984, n. 3, in *Una nuova cultura dell'infanzia e dell'adolescenza*, Scritti di Alfredo Carlo Moro scelti e annotati da L. Fadiga, Puer-Franco Angeli, 2006, 99 ss.

[32] J. Long, *op. cit*., spec. par. 3.a) e 4. La L. ritiene che "rilevanti argomenti di natura sostanziale sconsiglino oggi l'introduzione di un affidamento *sine die.* Il primo ordine di questioni sorge in conseguenza del fatto che l'affidamento non modifica gli *status* dei soggetti coinvolti, lasciando, quindi, privo di qualunque regolazione giuridica un consolidato rapporto di carattere familiare: il minore permarrebbe in una situazione di incertezza e di instabilità in merito al proprio *status* personale, non acquisterebbe né diritti successori, né alimentari nei confronti della famiglia di accoglienza…Il secondo ordine di questioni sorge a causa dell'appartenenza del minore, da un punto di vista giuridico, a due diverse famiglie, i cui ruoli appaiono in concreto di difficile definizione, con prevedibile massiccio ricorso alla giurisdizione in ogni caso di contrasto tra i soggetti coinvolti". Quanto al primo ordine di problemi, l'affidamento, più che incertezza e instabilità in merito allo status del minore, sembra piuttosto escludere suoi diritti successori o alimentari nei confronti della famiglia di accoglienza, ma questo "svantaggio" dovrebbe essere valutato e bilanciato con il "vantaggio"



lamentare) un affido senza limiti temporali, *sine die*, non solo possa rappresentare un mai disprezzabile esercizio di realismo, ma soprattutto possa risultare in molti casi funzionale al miglior interesse del minore, che (specie ove in età relativamente "avanzata") potrebbe essere riluttante al coinvolgimento in una esperienza adottiva (sempre ammesso che una opportunità di adozione concretamente si presenti).

Come pure sembrerebbe necessario riflettere sulla situazione e sulla protezione del soggetto che abbia appena compiuto la maggiore età [33]: non più un minore che suscita una generale empatia e simpatia e che è quasi istintivo volere proteggere ma un neo maggiorenne necessariamente (e precocemente) considerato (anzi obbligato ad essere) "adulto". In questi casi è possibile assicurare all'ex minore il diritto ad essere accompagnato verso l'effettiva autonomia tramite il "prosieguo amministrativo". L'istituto è espressamente previsto nell'art. 13, comma 2 della l. 47/2017, c.d. legge Zampa, ai sensi del quale "Quando un minore straniero non accompagnato, al compimento della maggiore età, pur avendo intrapreso un percorso di inserimento sociale, necessita di un supporto prolungato volto al buon esito di tale percorso finalizzato all'autonomia, il tribunale per i minorenni può disporre, anche su richiesta dei servizi sociali, con decreto motivato, l'affidamento ai servizi sociali, comunque non oltre il compimento del ventunesimo anno di età". La collocazione – una legge in tema di immigrazione – e l'*incipit* della disposizione, che esplicitamente si riferisce al "minore straniero non accompagnato" rendono tuttavia la citata previsione normativa non esportabile al minore italiano. Per quest'ultimo, l'unico dato normativo disponibile è contenuto nel R.D.L. 1434/34. La legge, in realtà dedicata alla creazione del Tribunale dei minorenni, attribuisce a questo anche la possibilità di assumere misure amministrative e prevede che queste cessino "in ogni caso …al compimento del ventunesimo anno d'età" e che "I minorenni già rieducati che non possono convenientemente essere assistiti dalla famiglia o da altre persone o istituti di cui all'art. 23, sono ammessi in appositi pensionati giovanili", la cui organizzazione "deve consentire e favorire il collocamento dei minorenni al lavoro". Un dato normativo scarno, datato e, soprattutto, dettato essenzialmente per finalità assolutamente diverse – e cioè "rieducative" del minore – "adattato" e utilizzato dalla giurisprudenza con finalità, invece, protettive del minore stesso. In prospettiva *de iure condendo*, una legge che recepisse la prassi giurisprudenziale – che prevede un affidamento del minore ai servizi sociali e la prosecuzione del progetto educativo già avviato – e "stabilizzasse" la sperimentazione promossa dal Ministero del lavoro [34], potrebbe essere senz'altro utile, se non altro a conferire a questa certezza e uniformità. Inoltre, dal momento che risulta estremamente raro che gli "ex minori" abbiano raggiunto una effettiva e completa autonomia già al compimento del diciottesimo anno di età, si potrebbe ipotizzare di considerare il prosieguo amministrativo automaticamente applicabile, se non sempre (come auspicabile) almeno nei casi di affidamento in comunità, cioè laddove, a differenza di quanto presumibilmente accade a chi è affidato a famiglie, al compimento del diciottesimo anno di età potrebbe davvero non esserci nessuno a sostenere l'ex

derivante dalla continuazione del legame genitoriale con la propria famiglia. Quanto alle difficoltà derivanti dalla "appartenenza" del minore a due diverse famiglie, è possibile osservare che si tratterebbe, probabilmente, di difficoltà meno gravi rispetto a quelle che potrebbero sorgere in caso di adozione mite.

[33] V. E. BATTELLI, *Il diritto del minore alla famiglia*, cit., par. 3.

[34] È stata promossa dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali nell'ambito del Fondo per la Lotta alla Povertà e all'Esclusione Sociale, in collaborazione con l'Istituto degli Innocenti, una sperimentazione che prevede una serie di interventi in favore di coloro che, al compimento della maggiore età, vivono fuori dalla famiglia di origine sulla base di un provvedimento dell'autorità giudiziaria. Sono destinatari della sperimentazione sia i ragazzi interessati da un provvedimento di prosieguo amministrativo, sia coloro che non ne sono beneficiari. L'obiettivo generale del progetto è quello di accompagnare i neomaggiorenni all'autonomia attraverso la creazione di supporti necessari per consentire loro di costruirsi gradualmente un futuro e di diventare adulti dal momento in cui escono dal sistema di tutele. Sul punto cfr. *Report sperimentazione* care leavers. *La seconda annualità gennaio 2022*, reperibile sul sito del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.



minore. In questi casi, il progetto individualizzato di accompagnamento all'autonomia potrebbe essere formulato di concerto tra il minore, il soggetto affidatario e i servizi sociali competenti, "saltando" il passaggio giudiziale, sulla cui effettiva utilità è possibile interrogarsi. Sempre nella consapevolezza della scarsità "cronica" delle risorse (ma anche della miopia di ogni soluzione assunta a prescindere da una valutazione d'impatto anche, e anzi soprattutto, a lungo termine) si potrebbe considerare l'opportunità di estendere il progetto di autonomia fino al compimento del 25 anno di età, magari prevedendo un contributo economico man mano decrescente. Si eliminerebbe così un *iter* burocratico probabilmente di dubbia utilità, realizzando anche un effettivo "alleggerimento" per i tribunali. Temi in fondo poco esplorati dalla dottrina, che inducono a chiedersi se concentrare ogni interesse in merito alla protezione del minore sulla riforma dell'adozione corrisponda davvero a una prospettiva puerocentrica.

JUS CIVILE



TEREZA PERTOT

Ricercatrice a tempo determinato – Università degli Studi di Trieste

PERSONAL DATA SUPPLYING: THE ISSUE OF BUNDLED CONSENT

SOMMARIO: *1. General introduction. – 2. Personal data as contractual (counter-)performance: still an open question? – 3. Personal data supplying and privacy consent: the relationship between (consumer) contract and data protection law. – 4. The meaning of Article 7(4) GDPR and the legitimacy of a bundled consent. – 4.1. A) The strict ban on tying. – 4.2. B) The possibility to bypass the bundling prohibition by use of legal basis for processing other than consent. – 4.3. C) Conditionality as one of several circumstances to be considered by assessing the freedom of consent. – 5. Adhesion to the opinion* sub *C). – 6. The (ongoing) evolution of CJEU case-law. – 7. Final remarks.*

1. – New technologies enable enterprises to collect large amounts of data. Collected datasets may consist of personal or of non-personal data, depending on whether the information relates to an identified or identifiable natural person or not [cf. Article 4(1) of the GDPR and Article 3(1) of the Regulation (EU) 2018/1807]. [1] Delineating the boundary between personal and non-personal data could be difficult in practice, as datasets are often mixed and as even data not related to an individual and/or which has been rendered anonymous may become personal by matching it with data from other sources. [2] Keeping this in mind, the paper will, however, only focus on the processing involving personal data. [3] The latter, in fact, presents some specific problems, which arise where data is collected and used for commercial purposes, as increasingly happens nowadays.

There are many different ways in which personal data may be processed and monetized. For example, data concerning consumers' habits may be used to establish their preferences and, subsequently, for targeted

[1] According to Article 3(1) of the Regulation (EU) 2018/1807 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union, (non-personal) data "means data other than personal data as defined in point (1) of Article 4 of Regulation (EU) 2016/679" of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (*General Data Protection Regulation – GDPR*). For a general definition of "data", see now Article 2(1) of the Regulation (EU) 2022/868 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on European data governance and amending Regulation (EU) 2018/1724 (*Data Governance Act – DGA*). Cf. Article 2(1) of the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (*Data Act*), COM/2022/68 final.

[2] See C. IRTI, Personal Data, *Non-personal Data, Anonymised Data, Pseudonymised Data, De-identified Data*, in R. SENIGAGLIA-C. IRTI-A. BERNES (eds.), *Privacy and Data Protection in Software Service*, Springer, 2022, 49 ss. For restrictions concerning the "re-identification of data subjects from anonymised datasets", see Recital no. 8 of the *Data Governance Act – DGA*.

[3] As regards datasets composed of both personal and non-personal data, which could be "inextricably linked", see Article 2(2) of the Regulation (EU) 2018/1807.



advertising.[4] Moreover, (anonymized) personal data might be processed to train artificial intelligence systems as well as to verify their outcomes.[5] It may also be "transferred" from individuals to (many) enterprises as well as from one enterprise to another, against payment.[6]

Building on the assumption that data are essential for innovation and economic growth, it is not surprising that the goal of the latest European strategy is to remove barriers for access to data in order to make it available to different players.[7] This should be especially achieved by designing and putting in place fair and safe mechanisms of data sharing. Some of them are now provided, e.g., by the so-called Data Governance Act (hereinafter: DGA),[8] which seeks *inter alia* to regulate trustworthy intermediaries, serving as neutral organizers of the exchange of data–personal and not–between data subjects and data holders, on the one side, and data users on the other [Articles 2(11) and 10 et seq.]. By providing for many safeguards in order to encourage voluntary data sharing (which may also occur for altruistic purposes: so-called data altruism, Articles 16 et seq.) as well as to promote the re-use of information held by the public sector (Articles 3 et seq.), the DGA clearly aims at developing both, the social and the economic potential of data, preventing its concentration and so avoiding lock-in effects (see Recital no. 2).[9]

Currently, large amounts of data, including personal data, are, in fact, still held and managed by a few market players, especially tech giants, which often obtain it directly from users' online activity and interaction with different technological devices.[10] In this regard, users' willingness to disclose data also depends on what they receive in return. Therefore, aware of the economic value of data,[11] enterprises usually create oc-

---

[4] For some restrictions in this regard, see now, e.g., Articles 26(3) and 28(2) of the Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (*Digital Services Act – DSA*). On the DSA in general, see B. RAUE and H. HEESEN, *Der Digital Services Act*, in *NJW*, 2022, 3537 ss.

[5] On the AI, see the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (*Artificial Intelligence Act*) and amending certain union legislative acts, COM/2021/206 final.

[6] Diversity in the structure and functioning of data markets is highlighted by V. ZENO-ZENCOVICH, *Do "Data Markets" Exist?*, in *MediaLaws*, 2/2019, 22 ss., available at *https://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2019/03/2-2019-Zeno-Zencovich.pdf* (accessed on March 28, 2023); cf. P. GALLO, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 1054 ss.; F. BRAVO, *Il commercio elettronico dei dati personali*, in T. PASQUINO, A. RIZZO, M. TESCARO (eds.), *Questioni attuali in tema di commercio elettronico*, ESI, 2020, 83 ss.

[7] In particular, "the European data strategy aims to make the EU a leader in a data-driven society. Creating a single market for data will allow it to flow freely within the EU and across sectors for the benefit of businesses, researchers and public administrations": see *https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_en* (accessed on March 28, 2023). Cf. G. RESTA, *Pubblico, privato, collettivo nel sistema europeo di governo dei dati*, in ID.-V. ZENO-ZENCOVICH (eds.), *Governance of/through big data*, II, Roma TrE-Press, 2023, 605 ss.; P.G. PICHT-H. RICHTER, *EU Digital Regulation 2022: Data Desiderata*, in *GRUR Int.*, 2022, 395 ss.; D. POLETTI, *Gli intermediari dei dati*, in *EJPLT*, 2022, 46 ss.

[8] See fn. 1. For additional schemes of data sharing, see also the Data Act Proposal (mentioned in fn. 1).

[9] On the DGA, cf. F. BRAVO, *«Destinatario» dell'informazione e trattamento dei dati personali nell'evoluzione dell'ordinamento europeo*, in V. D'AURIA (ed.), *I problemi dell'informazione nel diritto civile, oggi. Studi in onore di Vincenzo Cuffaro*, Roma TrE-Press, 2022, 431 ss.; ID., *Intermediazione di dati personali e servizi di* data sharing *dal GDPR al Data Governance Act*, in *Contr. impr.*, 2021, 199 ss.; D. POLETTI, *Gli intermediari dei dati*, cit., 46 ss.; M. HENNEMANN, L. V. DITFURTH, *Datenintermediäre und Data Governance Act*, in *NJW*, 2022, 1905 ss.; L. V. DITFURTH, G. LIENEMANN, *The Data Governance Act: – Promoting or Restricting Data Intermediaries?*, in *Competition and Regulation in Network Industries*, 2022, 270 ss.; G. RESTA, *Pubblico, privato, collettivo nel sistema europeo di governo dei dati*, cit., 605 ss., 612 ss.; H. RICHTER: *Looking at the Data Governance Act and Beyond: How to Better Integrate Data Intermediaries in the Market Order for Data Sharing*, in *GRUR Int.*, 2023, 458 ss. For an article-by-article commentary, see L. SPECHT, M-HENNEMANN (eds.), *Data Governance Act*, Hart, Beck, Nomos, 2023 (forthcoming).

[10] For gatekeepers' practices of data collection, see Recital no. 36 of the Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (*Digital Markets Act – DMA*). As regards the gatekeepers'o bligations, see Article 5 of the DMA.

[11] Cf. P. HACKER, *Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive*, in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*,



casions for collection of information, e.g. by offering performances that users can only get (or can get for a cheaper price) if they allow their data to be processed by the supplier for specific, especially commercial purposes.

Such bundling practice, in which personal data is *de facto* somehow used as a counter-performance in exchange for services, contents and (other) goods (and from which intermediaries are now prevented according to the DGA), [12] is widespread in the field of supplying digital content and services: [13] while access to such contents and services is generally advertised as being free of charge (according to one view misleadingly), [14] consumers' personal data is often required to gain access to them. Data-based business models are used, for example, by social media platforms as well as by online newspapers and other internet websites, which increasingly demand users choose between reading their articles and contents while being tracked by (non-necessary) cookies and paying a certain fee to access them without being tracked. [15] Similar business models are then also used in other fields, e.g. in that of telematics and so-called black box car insurance, where the insured may get a discounted premium, if he/she allows the insurer to collect data concerning his/her driving

---

Hart Publishing-Nomos, 2020, 48 ss.; G. RESTA, V. ZENO, ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi di rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 416 s.; G. MALGIERI, B. CUSTERS, *Pricing Privacy – The Right to Know the Value of Your Personal Data*, in *Computer Law & Sec. Rev.*, 2018, 289 ss.

[12] See Article 12(a) of the DGA: "the data intermediation services provider shall not use the data for which it provides data intermediation services for purposes other than to put them at the disposal of data users".

[13] On data as counter-performance, see the proceedings collected in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, cit. See also, among others, V. RICCIUTO, *L'equivoco della* privacy. *Persona* vs. *dato personale*, ESI, 2022; T. BAUERMEISTER, *Die „Bezahlung" mit personenbezogenen Daten bei Verträgen über digitale Produkte*, in *AcP*, 2022, 372 ss.; M. WALKER, *Die Kosten kostenloser Dienste*, Duncker Humboldt, 2021; A. LA SPINA, *La trasmisión de los datos de carácter personal del consumidor para la adquisición de servicios y contenidos digitales*, in *Juscivile*, 2021, 1663 ss.; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, ESI, 2020; L. MISCHAU, *Daten als „Gegenleistung" im neuen Verbrauchervertragsrecht*, in *ZEuP*, 2020, 335 ss.; F. BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contr. impr.*, 2019, 34 ss.; P. HACKER, *Daten als Gegenleistung: Rechtsgeschäfte im Spannungsfeld von DS-GVO und allgemeinem Vertragsrecht*, in *ZfPW*, 2019, 148 ss.; G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva 2019/770 e il Regolamento 2016/679*, in *Annuario del contratto 2018*, Giappichelli, 2019, 125 ss.; B. ZÖCHLING-JUD, *Daten als Leistung*, in N. FORGÓ, B. ZÖCHLING-JUD (eds.), *Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegungen im digitalen Zeitalter*, Manz, 2018, 241 ss.; S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Ledizioni, 2018, 158 ss.; C. LANGHANKE, *Daten als Leistung*. Mohr Siebeck, 2018; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra* privacy *e contratto*, ESI, 2017; L. SPECHT, *Daten als Gegenleistung – Verlangt die Digitalisierung nach einem neuen Vertragstypus?*, in *JZ*, 2017, 763 ss.; A. METZGER, *Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag*, in *AcP*, 2016, 817 ss.; C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei* social network, ESI, 2014; R. CATERINA, *Cyberspazio, social network* e teoria generale del contratto, in *AIDA*, 2011, 93 ss. For more publications, see A. METZGER, *A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Consent and Digital Services*, in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *Data as Counter-Performance*, cit., 25 ss., fn. 1, 6 and 13 as well as S. PAGLIANTINI, *L'attuazione minimalista della Dir. 2019/770/UE: riflessioni sugli artt. 135*-octies, *135*-vicies ter *c. cons. la nuova disciplina dei contratti b-to-c per la fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *NLCC*, 2022, 1499 ss.

[14] See, e.g., C. LANGHANKE-M. SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, in *EuCML*, 2015, 218. See also the Italian Council of State – Consiglio di Stato 29 March 2021, no. 2631, in *Foro it.*, 2021, 6, 3, 325. On this point, see (also for further references) C. SOLINAS, *Circolazione dei dati personali, onerosità del contratto e pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. it.*, 2021, 320 ss.; A. DE FRANCESCHI, *Digitale Inhalte gegen personenbezogene Daten: Unentgeltlichkeit oder Gegenleistung?*, in M. SCHMIDT-KESSEL-M. KRAMME (eds.), *Geschäftsmodelle in der digitalen Welt*, JWV, 2017, 115 and 131 s. As to the possibility to additionally apply contract and consumer law (remedies), V. RICCIUTO, *L'equivoco della* privacy, cit., 179 ss. In the sense that "the infringement of a rule relating to the protection of personal data may at the same time give rise to an infringement of rules on consumer protection or unfair commercial practices", see CJEU 28 April 2022, C-319/20 – *Meta Platforms Ireland*, point 78.

[15] As regards the so-called "cookie-walls", see, also for references to French and Austrian Data Protection Authorities' statements, S. SCHULZ, *Artikel 7 GDPR*, in P. GOLA, D. HECKMANN (eds.), *Datenschutz-Grundverordnung – Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar*, Beck, 2022, Rn. 31.



patterns. Such data is usually processed for risk assessment and fraud prevention; nevertheless, it may be also used for other (commercial) purposes, which allow the insurance company to profit from the information collected (and the insured to receive, potentially, an additional insurance premium reduction).

Even though exchange of personal data on the market is a widespread practice, researchers still disagree on how to deal with it from a legal point of view. On the one hand, data protection law (mainly laid down in the GDPR) primarily deals with personal data from a fundamental, personality rights perspective: [16] hence, it does not present an exhaustive legal framework for managing the economic interests of subjects involved in transactions concerning their information. On the other hand, contract law seems to be the legal branch apt to govern the exchange of data for (digital) contents, services and (other) goods, ensuring a functioning and fair market, allowing users to exercise their autonomy consciously and even profit from monetary advantages deriving from the processing of their data. [17]

However, it is debated whether and how personal data can be legitimately used as a *contractual* (counter-)performance. One could also argue that data monetization and data trade are unethical and therefore undesirable. As such, they should not only be morally disapproved, but also legally banned. [18] The latest legislative development at the European level would probably make such conclusion hard to accept. Nevertheless, the ambiguous character of some European provisions shows the existence of a tangible tension between different perspectives and instances, which clearly adds complexity to the issue of data contractualization.

2. – As a matter of fact, the question of whether personal data may be the object of contracts and contractual performances has been touched on by the European legislator. By adopting Directive no. 2019/770 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services (hereinafter: DCD), the application of contractual provisions and remedies was extended to cases in which "the trader supplies or undertakes to supply digital content or a digital service to the consumer, and the consumer provides or undertakes to provide personal data to the trader" [Article 3(1) of the DCD]. [19] Cases in which the consumer does

[16] However, the purpose of the GDPR is not only the protection of the data subject. It also aims at protecting the controller's right to process personal data, providing for the latter's free movement. The different "souls" of the GDPR are pointed out by N. ZORZI GALGANO, *Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla* privacy, in N. ZORZI GALGANO (ed.), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Wolters Kluwer-Cedam, 2019, 35 ss. With specific regard to the right to portability, which may be considered a tool to promote a data market, see S. TROIANO, *Il diritto alla portabilità dei dati personali*, in N. ZORZI GALGANO (ed.), *Persona e mercato dei dati*, cit., 195 ss.

[17] Cf., for such consideration, D. STAUDEMAYER, *Article 3*, in R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law*, Hart, Beck, Nomos, 2020, 88 s., Rn. 141; V. MAK, *Contract and Consumer Law*, in V. MAK, E. TJONG TJIN TAI, A. BERLEE (eds.), *Research Handbook on Data Science and Law*, Edward Elgar Publishing, 2018, 17, 20, 32 and 35; N. HELBERGER, F. ZUIDERVEEN BORGESIUS, A. REYNA, *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law*, in *CMLRev*, 2017, 1427; C. LANGHANKE, M. SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data*, cit., 219 s.

[18] See, e.g., the European Data Protection Supervisor – EDPS Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 7, point 17, note 27, available at *https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf* (accessed on March 28, 2023).

[19] On the DCD, see i.a. H. BEALE, *Digital Content Directive And Rules For Contracts On Continuous Supply*, in *JIPITEC*, 2021, 96 ss.; F. ROSENKRANZ, *Spezifische Vorschriften zu Verträgen über die Bereitstellung digitaler Produkte im BGB*, in *ZUM*, 2021, 195 ss.; A. CASSART-F. LORIAUX-A. CRUQUENAIRE, *La Directive 2019/770/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de la fourniture de contenus numériques et de services numériques*, in Y. NINANE (ed.), *Vers des relations entre entreprises plus équilibrées et une meilleure protection du consommateur dans la vente de biens et la fourniture de services numériques?*, Larcier, 2021, 209 ss.; I. FERNÁNDEZ CHACÓN, *Some Considerations on the Material Scope of the New Digital Content Directive: Too Much to Work Out for a Common European Framework*, in *ERPL*, 2021, 517 ss.; J. VANHERPE, *White Smoke, but Smoke Nonethe-*



not pay a price in money but provides personal data to the trader are also considered by Directive no. 2019/2161 (so-called *Omnibus* Directive),[20] which aims at extending the scope of application of Directive no. 2011/83 (hereinafter: CRD) to transactions in which "the trader supplies or undertakes to supply digital content […] or a digital service to the consumer and the consumer provides or undertakes to provide personal data to the trader" [see Article 4(2) and Recitals 31 et seq. of the *Omnibus* Directive; cf. the new Article 3(1a) of the CRD].[21]

However, such legislation does not further define the supply of digital contents and services in exchange for data in terms of contract,[22] even going so far as to exclude that personal data may be considered a commodity (see Recital no. 24 of the DCD).[23] The application of the consumer (contract) law provisions to cases in which consumers receive contents and services against the disclosure of their data could be read as implicit assignment of contractual nature to such transactions: there will be a (synallagmatic) contract both when paying the price (in money) and when supplying personal data in exchange for digital content or a service [see § 327(3) of the German BGB;[24] cf. Preamble of the Spanish *Real Decreto-ley* 7/2021, IX 20].[25] Never-

---

less: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content, in *ERPL*, 2020, 251 ss.; R. SCHULZE, *Die Digitale-Inhalte-Richtlinie – Innovation und Kontinuität im europäischen Vertragsrecht*, in *ZEuP*, 2019, 695 ss.; C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione dei dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, 499 ss.; G. SPINDLER, K. SEIN, *The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Parts 1 and 2*, in *ERCL*, 2019, 257 ss. and 365 ss.; C. ZOLINSKI, *Contrats de fourniture de contenus et de services numériques. À propos de la directive (UE) 2019/770 du 20 Mai 2019*, in *La Semaine Juridique*, 2019, 2062 ss.; I. BACH, *Neue Richtlinie zum Verbrauchergüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte*, in *NJW*, 2019, 1705 ss.; D. STAUDENMAYER, *Auf dem Weg zum digitalen Privatrecht – Verträge über digitale Inhalte*, in *NJW*, 2019, 2497 ss. See also the article-by-article commentary R. SCHULZE-D. STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law*, cit. As regards the implementation of the Directive in selected Member States (France, Hungary, Portugal, Spain, Italy, Luxembourg, Belgium, Denmark), cf. the contributions (written by J. Senechal, F. Szilágyi, J. Morais Carvalho, E. Arroyo Amayuelas, A. De Franceschi, F. Pflücke, B. Keirsbilck, E. Terryn, M.J.Sørensen) published in *EuCML*, 2021-2022.

[20] An analysis may be found in G. VERSACI, *Le tutele a favore del consumatore digitale nella "Direttiva Omnibus"*, in *Pers. mercato*, 2021, 583 ss. and in M. ĐUROVIĆ, *Adaptation of Consumer Law to the Digital Age: EU Directive 2019/2161 on Modernisation and Better Enforcement of Consumer Law*, in *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina, LXVIII, 2/2020, 62 ss. For the implementation of the Directive in Italy, see now the D.Lgs. no. 26/2023.

[21] For a broad understanding of "remuneration" see recital no. 16 of the Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 establishing the European Electronic Communications Code (Recast). See also the interpretation of Article 2(4) by G. DE CRISTOFARO, *Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta. Verso un diritto "pubblico" dei (contratti dei) consumatori?*, in *NLCC*, 2022, 10 s. A first reference to the business model of paying with data was made in recital no. 18 of the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law.

[22] The DCD's dispositions apply "*where* the trader supplies or undertakes to supply digital content or a digital service to the consumer, and the consumer provides or undertakes to provide personal data to the trader": see Article 3(1) of the DCD and cf. Article 3(1a) of the CRD as amended by *Omnibus* Directive.

[23] By avoiding taking a stand on the controversial issue of data as contractual counter-performance, the European legislator probably tried to soothe the criticism already expressed regarding the Directive's proposal COM(2015) 634: see EDPS Opinion 4/2017, 7, point 17, note 27. The main criticisms have been identified by J. MORAIS CARVALHO, *Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771*, in *EuCML*, 2019, 197. On the contrary, data may be considered as a tradable asset according to C. PERLINGIERI, *Data as the object of a contract and contract epistemology*, in T. PERTOT, M. SCHMIDT, KESSEL, F. PADOVINI (eds.), *Rechte an Daten*. Mohr Siebeck, 2020, 207 ss. and 210; A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU, J. METZGER, *Data-Related Aspects of the Digital Content Directive*, in *JIPITEC*, 2018, 94; V. RICCIUTO, *L'equivoco della* privacy, cit., 153 ss., 166 ss.; A. DE FRANCESCHI-M. LEHMANN, *Data as Tradeable Commodity and the new Instruments for their Protection*, in *The Italian Law Journal*, 2015, 51 ss. For the controversial issue concerning the qualification and the legal treatment of data, see S. V. ERP, *Management as Ownership of Data*, in S. LOHSSE-R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *Data as Counter-Performance*, cit., 77 ss; D. HÜRLIMANN, H. ZECH, *Rechte an Daten*, in *sui-generis*, 2016, 89 ss. For a monographic study, see C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Giappichelli, 2020.

[24] Nevertheless, the German legislator avoided to use the term "*Gegenleistug*" (counter-performance): see A. METZGER, *Vorbemerkung (vor § 327 BGB)*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Beck, 2022, Rn. 15.



theless, the inclusion of those cases into the scope of application of the Directives'provisions could otherwise be considered merely the result of the European legislator's intention to better protect consumers providing their data in order to get a content or a service (advertised as being) free of charge.[26] A more agnostic approach was taken e.g. by the Italian legislator: when implementing the two Directives it replicated the formula(s) used by Article 3(1) of DCD and by Article 4(2) of the *Omnibus* Directive [see Articles 46(1-bis) and 135 *octies*(4) of the Italian *Codice del consumo*],[27] without taking a stance on the opportunity to qualify the case concerned in terms of a (synallagmatic) contract.

Actually, the contractualization of personal data seems to be implied also in the above-mentioned DGA and in the provided mechanisms of information sharing, which may involve data subjects and data holders (having the right to grant access to or to share certain data, including the personal data of others), on the one hand, and data users (that may process the accessed data for commercial purposes too) on the other [cf. Articles 2(7 et seq.) and 10]. The existence of contractual relationships between those who exchange data–directly or through an intermediary–could be gleaned, e.g., from Article 2(10) of the DGA, that defines 'data sharing' as the provision of data that may be "based on voluntary agreements". Also, the 'commercial relationships' that the 'data intermediation service' aims at establishing for the purpose of data sharing according to Article 2(11) of the DGA are unlikely to be carried out without passing through a contractual regulation. However, although the "agreements", "exchanges", and "commercial relationships" to which the DGA refers need (*inter alia*) contracts to be concluded between the involved parties,[28] the qualification, structure and content of the latter did–once again–not receive specific attention by the legislator.

In light of the divergent positions still existing at the national and European level, the question of whether and of how personal data may be legitimately considered the subject matter of contracts–specifically as a *contractual* (counter-)performance–is therefore still relevant, even more so considering that, by taking a position on new legislative developments in the field of data law, which clearly aims at making more data available for different, also commercial, uses, both–the European Data Protection Board (EDPB) and the European Data Protection Supervisor (EDPS)–recently confirmed the criticism towards the phenomenon of personal data "commodification", already expressed regarding the Directive's proposal COM(2015) 634.[29] On the one hand, such "commodification" is somehow implied in many European provisions [see now also Article 12(h) of the DGA], while on the other, there is some hesitation when it comes to explicitly considering personal data as a commodity.[30]

---

[25] See J. MORAIS CARVALHO, *Sale of Goods*, cit., 197, fn. 50. For the qualification issue, see then V. MAK, *Contract and Consumer Law*, cit., 17 and 33 and, from an Italian perspective, V. RICCIUTO, *L'equivoco della* privacy, cit., 152 s., 156 ss., 162 and 166; G. BUSET, *Brevi note sull'attribuzione del godimento nel prisma della evoluzione tecnologica*, in *Juscivile*, 2022, 512, nt. 4; P. GALLO, *Il consenso al trattamento*, cit., 1064 s.; G.M. UBERTAZZI, *Models of Information Circulation and the Function of Privacy*, in *EuCML*, 2022, 210 s.

[26] Cf. C. CAMARDI, *Prime osservazioni*, cit., 508 s.

[27] See however V. RICCIUTO, *L'equivoco della* privacy, cit., 140 and 151 s.: in his opinion, there is a slight difference between the European and the Italian (implementing) provision (which replaces the verb "undertakes" with the verb "obliges"), showing that Article 135 *octies* (4) of the Italian *Codice del consumo* is less neutral than Article 3 of the DCD.

[28] According to Article 2(11) of the DGA data intermediation services may establish "commercial relationships" through many different, including legal, means.

[29] Cf. EDPS Opinion 4/2017, 7, point 17, note 27; EDPB Statement 05/2021 on the Data Governance Act in light of the legislative developments, 4, available at *https://edpb.eu-ropa.eu/system/files/2021-05/edpb_statementondga_19052021_en_0.pdf* (accessed on March 28, 2023) and EDPB-EDPS Joint Opinion 2/2022 on the Proposal of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (*Data Act*), 8, note 15 and 18, note 63, available at *https://edpb.europa.eu/system/files/2022-05/edpb-edps_joint_opin-ion_22022_on_data_act_proposal_en.pdf* (accessed on March 28, 2023).

[30] D. POLETTI, *Gli intermediari dei dati*, cit., 51, 54.



3. – By extending some contractual provisions to cases in which personal data are provided by consumers in order to obtain digital services and contents offered on the market and by defining set of rules to promote the sharing of data, including the personal data, the European legislator did not even clarify what personal data provision consists of in the considered cases. [31]

As a combined reading of the provisions laid down in the above-mentioned legislation shows, personal data may be actually provided by different actors (data subjects or data holders) and within various relationships (it may be shared with data users directly or through a provider of a data intermediation service). Without ignoring the different perspectives from which the problem concerning personal data provision may be investigated, [32] in the following only the data subject's point of view will be analysed. More specifically, the attention will focus on the provision of personal data made by consumers, who disclose their data directly to the supplier of content and services in order to get the provided performance in return. The selected point of view should allow us to address and to deepen a specific question–that of the bundled data subject's consent–which is crucial and actually of preliminary nature when deciding on if and on how consumers' personal data may legitimately enter the market and become the object of economically valuable transactions.

Focusing the attention on the provision of personal data from the mentioned point of view, the first question that arises is whether such provision consists of the delivery of personal data as such or if something more than data supplying is required from the data subject acting as a consumer. In this regard, assuming the need for a specific GDPR legal basis for the processing of personal data, most scholars consider the European consumer law provisions laid down in the currently implemented DCD and *Omnibus* Directive to be based on the idea that consumers, by concluding the contract for the supply of digital content or service with the trader, [33] also agree to the processing of their data for accessory purposes, giving their consent under Article 6(1)(a) of the GDPR: [34] the latter is, in fact, essential to assign to the trader the right

---

[31] On this point see C. LANGHANKE, M. SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data*, cit., 220; A. DE FRANCESCHI, *Italian consumer Law after the Transposition of Directives (EU) 2019/770 and 2019/771*, in *EuCML*, 2022, 73; C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Giappichelli, 2021, 52; G. BUSET, *Brevi note*, cit., 511 ss.; F. GRAF VON WESTPHALEN, C. WENDEHORST, *Hergabe personenbezogener Daten für digitale Inhalte – Gegenleistung, bereitzustellendes Material oder Zwangsbeitrag zum Datenbinnenmarkt?*, in *BB*, 2016, 2181; L. SPECHT, *Daten als Gegenleistung*, cit., 763 ss.; C. PERLINGIERI, *Data as the object of a contract*, cit., 207 ss.

[32] See D. POLETTI, *Gli intermediari dei dati*, cit., 53 s.

[33] For the gratuitous structure of such contracts, see C. CAMARDI, *Prime osservazioni*, cit., 508 s. According to other Authors (cf. V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 652 s.; G. BUSET, *Brevi note*, cit., 512, fn. 4), there would be an "exchange" ("*scambio*") between a performance and a counter-performance. Further, German authors qualify the contract entered into by the consumer as a "*schuldrechtlicher Vertrag*" (contract with obligatory effects): see A. METZGER, *§ 327 BGB*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, cit., Rn.18.

[34] A. METZGER, *A Market Model*, cit., 33; D. STAUDENMAYER, *Article 3*, cit., 73, Rn 60 s., 64; E. ARROYO AMAYUELAS, *The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain*, in *EuCML* 2022, 37; C. IRTI, *Consenso "negoziato"*, cit., 52; C. LANGHANKE, M. SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data*, cit., 220. As to the role of data subject's consent by "paying" with data, see G. DE CRISTOFARO, *Die datenschutzrechtliche Einwilligung als Gegenstand des Leistungsversprechens*, in T. PERTOT, M. SCHMIDT-KESSEL, F. PADOVINI (eds.), *Rechte an Daten*, cit., 151 ss.; M. SCHMIDT-KESSEL, *Consent for Processing of Personal Data and its Relationship to Contract*, in A. DE FRANCESCHI, R. SCHULZE (eds.), *Digital Revolution – New Challenges for Law*, Beck-Nomos, 2019, 75 ss.; V. RICCIUTO, *L'equivoco della* privacy, cit., 137 ss. and 160; G. BUSET, *Brevi note*, cit., 511 ss. On the consent to data processing see also S. SCHULZ, *Artikel 6 DSGVO*, in P. GOLA, D. HECKMANN (eds.), *Datenschutz-Grundverordnung Datenschutz-Grundverordnung – Bundesdatenschutzgesetz*, Beck, 2022, Rn. 21 ss.; A. GENTILI, *La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 701 ss.; C. IRTI, *Consenso "negoziato"*, cit.; A. VIVARELLI, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale. Sfide tecnologiche e soluzioni giuridiche. Quaderni de «Il Foro napoletano»*, ESI, 2019; F. BRAVO, *Le condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Zanichelli, 2019, 110 ss.



to use the information gathered, unless another legal basis for processing is applicable in the specific case. [35]

As a result, scholars further investigate the relationship between contractual consent and the one concerning data processing. [36] Many questions arise in this respect. There is discussion, e.g., of whether the privacy consent can be still regarded as freely given under the GDPR, when the data subject, by entering into the contract, commits to agreeing to the use of his/her information: the consent could in fact not be considered as freely given according to the GDPR, if the data subject took on an obligation to give it. [37] It is further debated, whether it makes sense to distinguish between the data subject's consent and the contractual one: while, according to some authors, they would necessarily be separate from each other and the validity of the privacy consent would be "no prerequisite of a valid contract to provide for (a right to use) personal data", [38] in another view users would only give consent once, which would be subject to both contract and data protection law requirements. [39] Moreover, as the data subject may withdraw his/her consent at any time under Article 7(3) of the GDPR, one could also ask what the impact of such a withdrawal on the contract concluded with the supplier would be. [40]

---

[35] See e.g. A. METZGER., *§ 327 BGB*, cit., Rn. 20: legal basis other than consent – especially those in article 6(1)(d)(e) and (f) – could also be relevant in the given case. On the contrary, the DCD would not add an additional legal basis to those provided in the GDPR: D. STAUDENMAYER, *Article 3*, cit., 88, Rn. 140. The same goes, e.g., for the DGA, which "does not create a legal basis for the processing of personal data": see Article 1(3) and cf. Recital no. 4. Cf. Article 5(2) and Recital no. 36 of the DMA, which restrict legal basis for data processing gatekeepers may rely on in some cases.

[36] R.M. GARCÍA PÉREZ, *Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva 770/2019: Licitud del tratamiento y conformidad de los contenidos y servicios digitales*, in E. ARROYO AMAYUELAS, S. CÁMARA LAPUENTE (directed by), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, 2020, 175 ss. For the coordination issue, see also M. SCHMIDT-KESSEL, *Consent for Processing*, cit., 75 ss.; C. IRTI, *Consenso "negoziato"*, cit., *passim*; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali*, cit., 113 ss., *passim*; J. SENECHAL, *The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in France*, in *EuCML*, 2021, 266; A. DE FRANCESCHI, *Italian Consumer Law*, cit., 76.

[37] For the capability of the consent of being object of an obligation, see M. SCHMIDT-KESSEL, *Consent for the Processing*, cit., 78; ID., *Right to Withdraw Consent*, cit., 131: "the GDPR understands consent as being something 'under' the contract, which might even become the object of a promise so becoming the object of a contractual obligation". Cf. A. METZGER, *§ 327 BGB*, cit., Rn. 18. *Contra* C. IRTI, *Consenso "negoziato"*, cit., 103; G. MARINO, *Mercato digitale e sistema delle successioni* mortis causa, ESI, 2022, 129 s.

[38] M. SCHMIDT-KESSEL, *Consent for the Processing*, cit., 77 s.: in his opinion "the Regulation turns out to think of consent and contract as being different and at least somewhat separated institutions". Cf. A. METZGER, *A Market Model*, cit., 33 s.; ID., *§ 327 BGB*, cit., Rn; T. RIEHM, *Freie Widerrufbarkeit der Einwilligung und Struktur der Obligation. Daten als Gegenleistung?*, in *Rechte an Daten*, cit., 186 s. 18. For the existence of two different consents (and two different layers), see C. CAMARDI, *Prime osservazioni*, cit., 510; C. IRTI, *Consenso "negoziato"*, cit., 77. The idea that there are different validity requirements for the two consents could find a confirmation in Article 8 GDPR on child's consent: in fact, the provision "shall not affect the general contract law of Member States such as the rules on the validity, formation or effect of a contract in relation to a child". A coordination between the general capacity requirements and the data protection law ones would be therefore necessary: see R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Giappichelli, 2021, 75 ss. As specifically regards the consent given by a child, see, for the effects of considering the two consents as completely separate and independent from each other, V. RICCIUTO, *L'equivoco della* privacy, cit., 139; cf. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., 195 ss.

[39] V. RICCIUTO, *L'equivoco della* privacy, cit., 144 ss., spec. 149, 152 s. and 155: according to him specific rules (stemming from the GDPR) would (additionally) apply to contracts to the supply of goods, when data are used as counter-performance. Cf. P. GALLO, *Il consenso al trattamento*, cit., 1067 and 1070: in case of a conflict, data protection law requirements would however prevail over the contractual ones; thus, a consent would be valid, for example, even when given by a child (not yet 18 years old).

[40] See M. SCHMIDT-KESSEL, *Right to Withdraw Consent*, cit., 129 ss.; T. RIEHM, *Freie Widerrufbarkeit der Einwilligung*, cit., 175 ss; A. METZGER, *A Market Model*, cit., 35; I. KULL, *Withdrawal from the Consent to Process Personal Data Provided as Counter-Performance: Contractual Consequences*, in *Juridiskā zinātne/Law*, No. 13, 2020, 33 ss.; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali*, cit., 182 ss.; C. IRTI, *Consenso "negoziato"*, cit., 112 ss.; S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., 186 ss. Another question that arises as to the relationship between contract and data protection law is that concerning the possibility to con-



The European legislator did not give specific answers to all these questions. In fact, with a formula that is typical for European acts also involving personal data, it only stated that data protection law should prevail [over the contract law provisions: Article 3(8) and Recital no. 37 of the DCD; cf. also Recital no. 4 of the DGA]. However, by doing so, he failed to clarify any aspects regarding the interaction of the latter with (consumer) contract law.

Some national legislators have addressed certain issues regarding the interplay between different legal fields, such as that concerning the impact of exercising a data subject's right, by explicitly providing for the automatic termination of the contract [Article 7:50ab(5) of the Dutch WB] or at least for the possibility of such a termination after the withdrawal of consent [or after the consumer's objection: see e.g. § 327q(2) of the German BGB and Article 119 *ter*(7) of the Spanish *Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios* – TR-LGDCU].[41] On the contrary, other legislators rather opted for a simple implementation of the European dispositions, merely confirming the priority of data protection law (see e.g. Article 135-*novies*(6) of the Italian *Codice del consumo*),[42] hence leaving the relationship between the latter and contract (consumer) law to be ascertained by way of interpretation.[43]

It is hardly necessary to mention that similar coordination issues also arise with regard to other legal frameworks now applying to personal data, which only can be legitimately processed when a legal basis according to the GDPR exists and the data user complies with other provisions laid down therein.[44]

4. – When determining the interaction between data protection and (consumer) contract law, there is one provision in particular that should be preliminarily considered in order to establish if, when and how con-

---

sider the failure to comply with the GDPR as a lack of conformity according to the DCD: see G.M. UBERTAZZI, *Models of Information*, cit., 211 and, referring to the French implementation act, J. SENECHAL, *The Implementation of the EU Directives*, cit., 266.

[41] Cf. A. METZGER, *§ 327q BGB*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, cit., Rn. 3 ss. and E. ARROYO AMAYUELAS, *The Implementation*, cit., 37: "the hypothesis on which this remedy granted to the trader is based has nothing to do with breach of contract and, consequently, it is questionable whether what is in fact only a right to withdraw from or to rescind the contract should be classified as a termination ("*resolución*")".

[42] As regards the effects of the consent's withdrawal, from an Italian perspective, P. GALLO, *Il consenso al trattamento*, cit., 1088 ss.; S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., 186 ss.; C. IRTI, *Consenso "negoziato"*, cit., 113 s.; S. PAGLIANTINI, *L'attuazione minimalista della Dir. 2019/770/UE*, cit., 1522 ss.

Further, the specific issue of the contractual consequences of the consent withdrawal was not explicitly addressed by the French legislator: cf. J. SENECHAL, *The Implementation*, cit., 266, in whose opinion "when the consumer's consent is the legitimate basis for the processing of his personal data, the withdrawal of consent cannot affect the survival of the contract concluded between the consumer, the holder of the data, and the trader, even if the contract does not provide for a price to be paid by the consumer".

Provisions concerning the consequences of the consent's withdrawal are also missing in Austria, where some Authors argue for the survival of the obligation (after the consent's withdrawal) as a natural obligation (*Naturalobligation*): for the implementation of the DCD in Austria, cf. J. FLUME, C. KRONTHALER, S. LEIMER (hrsg.), *VGG – Verbrauchergewährleistungsgesetz*, Verlag Österreich, 2022, *passim*.

[43] The different approaches taken in some selected legal orders are pointed out by G. VERSACI, *Il valore negoziale dei dati personali del consumatore: spigolature sul recepimento della direttiva 2019/770/UE in una prospettiva comparata*, in E. CREMONA-F. LAVIOLA, V. PAGNANELLI (eds.), *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, Giappichelli, 2022, 163 ss.

[44] Cf. G. RESTA, *Pubblico, privato, collettivo nel sistema europeo di governo dei dati*, cit., 623 s.; F. BRAVO, *Intermediazione di dati personali e servizi di* data sharing *dal GDPR al Data Governance Act*, cit., 199 ss.; M. HENNEMANN, L. V. DITFURTH, *Datenintermediäre und Data Governance Act*, cit., 1910; D. GERADIN, K. BANIA, T. KARANIKIOTI, *The Interplay Between the Digital Markets Act and the General Data Protection Regulation*, 2022, available at *https://ssrn.com/abstract=4203907* (accessed on June 04, 2023); B. STEINRÖTTER, *Verhältnis von Data Act und DS-GVO. Zugleich ein Beitrag zur Konkurrenzlehre im Rahmen der EU-Digitalgesetzgebung*, in *GRUR*, 2023, 216 ss.; L. SPECHT-RIEMENSCHNEIDER, *Der Entwurf des Data Act*, in *MMR*, 2022, 810 s.



sumers may lawfully give consent to the processing of their personal data by concluding a contract for the supply of (digital) contents or services. The reference here is to Article 7(4) of the GDPR, according to which "when assessing whether consent is freely given, utmost account shall be taken of whether, *inter alia*, the performance of a contract, including the provision of a service, is conditional on consent to the processing of personal data that is not necessary for the performance of that contract".

In following the attention will be focused on this disposition, which apparently covers instances that fall within the scope of European consumer law and especially of the DCD. The latter, in fact, does not apply when data is exclusively processed for the purpose of supplying the content or the service [i.e. for the contractual performance, or for allowing the trader to comply with legal requirements: Article 3(1) subpara 2 of the DCD]. Moreover, traders generally accept data instead of money only if they have the possibility of monetizing it, by using information for secondary purposes which are extraneous to the performance of the contract concluded with the data subject. Such use of personal data typically requires consent according to Article 6(1)(a) of the GDPR, on which the performance of the contract is therefore conditional.

Indeed, the extracontractual use of data could be also based on a legitimate interest according to Article 6(1)(f) of the GDPR, [45] which, however, does not allow the processing of all categories of personal data: for example, it is not a suitable basis for processing data according to Article 9 of the GDPR or by automated individual decision-making *ex* Article 22 of the GDPR. Additionally, the existence of a legitimate interest requires an assessment on a case-by-case basis in order to establish if it is overridden by other interests and fundamental rights and freedoms of the data subject. Moreover, relying on Article 6(1)(f) of the GDPR is not permitted, e.g., in case of some gatekeepers' data processing activities [cf. Article 5(2) and Recital no. 36 of the DMA]. Following, Article 6(1)(f) of the GDPR would in many cases not constitute an appropriate legal basis for the secondary use of data, which is usually pursued by traders supplying digital contents and services (free of charge). On the contrary, consent according to Article 6(1)(a) of the GDPR would often be essential for this purpose. [46]

Regardless of whether such consent may be considered separate from the contractual one or not, it would in any case be subject (also) to the GDPR provisions, including Article 7(4) of the GDPR. However, it is unclear if the latter disposition, on the one side, and the contract law provisions (contained in the DCD as well as in the national implementing laws), on the other side, may be reconciled. One could argue, for example, that consent bundling is highly undesirable or even prohibited according to Article 7(4) of the GDPR. This would lead to a coordination issue or rather to a conflict between data protection law and the DCD, which applies *inter alia* where the consent is tied to the performance of the contract for the supply of digital content or a service, i.e. where the consumer allows the supplier to use his/her data for purposes not necessary for the contractual performance and where the consumer's consent to such a use of data is often essential if he/she wants to obtain the content or the service offered by the trader (or, at least, to get it without paying a monetary price).

Considering the bundled consent, on which the phenomenon of "paying" with personal data is typically based, as prohibited according to Article 7(4) of the GDPR, could even lead to a deprivation of consumer rights when contents and services are supplied against the data subject's information. According to the priority given by the European legislator to data protection law [see Article 3(8) and cf. Recital no. 37 of the

[45] Legal basis *ex* Article 6(1)(d) and (e) could be relevant as well: see A. METZGER., *§ 327 BGB*, cit., Rn. 20.

[46] The role of data subject's consent seems to be even reinforced according to the latest European legislation (see especially the provisions laid down in the DGA and in the DMA).



DCD] and therefore also to Article 7(4) of the GDPR, contracts the performance of which is made dependent upon the consent to personal data processing that is not needed for the performance itself would be in infringement of the GDPR and could be regarded as illegal and eventually as void.[47] Consequently, the contract law provisions and remedies of the DCD, which imply the existence of a (valid) contract, would not apply.[48] This conclusion would also follow from an understanding of consent and contract as separate but (functionally) related acts which, as a rule (and unless adhering to the German principle of abstraction), exist and fall together (*simul stabunt, simul cadent*).[49]

Nevertheless, such conclusion could render Article 3(1) of the DCD meaningless or, at least, of little relevance, as consumer (protection) law would only apply when personal data processing would (and could) be exceptionally based on legal basis other than consent. Hence, an interpretation such as that mentioned above can only be shared if Article 7(4) of the GDPR cannot be understood otherwise. As will be shown, however, coordination between different legal frameworks (i.e. between data protection and consumer contract law) is certainly possible.

4.1. – Supposing that the European (consumer) contract law provisions are, in principle, based on the assumption that consumers give their consent to data processing, the possibility to reconcile them with Article 7(4) of the GDPR depends eventually on whether the latter really provides for a bundling prohibition and, if so, on how such a prohibition shall be understood.[50]

This has already been discussed before the GDPR entered into force. Although Directive no. 95/46/EC did not contain any provision that was analogous to Article 7(4) of the GDPR, some national legislators provided for a specific rule concerning the ban on tying within their national laws [see e.g. the former § 28(3b) of the German BDSG]. Furthermore, in some Member States which did not implement specific rules on the ban on tying, data protection authorities derived the existence of such a ban from the principle of freedom to consent [cf. Articles 2(h) and 7 of Directive no. 95/46/EC].[51]

However, even providing that a prohibition of coupling privacy consent and contract exists, there are different ways of how to interpret it. For example, some scholars, courts and authorities reckon that the bundling prohibition (does not only exist, but) should also be interpreted strictly. In this view, consent cannot be considered as freely given if the contractual performance (or the conclusion of the contract) is conditional on the data subject's consent to process his/her data for purposes extraneous to it.[52]

---

[47] D. STAUDENMAYER, *Article 3*, cit., 89, Rn. 142; A. METZGER, *A Market Model*, cit., 33; ID., *§ 327 BGB*, cit., Rn. 18 and 20; cf. *§ 327q BGB*, cit., Rn. 3 s.; P. HACKER, *Regulating the Economic Impact*, cit., 48 ss.

[48] For some criticism, see Authors in fn. 47.

[49] Cf. (also for some solution proposals) G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali*, cit., 177 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'attuazione minimalista della Dir. 2019/770/UE*, cit., 1528 ss. See however (from a German perspective) A. METZGER, *§ 327q BGB*, cit., Rn. 3; ID., *A Market Model*, cit., 33; B. LAHUSEN, *Verdinglichung durch Datenschutz*, in *AcP*, 2021, 14 s.; L. SPECHT, *Daten als Gegenleistung*, cit., 768.

[50] See, for the different interpretations, G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto*, cit., 137 ss.; ID.-V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi di rete*, cit., 426 ss. and 430 ss.; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali*, cit., 98 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'attuazione minimalista della Dir. 2019/770/UE*, cit., 1515 s., nt. 74; A. GENTILI, *La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone*, cit., 711.

[51] It. Garante della Privacy 28 May 1997, in *Corr. giur.*, 1997, 915 ss. (with the case note by V. ZENO-ZENCOVICH, *Il "consenso informato" e la "autodeterminazione informativa" nella prima decisione del Garante*).

[52] Cf. P. VOIGT, A. VD BUSSCHE, *EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)*, Springer, 2018, 123; S. GIERSCHMANN, *Was „bringt" deutschen Unternehmen die DS-GVO? – Mehr Pflichten, aber die Rechtsunsicherheit bleibt*, in *ZD*, 2016, 54; U. DAMMAN,



A similar approach was taken by the Austrian Supreme Court in 2018:[53] there would be a strong presumption of invalidity of the consent bundled with the acceptance of contractual terms and conditions that cannot be renounced (without renouncing the contract, too) and such presumption could not be overcome by simply demonstrating the lack of the controller's monopoly position in the market.

Also, according to Guidelines no. 05/2020 of the EDPB, consent bundled to the contractual performance should be presumed not to be freely given[54] (for such presumption see then Recital no. 43 of the GDPR). In fact, the data subject–not wishing to make his/her information available for uses not strictly necessary for the contractual performance–would be unable to refuse the consent without renouncing the service or the content to the supplying of which the consent is tied. In other words, if interested in the contract, he/she would be "forced" to agree with the extracontractual use of data. As the compulsion would hinder the free exercise of the data subject's will, and would therefore render his/her consent invalid, the possibility of coupling consent and contract (and, eventually, of "paying" with personal data) would be excluded.

Indeed, cases in which the consent would be free and valid, despite conditionality, could exist from both the Austrian Supreme Court's and the EDPB's point of view. Nevertheless, such cases would be highly exceptional. To overcome the (strong) presumption of the consent's invalidity, the controller would need to prove that the data subject was effectively able to choose between paying with data (allowing its use for purposes not strictly necessary for contractual performance) and getting an equivalent performance (from the same controller) without consenting to data processing.[55] By lack of such evidence, the data subject's consent would be invalid and the question concerning the validity of the contract, which is conditional on it, would also arise. In order not to deprive consumers of the protection given by the DCD when the contract is based on an invalid consent and is therefore in infringement of the data protection law, one could only argue that the occurrence of a data breach does not automatically result in the Directive's non-application, regardless of the validity of the contract entered into by the data subject to which the (invalid) consent is tied.

4.2. – In another opinion, the ban on tying, whether existing or not, would, on the contrary, not hinder the possibility to (legitimately) use personal data in order to "pay" for the service or the content supplied. A consent according to Article 6(1)(a) of the GDPR would in fact not be necessary for the purpose. As data monetization is closely linked with the performance of the contract concluded with the trader supplying contents, services or (other) goods,[56] in the discussed cases data processing would rather find its legal basis in Article 6(1)(b) of the GDPR [cf. Article 7(b) Directive no. 95/46/EC], which provides for the lawfulness of data

Erfolge und Defizite der EU-Datenschutzgrundverordnung – Erwarteter Fortschritt, Schwächen und überraschende Innovationen, in *ZD*, 2016, 311. According to N. HÄRTING, *Internetrecht*. Otto Schmidt, 2017, A. II Rz. 56, the bundling prohibition could even be regarded as reinforced by the GDPR. For the unlawfulness of the tying operations "in principle", A. GENTILI, *La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone*, cit., 711.

[53] OGH 31 August 2018 – 6 OB 140/18 H. For a case note, see S. SCHWAMBERGER, *Reichweite des Koppelungsverbots nach alter und neuer Rechtslage*, in *GPR*, 2019, 57 ss.

[54] EDPB Guidelines 05/2020, cit., 10 ss., 12, point 35.

[55] EDPB Guidelines 05/2020, cit., 10 ss., 12, points 35, 37 s.; OGH 31 August 2018 – 6 OB 140/18 H; cf. A. GOLLAND, *Das Kopplungsverbot in der Datenschutz-Grundverordnung. Anwendungsbereich, ökonomische Auswirkungen auf Web 2.0-Dienste und Lösungsvorschlag*, in *MMR*, 2018, 134 s.

[56] Although the DCD only applies to the supply of digital contents and services, personal data may be potentially used also in order to "pay" non-digital content and services as well as other goods.



processing "necessary for the performance of a contract to which the data subject is party". [57] Accordingly, the collection and use of a consumer's data would be possible and lawful regardless of his/her consent, and Article 7(4) GDPR (which only applies "where processing is based on consent") would play no role by determining whether the practice of "paying" with data is legitimate or not.

Such interpretation is not convincing, as Article 6(1)(b) of the GDPR only considers cases in which data processing is necessary for the contractual performance and data is not used for any other purpose. However, this is not the case when a service or a content is supplied against data. As stated above, the trader is only willing to waive payment (in money), if he has the possibility to monetize data, which typically requires the possibility to process it for purposes not necessary to the performance of the contract. Consequently, Article 6(1)(b) of the GDPR does not constitute an appropriate legal basis for the processing of data provided to get content or a service. [58]

The idea that consumers "paying" with personal data need to accept the use of the latter for extracontractual purposes seems also to be confirmed by the wording of Article 3(1) subpara 2 of the DCD [cf. Article 4(2) of the *Omnibus* Directive and the new Article 3(1a) of the CRD]. According to this provision, which clearly wants to address cases where consumers "pay" with their own data, European contract–or, rather, consumer–law does not apply where personal data are exclusively processed by the trader for the purpose of supplying the digital content or digital service in accordance with the Directive (or for allowing the trader to comply with legal requirements to which the trader is subject) and the trader does not process data for any other purpose. [59]

Considering the similarities between the exceptions to the DCD's scope of application and the legal basis laid down in Article 6(1)(b) and (c) of the GDPR [as well as the limited relevance of those mentioned in Article 6(1)(d) and (e) of the GDPR in the cases under discussion], [60] providing data in order to get a digital content or service under the European consumer law could be essentially based whether on a trader's legitimate interest [Article 6(1)(f) of the GDPR] or on the data subjects' consent [Article 6(1)(a) of the GDPR].

---

[57] See (before the GDPR entered into force) P. BRÄUTIGAM, *Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken – Zivilrechtlicher Austausch von IT-Leistung gegen personenbezogene Daten*, in *MMR*, 2012, 640; T. WEICHERT, *Die Ökonomisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung*, in *NJW*, 2001, 1467. Cf. also C. WENDEHORST, *Die Digitalisierung und das BGB*, in *NJW*, 2016, 2612; ID.-F. GRAF VON WESTPHALEN, *Das Verhältnis zwischen Datenschutz-Grundverordnung und das AGB-Recht*, in *NJW*, 2016, 3747.

[58] Cf. B. SCHMITZ, E. BUSCHUEW, *(Be-)Zahlen mit Daten. Im Spannungsverhältnis zwischen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und Privatautonomie*, in *MMR*, 2022, 172 s.; A. SATTLER, *Autonomy or Heteronomy – Proposal for a Two-Tier Interpretation of Art. 6 GDPR*, in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *Data as Counter-Performance*, cit., 241 s.; E.M. FRENZEL, *Artikel 7*, in B. PAAL-D. PAULY (eds.), *Datenschutz-Grundverordnung*, Beck, 2021, Rz. 20. Additionally, relying on Article 6(1)(b) of the GDPR is not permitted, e.g., in case of some gatekeepers'data processing activities: see Article 5(2) and Recital no. 36 of the DMA. As regards the legal basis of Article 6(1)(b) of the GDPR, see now CJEU 4 July 2023, C-252/21 – *Meta Platforms and Others*, points 97 ss., 125.

[59] This is basically what data intermediation service providers only can do according to the DGA: in fact, as stated by Article 12(1)(a) of the DGA, an intermediary "shall not use the data for which it provides data intermediation services for purposes other than to put them at the disposal of data users".

[60] A. METZGER, *A Market Model*, cit., 2020, 33; cf. D. STAUDENMAYER, *Article 3*, cit., 73, Rn 60 s. and 64: according to the latter, similarities of the exception in Article 3(1) subpara 2 of the DCD and Article 6(1)(b) and (c) of the GDPR, "are not to be interpreted as references to the legal grounds for processing personal data". For the possibility of a synchronization between Directive no. 2019/770 and the GDPR based on Article 6(1)(b) of the GDPR, see A. SATTLER, *Autonomy or Heteronomy*, cit., 241 s.: even if "the relationship between Art. 3(1) sentence 2 DSCD and Art. 6(1)(b) is less clear than the respective wording suggests", "it is unlikely that Art. 6(1)(b) provides an option to synchronize the DCSD and the GDPR". For a synchronization based on Article 6(1)(f) GDPR, see then pages 242 ss.



However, as there are many cases in which Article 6(1)(f) of the GDPR can also not be considered a suitable basis for data processing, [61] the data subject's consent would often likely be essential for the extracontractual use and, therefore, for the monetization of data, the possibility of which is the requirement that the trader does not want to do without when supplying a content or a service "for free". [62]

4.3. – From a different point of view, "paying" with one's own data would also be admitted by identifying the basis of processing in the data subject's consent. This would be possible, even though the latter is bundled up as a condition of the contractual performance. To consider the bundled consent freely given in a specific case, it would be only necessary to interpret Article 7(4) of the GDPR differently, trying a relaxation of the ban on tying. [63] One could argue, e.g., that the GDPR provision, when interpreted literally, only addresses cases in which the contractual performance and not the conclusion of the contract is conditional on the data subject's consent, which is not necessary for the performance itself. As in many cases in which consumers "pay" with their data, the consent according to Article 6(1)(a) GDPR is essential in order to enter into the contract with the trader (rather than to perform it), Article 7(4) GDPR would therefore not apply to them. [64]

However, also extending the scope of application of Article 7(4) GDPR, affirming its applicability to cases in which the conclusion of the contract is conditional on the data subject's consent, would not prevent the consideration of such contracts in accordance with the GDPR. Whether the connection between contractual conclusion and/or performance and the data subject's consent should be allowed or not would depend, in fact, not only on the link existing between consent and contract, but also on other circumstances: [65] among others on the data subject's relationship to the other party (see Recital no. 43, sentence 1, of the GDPR) [66] and on the specific performance to be carried out, [67] as well as on the possibility of further access to it (see Recital no. 42, sentence 5, of the GDPR). [68]

---

[61] See above, para 4. See now also C-252/21 – *Meta Platforms and Others*, points 105 ss., 126.

[62] As highlighted by D. STAUDENMAYER, *Article 3*, cit., 73, Rn. 64; A. METZGER, *A Market Model*, cit., 33.

[63] See M. BECKER, *Eine Materialisierung des datenschutzrechtlichen Koppelungsverbots. Zur Regulierung des vertragslosen Tauschs von Daten gegen Leistungen*, in *CR*, 2021, 230 ss.; A. BIJOK, *Kommerzialisierungsfester Datenschutz. Rechtliche Problemlagen der Datennutzung in der Informationswirtschaft*, Nomos, 2020, 129 s., 212 ss., 234, 260, 317, 388, 412, 419; A. SATTLER, *Neues EU-Vertragsrecht für digitale Güter – Die Richtlinie (EU) 2019/770 als Herausforderung für das Schuld-, Urheber-, und Datenschutzrecht*, in *CR*, 2020, 152; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali*, cit., 98 ss. In the sense that Article 7(4) GDPR would even not provide for a prohibition, *i.a.*, F. FAUST, *Ausschließlichkeitsrecht an Daten? In Stiftung Datenschutzrecht, Dateneigentum und Datenhandel*, Erich Schmidt, 2019, 90. Also, according to C. WENDEHORST, *Die Digitalisierung*, cit., 2612, the significance of the ban on tying should be reconsidered.

[64] Cf. G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto*, cit., 140.

[65] See e.g. E.M. FRENZEL, *Artikel 7*, cit., Rn. 18.

[66] The above-mentioned recital contains a reference to an imbalance that would exist, e.g., "in the employment context […] between the employer and the employee" and "whenever the controller is a public authority": so EDPB Guidelines 05/2020, cit., 7 ss. Cf. E.M. FRENZEL, *Artikel 7*, cit., Rn. 18. An imbalance is also typical for the relationship between a costumer and a bank: see, e.g., Cass. 21 October 2019, no. 26778, in *Dir. inf.*, 499 ss. (with the case note by S. THOBANI, *Richieste preventive di consenso al trattamento dei dati: quando la tutela rischia di essere eccessiva*).

[67] S. THOBANI, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Maggioli, 2016, 56.

[68] A. METZGER, *327q BGB*, cit., Rn. 5; K.-U. PLATH, *Artikel 7*, in K.-U. PLATH (ed.), *BDSG/DSGVO*, Otto Schmidt, 2018, Rz. 14; B. STEMMER, *Artikel 7 DS-GVO*, cit., Rz. 49.1. See also the Austrian Data Protection Authority 30 November 2018, no. DSB-D122.931/0003-DSB/2018, available at *https://www-ris-bka-gv-at.translate.goog/JudikaturEntscheidung.wxe?Abfrage=Dsk&Dokumentnummer=DSBT_20181130_DSB_D122_931_0003_DSB_2018_00&_x_tr_sl=de&_x_tr_tl=it&_x_tr_hl=it&_x_tr_pto=nui,*



Additionally, in some scholars' opinion, the consent would be freely given and consequently valid–independent of the trader's monopoly position [69]–if the latter makes clear that a contract is going to be concluded between the parties (including the use of data as counter-performance within the purposes for which the data subject's permission is given); [70] additionally, if the data subject is made aware of the possibility to withdraw the consent already given: the right of withdrawal according to Article 7(3) of the GDPR would, in fact, present the real safeguard of the data subject's freedom of choice in the case of a bundled consent. [71] According to this view, the (weak) ban on tying–if it actually exists–would therefore primarily fulfil a transparency function (*Transparenzfunktion*). [72]

The idea that the existence of a conditionality does not prevent from affirming the freedom of consent and from considering paying with personal data as legal is also shared by some national courts. For example, in a decision from 2018 the Italian Supreme Court stated that the link established between the contractual performance and the consumer's consent to the processing of his/her data does not hinder the voluntary nature (*i.e.* the freedom) of the latter [73]. In the case decided by the Italian judges, the access to a newsletter service was conditional on the consent to the use of the consumer's data. Unlike the *Garante della Privacy* [74], the Court did not consider the circumstance of bundling as an impediment to the validity of the operation, rather focusing on the attributes of the data subject's consent as the prerequisite of a legitimate personal data disclosure. According to the judges, "paying" with (or giving access to) personal data would be allowed, provided that free, informed and specific consent was given by the data subject when concluding the contract. With special regard to the freedom of consent, the latter would not be excluded just because of the tying if the counterparty's performance were fungible (i.e. replaceable with an analogous one) and deniable by the data subject (without detriment). In case of a newsletter service, e.g., the user would have the possibility to get the same information through *other* (chargeable) internet sites or newspapers and could therefore deny his/her consent to data processing without suffering any negative effect: hence, the link between such a performance (delivery of news through a newsletter service) and the consent would not automatically lead to an exclusion of the freedom requirement.

The question concerning the interpretation of the so-called *Koppelungsverbot* (i.e. the German expression for the ban on tying) was further addressed by the Court of Appeal of Frankfurt am Main, [75] which eventually shared the view of the Italian judges. However, while the latter decided on a case still covered by the "old" law, the German case fell *ratione temporis* under the GDPR. Nonetheless, the judges did not focus on the interpretation of Article 7(4) of the GDPR, but rather assessed the effects of the conditionality only in the light of the principle of freedom of consent *ex* Article 4(11) of the GDPR [also referring to the rules of Directive

---

op,elem,sc. (accessed on March 28, 2023): in order to consider the consent as freely given, the data subject should have the possibility to choose between payment of a price in money and "payment" by consenting to data access (e.g. for tracking purposes).

[69] See however A. De Franceschi, *Digitale Inhalte gegen personenbezogene Daten*, cit., 119. For the question as to whether the application of Article 7(4) of the GDPR also depends on a monopoly position of the data controller or not, B. Stemmer, *Artikel 7*, in H.A. Wolff-S. Brink (eds.), *BeckOK Datenschutzrecht*, Beck, 2022, Rn. 46 s.

[70] C. Langhanke, *Daten als Leistung*, cit., 136 s.; M. Schmidt-Kessel, *Consent for the Processing*, cit., 77; Id.-A. Grimm, *Unentgeltlich oder Entgeltlich?*, in *ZfPW*, 2017, 91.

[71] G. Versaci, *Consenso al trattamento dei dati personali e* dark patterns *tra opzionalità e condizionalità*, in *NLCC*, 2022, 1144.

[72] See Authors in fn. 70 s.

[73] Cass. 2 July 2018, no. 17278, in *Giur it*, 2019, 530 ss., with the case note by S. Thobani, *Operazioni di* tying *e libertà del consenso*.

[74] It. Garante della Privacy 25 September 2014, n. 427, available at *https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3457687* (accessed on March 28, 2023).

[75] OLG Frankfurt a.M. 27 June 2019 – Az.: 6 U 6/19, in *BeckRS*, 2019, 17820.



no. 95/46/EC: see Article 2(h)]. They stated in particular that the consent to processing of personal data for advertising purposes may be considered freely given, even if the participation in a lottery is conditional on it. For this purpose, it would be only necessary to ensure that the data subject's consent to the use of data is expressed without pressure (*ohne Zwang*), giving him/her the possibility to refuse or to withdraw the consent, without any prejudice (see Recital no. 42 of the GDPR).

Although the German Court's decision can be understood as a confirmation of the weak character of the bundling prohibition, it does, however, deserve some criticism, as the judges did not explicitly consider Article 7(4) of the GDPR, avoiding taking a position on its role by assessing the freedom of consent, as well as by determining the legality of the widespread practice of "paying" with personal data. A statement on this point would have been desirable, as other authorities still prefer a different, stricter interpretation of the bundling prohibition, which clearly increases the uncertainty on the manner in which the Regulation's disposition should be interpreted.

5. – The opinion on the existence of a weak ban on tying is surely preferable as it does allow better coordination with the existing consumer law provisions and with the needs rising from today's digital and data economy. Moreover, it seems to be in line with the European data protection law and specifically with the *ratio* of the European Regulation, that "adheres to the freedom of contract", considering its "illegality and voidness as the exception" (and not *vice versa*). [76]

Also, the wording of Article 7(4) of the GDPR (cf. Recitals no. 42 and 43) does not allow an argument against the freedom and therefore the validity of the consent just because the access to information and its use is required for (the conclusion of the contract and/or for) the contractual performance. On the contrary, according to the GDPR, there is simply the need to take "utmost account" of the conditioning by determining, whether consent has been freely given or not. As the situation of tying has only to be considered "*inter alia*", the link between consent and contractual performance is therefore only one of the factors that shall be taken into account when deciding about the freedom of the data subject's consent. [77] Thus, it is not enough to conclude on its invalidity and for the illegitimacy and/or the illegality of contractual operations involving personal data. This is also what those preferring a strict interpretation of Article 7(4) of the GDPR basically admit: by confirming the existence of a strong presumption of the invalidity of the consent tied to the performance of the contract, they cannot deny that there is still a "limited space for cases where […] conditionality would not render the consent invalid". [78]

One can only ask whether the proof of the possibility for the data subject to get the identical (or at least an equivalent) content or service from the same (or from another) supplier without consenting to data use for additional purposes really represents the only exonerating circumstance for the controller [as regards gate-

[76] M. SCHMIDT-KESSEL, *Right to Withdraw Consent*, cit., 134 ss. See, also for the history of Article 7(4) of the GDPR, G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali*, cit., 98 ss. Further, arguments against the above-mentioned opinion cannot be drawn from the EDPB's statements. In fact, by arguing that "the controller to whom consent has been provided by the data subject to the processing of her or his personal data is not entitled to 'exchange' or 'trade' personal data (as a so-called 'commodity') in a way that would result as not being in accordance with all applicable data protection principles and rules" (EDPB Statement 05/2021, cit., 4), the EDPB left open the possibility that personal data may be exchanged and traded by the controller to whom the data subject gave his/her consent *in a manner that is compliant* with the data protection law.

[77] See also A. METZGER, *A Market Model*, cit., 34.

[78] EDPB Guidelines 05/2020, cit., 11, point 35.



keepers, see, e.g., Recital no. 36 of the DMA];[79] or whether disclosure of appropriate information about the use of consumers' data [and the possibility of a withdrawal according to Article 7(3) of the GDPR] is enough, including by lack of alternatives, in order to ensure the data subject a genuine and free choice (see Recital no. 42, sentence 5, of the GDPR) and to conclude for the validity of the consent given. Only by opting for the latter interpretation would traders offering services or contents not available otherwise (exclusively) against personal data actually have a possibility to have their business model recognized as GDPR compliant and therefore as legally acceptable, provided they are not subject to stricter provisions[80] and their users were appropriately informed as to the use and the significance of their data within the specific transaction [also receiving the pre-contractual information according to the CRD as amended by the *Omnibus* Directive].[81]

In this regard, it may be incidentally noted that the need to ensure the data subject's capacity for self-determination is crucial whenever personal data enter the market. Such need now additional receives attention within the latest legislation at European level.[82] For example, the already mentioned DGA provides for a specific category of neutral data intermediation services, the purpose of which is to grant assistance to data subjects "in exercising their rights under Regulation (EU) 2016/679, in particular giving and withdrawing their consent to data processing". The providers of such services should ensure "that there are no misaligned incentives that encourage individuals to use such services to make more data relating to them available for processing than would be in their interest". They should also advise "individuals on the possible uses of their data (…) making due diligence checks on data users before allowing them to contact data subjects, in order to avoid fraudulent practices" (Recital no. 30; cf. also Recital no. 31). However, as specific provisions concerning personal data should be without prejudice to data protection law, the assistance provided would hardly be considered sufficient to avoid a data breach where the entity actually processing personal data would not be GDPR compliant.

6. – The view which considers conditionality as (only) one of the several circumstances to be considered by assessing the freedom of consent deserves approval. However, the uncertainty that still exists due to the

[79] It is debated, however, if the consent can be considered as freely given also when a "choice exists between" the controller's "service that includes consenting to the use of personal data for additional purposes on the one hand, and an equivalent service offered by a different controller on the other hand": see (against such possibility) EDPB Guidelines 05/2020, cit., 11, point 38; on the contrary, according to A. METZGER, *327q BGB*, cit., Rn. 5, consent would be free if there were the possibility for the consumer to switch to a paid offer from the same provider or if there were (only) the possibility to gain a comparable services from other providers.

[80] For gatekeepers and intermediaries, cf. Recital no. 36 of the DMA ("to ensure that gatekeepers do not unfairly undermine the contestability of core platform services, gatekeepers should enable end users to freely choose to opt-in to" certain "data processing and sign-in practices by offering a less personalised but equivalent alternative, and without making the use of the core platform service or certain functionalities thereof conditional upon the end user's consent") and Article 12(a) of the DGA ("the data intermediation services provider shall not use the data for which it provides data intermediation services for purposes other than to put them at the disposal of data users").

[81] See especially Article 6(1)(e) of the CRD. For personal data as counter-performance and to the coordination with the CRD (no. 2011/83), see M. ĐUROVIĆ, *Adaptation of Consumer Law to the Digital Age*, cit., 68; A. DE FRANCESCHI, *Personal Data as Counter-Performance*, in R. SENIGAGLIA, C. IRTI, A. BERNES (eds.), *Privacy and Data Protection in Software Services*, cit., 65; A. ADDANTE, *La circolazione negoziale dei dati personali nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *Giust. civ.*, 2020, 912 ss.; G.M. UBERTAZZI, *Models of Information Circulation*, cit., 211 s. Additional information duties are now provided by the *Digital Services Act – DSA* (see in particular Articles 15 and 24 ss.).

[82] Cf. G. RESTA, *Pubblico, privato, collettivo nel sistema europeo di governo dei dati*, cit., 617 s.



ambiguous formulation of Article 7(4) of the GDPR, the non-binding character of the Regulation's recitals and (consequently) due to the different opinions concerning the facts to be taken into account by assessing the freedom of the (bundled) consent would make a clarifying statement by the European Court of Justice desirable. [83]

Indeed, the European judges have already taken a stand on some questions concerning the validity requirements of the data subject's consent given in connection with the conclusion and/or the performance of a contract (especially, with a controller using so-called dark patterns). [84] For example, in *Orange România*, they confirmed the link between transparency and freedom of consent, stating that the latter "cannot be regarded as freely given or, moreover, as having been given in an informed manner" if the contractual terms are misleading as to the possibility of concluding the contract without giving it. [85] Nevertheless, in the case referred to the Court, the contract was not properly conditional on the consent to the processing of one's personal data, as *Orange România* did not refuse to conclude contracts with those who did not allow the storage of their data. [86]

On the contrary, this appeared to be the case in *Planet49*, where the user's consent to the processing of his/her data for advertising purposes (given by a pre-selected checkbox) was a prerequisite to participate in a promotional lottery. [87] However, the question of whether a data subject's consent can be tied or not has been left open by the Court, as it was not explicitly referred to. [88]

Finally, the opportunity to address the issue of the validity of a bundled consent has come with the *Meta Platforms* case. [89] In fact, one of the questions referred for a preliminary ruling also concerns the validity of the consent to the processing of personal data. In particular, the national court is asking whether such consent may be given effectively and freely to an undertaking having a dominant position in the market. As consent to process data (from different sources) appears to be an essential requirement for using the social network operated by the undertaking involved in the specific case, the CJEU will not be exempt from assessing the validity of consent conditional to the conclusion and performance of the contract. [90] In his (nonbinding) opinion the Advocate General has already suggested an answer to the question referred to the Court, stating that the circumstance of enjoying a dominant position by the recipient cannot, on its own, render the user's consent invalid. [91] The market power of the controller may certainly play a role by assessing the consent's free-

---

[83] This is pointed out also by F. FAUST, *Ausschließlichkeitsrecht an Daten?*, cit., 90.

[84] For an analysis, see G. VERSACI, *Consenso al trattamento dei dati personali*, cit., 1134 and S. PAGLIANTINI, *L'attuazione minimalista della Dir. 2019/770/UE*, cit., 1501, 1516, 1518 s., 1534. As regards so-called dark patterns, see now Articles 25 and 31 of the *Digital Services Act-DSA*. For a definition, cf. Recital no. 67.

[85] CJEU 11 November 2020, C-61/19 – *Orange România*, point 41. See the case notes written by C. ANGIOLINI, *A proposito del Caso Orange Romania deciso dalla Corte di Giustizia dell'UE: il rapporto fra contratto e consenso al trattamento dei dati personali*, in *NLCC*, 2021, 247 ss.; T.W. DORNIS, *Sammlung und Aufbewahrung von Ausweiskopien durch TK-Anbieter*, in *GRUR-Prax*, 2020, 625 ss.

[86] C-61/19 – *Orange România*, point 25.

[87] CJEU 1 October 2019, C-673/17, *Planet49*. For a case note, see M. OGOREK, *Zustimmung zur Speicherung von* Cookies, in *JA*, 2020, 478 ss. See also the opinion delivered by the Advocate General on 21 March 2019 (point 99).

[88] See point 64 of the judgment. Instead, the issue was addressed by the Advocate General, who explicitly excluded that the prohibition on bundling has an absolute character (point 98 s. of his opinion).

[89] C-252/21 – *Meta Platforms and Others*. At the time of writing the case (decided on 4 July 2023) was still pending before the CJEU.

For an analysis of the (German) Facebook case and the interplay between competition law and data protection law, see e.g. W. HERBER, K.K. ZOLNA, *The German Facebook case: the law and economics of the relationship between competition and data protection law*, in *European Journal of Law and Economics*, 2022, 217 ss.

[90] As highlighted by G. VERSACI, *Consenso al trattamento dei dati personali*, cit., 1148.

[91] See the opinion delivered on 20 September 2022, points 71-77.



dom (which is for the controller to demonstrate). Nevertheless, other factors should be considered as well. [92] As far as it matters, according to the Advocate General, the ban on tying seems therefore not to be absolute in its nature. Hence, the fact that a consent is the condition to the conclusion of a contract does not prevent it from being regarded as freely given, if other circumstances (examined on a case-by-case basis) allow it. As regards big market players, the question should be now evaluated also considering the latest development in the EU legislation, which provides for stricter requirements for large digital companies, especially for online platforms qualified as "gatekeepers".

7. – Despite the increasing attention given to the flow of personal data and especially to the phenomenon of supplying personal data in order to obtain content or a service, there are still many questions arising from the use of data instead of money and its exchange on the market that need to be answered. In particular, it is still debated whether personal data can be legitimately considered a tradeable asset or not. In this regard, the relationship between contract and data protection law is to be more precisely defined.

The wording, as well as the *ratio,* of Article 7(4) of the GDPR does not seem to prevent a data subject's consent from being bundled to the conclusion of a contract and/or to the contractual performance, as is usually the case when (digital) contents, services and (other) goods are supplied against data. Bundling should be taken into account by determining whether the consent can be regarded as freely given or not. However, by evaluating the freedom and therefore the validity of consent other circumstances may and should be considered as well.

As scholars, courts, and national and European authorities still have different opinions not only with regard to the question of whether Article 7(4) of the GDPR provides for a (strict or weak) ban on tying, but also regarding the question of which specific facts must be considered when determining the consent's freedom and validity (despite the link existing with the contract and the contractual performance), a clarifying statement by the European Court of Justice would be certainly desirable. [93]

Additionally, as there would still be cases in which conditionality could render the data subject's consent invalid, there would eventually be a need to confirm the application of the DCD regardless of a GDPR infringement: otherwise, consumers could be deprived from the protection provided therein and traders infringing data protection law could be put in a better position than the ones respecting it. [94]

---

[92] Point 77 of the opinion delivered by the Advocate General. In its decision from 4 July 2023, the CJEU answered the question referred to it by ruling "that point (a) of the first subparagraph of Article 6(1) and Article 9(2)(a) of the GDPR must be interpreted as meaning that the fact that the operator of an online social network holds a dominant position on the market for online social networks does not, as such, preclude the users of such a network from being able validly to consent, within the meaning of Article 4(11) of that regulation, to the processing of their personal data by that operator. This is nevertheless an important factor in determining whether the consent was in fact validly and, in particular, freely given, which it is for that operator to prove".

[93] For the role dominance plays by assessing the consent's validity, see now C-252/21 – *Meta Platforms and Others*, points 140 ss.

[94] As stated by D. STAUDENMAYER, *Article 3*, cit., 89, Rn. 143 ("the trader who did not respect the GDPR would be in a better position than the trader that respect it"); A. METZGER, *A Market Model*, cit., 33 ["the application of the DCSD does not require the consent of the consumer (or data-subject) to be valid under Article 6(1) GDPR" as, "otherwise, the controller would profit from its non-compliance with the conditions of the GDPR"]; ID., *§ 327 BGB*, cit., Rn. 18 and 20; cf. *§ 327q BGB*, cit., Rn. 3 s.; P. HACKER, *Regulating the Economic Impact*, cit., 48 ss. For the effects of an invalid *privacy* consent, see, from an Italian perspective, S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto*, cit., 198 ss. For some solution proposals, see then G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali*, cit., 177 ss.



DANIELA SANTARPIA

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

IL DIVIETO DI PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE NELLA FORMAZIONE DELL'ACCORDO. BREVI OSSERVAZIONI IN TEMA DI RINEGOZIAZIONE*

SOMMARIO: *1. Il valore dell'accordo nello scenario della contrattazione consumeristica. – 2. Le pratiche commerciali scorrette. – 3.* Segue*. L'omissione ingannevole di informazioni. – 4. La correzione del regolamento contrattuale e gli interessi delle parti. – 5. Limiti e criticità del rimedio della rinegoziazione. – 6. Una postilla.*

1. – Nel polittico dei rimedi contro le pratiche commerciali scorrette a tutela dell'interesse individuale del singolo consumatore che ne sia rimasto concretamente leso [1], l'angolo visuale che si intende prescegliere orienta la riflessione verso la considerazione del fenomeno della formazione del contratto.

Il percorso di indagine, che si vuole tracciare nel presente scritto, rimanda alla più tradizionale delle riflessioni sistematiche: il riferimento corre al dibattito intorno al rapporto tra la volontà dei contraenti e la produzione degli effetti giuridici che dal contratto discendono. Si tratta di un tema ricorrente nella speculazione scientifica della metà degli anni Novanta del secolo scorso e che potrebbe sottendere, con sfumature e portata differenti, anche alcuni degli snodi problematici del «nuovo diritto dei contratti».

Benché la disciplina di diritto europeo sembrerebbe veicolare l'idea per cui i contratti tra consumatori e professionisti si caratterizzino per una perdita di rilevanza del momento della volontà dei contraenti, l'interprete è chiamato ad affrontare e risolvere i problemi che in concreto potrebbero affiorare in ordine alla tutela del volere preposta a garantire un ordinato sviluppo dell'autonomia privata.

L'emersione di questa esigenza di analisi è ulteriormente suffragata dalla previsione, a livello normativo, di tecniche di tutela volte a fronteggiare situazioni di asimmetria informativa o di squilibrio normativo e che il Legislatore ha indirizzato sul piano della sottoposizione a controllo del contenuto del contratto ovvero su quello della previsione del diritto di recesso [2] e dell'obbligo di informazione [3].

---

* Testo dell'intervento già discusso dall'autrice, nell'ambito del Seminario «Pratiche commerciali scorrette e rimedi "individuali" esperibili dai consumatori», svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara (28 Aprile 2022), e integrato alla luce del d. lgs. 7 marzo 2023, n. 26.

[1] Si rinvia a C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, in *Enc. dir.*, *I tematici*, I. *Il contratto*, diretto da G. D'AMICO, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, 826 ss., spec. 838 ss., il quale – come si evince dalla denominazione della voce – svolge il delicato compito di coordinare il generale divieto di pratiche commerciali scorrette con il sistema, plurale ed eterogeneo, dei rimedi azionabili dal singolo consumatore.

[2] Nel diritto europeo formale, la previsione del diritto di recesso a favore del consumatore dilata la durata della fase formativa del vincolo e, riguardata secondo una logica funzionale, costituisce espressione della rilevanza del consenso interno: si rimanda alla successiva nota n. 18. Cfr. G. DE CRISTOFARO, *La disciplina unitaria del «diritto di recesso»: ambito di applicazione, struttura e conte-*



Dunque, la tendenza – da più voci sostenuta – di ridurre il contratto alla sua essenza, che ne ha suggerito l'assimilazione ad un vero e proprio osso di seppia [4], resta contraddetta dalla più convincente prospettiva che ha consentito di far emergere la necessità di una indispensabile valorizzazione della volontà dei contraenti [5].

Nella transizione al diritto europeo è stata individuata l'origine di un contratto in trasformazione; ciononostante non è dato rinunciare alle categorie giuridiche, in quanto esse assicurano la continuità dell'interpretazione del diritto [6]: in questo senso, è stato sapientemente osservato che il venire ad esistenza del contratto resta inscindibilmente connesso e avvinto all'accordo, dal quale il contratto non sopporterebbe di essere dissociato o disgiunto, senza vedere irrimediabilmente compromessa la sua stessa natura ed essenza [7].

Le pratiche commerciali scorrette potrebbero influenzare il procedimento di formazione della volontà del consumatore al punto da giustificare un ampliamento della protezione del consenso, mediante la tipizzazione del vizio rilevante e la susseguente previsione di rimedi effettivi a tutela della parte debole.

In particolare, il d.lgs. 7 marzo 2023, n. 26, in attuazione della direttiva (UE) 2019/2161, ha aggiunto all'art. 27, d.lgs. n. 206 del 2005 (*c.d.* Codice del consumo) il comma 15-*bis*, che – riproducendo quasi te-

---

nuti essenziali, in ID. (a cura di), *I «princìpi» del diritto comunitario dei contratti*. Acquis communautaire *e diritto privato europeo*, Giappichelli, 2009, 351 ss., il quale, riflettendo sulle molteplici manifestazioni del diritto di recesso esercitato dal consumatore, ritiene che la conclusione dell'accordo sia una fattispecie a formazione progressiva «da considerarsi ancora *in itinere* (nonostante l'incontro delle volontà delle parti eventualmente già verificatosi) fino alla scadenza del termine concesso al consumatore per l'esercizio dello *ius poenitendi*».

[3] In questo senso, C. SCOGNAMIGLIO, *I contratti d'impresa e la volontà delle parti contraenti*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Giuffrè, 2006, 493 ss., che – dall'angolo visuale della rilevanza della volontà delle parti contraenti e nella prospettiva del diritto europeo dei contratti – conduce un'acuta riflessione sul tema dell'interpretazione dei contratti unilateralmente d'impresa.

[4] C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*. Prefazione a ID. (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*. *Parte I e II*, Giuffrè, 2001, XXVI.

[5] Nell'economia del presente scritto non è dato nemmeno accennare al dibattito sull'essenzialità dell'accordo, (dibattito) vivace e costruito per successive repliche tra N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, II, 347 ss. e G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 525 ss.; nuovamente N. IRTI, *«È vero, ma …» (replica a Giorgio Oppo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 273 ss., nonché ID., *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al Prof. Bianca*), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, II, 601 ss., in risposta a C.M. BIANCA, *Diritto civile.* 3. *Il contratto*^{2}, Giuffrè, 2000, 43 ss., il quale, da ultimo, controbatte in ID., *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita not.*, 2001, I, 1120 ss. Condivisibilmente, U. MAJELLO, *Essenzialità dell'accordo e del suo contenuto*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 117, afferma che – nel caso di scambi che si realizzano senza trattativa – «non convince [però] l'opinione secondo cui in questi diversi casi non sia ipotizzabile l'accordo per il fatto che non vi è stato spazio per la contrattazione». Dal canto suo, G. BENEDETTI, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul "diritto muto"*, in *Europa dir. priv.*, 1999, I, 137 ss., spec. 140, ritiene che disorienti questa presa di congedo dal contratto, che l'Autore considera disincantata e subitanea.

[6] Cfr. T. ASCARELLI, *Certezza del diritto e autonomia delle parti*, in *Dir. dell'economia*, 1956, 1238 ss., poi in ID., *Problemi giuridici*, I, Giuffrè, 1959, 113 ss.

[7] Così V. SCALISI, *La conclusione del contratto tra regole e principi*, in ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Giuffrè, 2011, 330. In termini simili, G.B. FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, 187 ss., poi in ID., *Saggi di diritto civile*, Maggioli, 1983, 239 ss. Restano fondamentali le intuizioni di AR. DALMARTELLO, *Contratti d'impresa*, in *Enc. giur.*, IX, Treccani, 1988, 6 s., secondo il quale l'attività negoziale, attraverso cui si manifesta la vitalità dell'impresa, ha richiesto un particolare sforzo ricostruttivo in ordine alla determinazione del contenuto normativo dei contratti d'impresa. L'Autore evidenzia che da suddetta considerazione sono state tratte deduzioni, a volte, non condivisibili. In particolare, da questo rilievo si è passati ad affermare che nella contrattazione d'impresa si invererebbe il superamento del requisito del consenso, nel senso che si realizzerebbe «il superamento parziale o totale dello stesso requisito individualistico della 'volontà'», dal momento che, in questo procedimento di formazione del contratto, la conoscenza effettiva del regolamento contrattuale è sostituita dalla mera conoscibilità (in questo senso C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, in B. LIBONATI e P. FERRO-LUZZI (a cura di), *L'impresa*, Giuffrè, 1985, 191). Ad avviso di Dalmartello, «non è esatto che la mera conoscibilità – con contestuale esclusione di effettiva conoscenza – escluda anche e necessariamente la *volontà* (il consenso)» cosicché «non riteniamo che le modalità della contrattazione in serie possano giustificare una tale concezione del contratto d'impresa, da portarlo addirittura al di fuori di quella che è la nozione generale di contratto (art. 1321 cod. civ.) nel nostro ordinamento» [cors. orig.].



stualmente l'art. 11-*bis* della direttiva 2005/29/CE – elenca i rimedi a tutela del consumatore leso da pratiche commerciali sleali, ossia il risarcimento del danno e, ove applicabile, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, fatti salvi ulteriori rimedi a disposizione del contraente debole [8].

Di fronte all'empiria che connota la novità legislativa, le suggestioni dell'interprete dovrebbero essere condizionate da un'oculata preoccupazione di ordine sistematico: il fine della direttiva del 2005 già menzionata si apprezza nella tutela della libertà di scelta del consumatore.

L'attitudine della pratica scorretta a falsare la decisione della parte debole pone in esponente il canone dell'autenticità della scelta su cui si regge la concezione tradizionale del negozio giuridico, la cui «innegabile utilità» e attualità sono capaci di dissipare gli «equivoci» che hanno tentato di decostruirne il quadro concettuale [9].

Ciò posto, la strutturazione di un adeguato ed efficace apparato rimediale a fronte della condotta illecita del professionista lesiva del consenso del consumatore appare condizionata dalla peculiarità che caratterizza la formazione del contratto asimmetrico. Essa esibisce un'inestricabile connessione tra la dimensione dinamica del procedimento di conclusione del contratto e quella statica del suo profilo precettivo, nel senso che non è dato distinguere il piano della qualificazione giuridica del fatto-contratto da quello della sua rilevanza, validità ed efficacia.

Risulta già sufficientemente definito il perimetro entro cui spazierà il presente contributo, che non vuole riesumare modelli legati a nostalgie volontaristiche che restano relegate al passato [10]. Una suddetta prospettiva non solo risulterebbe anacronistica, ma si rivelerebbe finanche fuorviante, dal momento che, già al tempo della modernità, quella proposta culturale che ha rappresentato la premessa per un nuovo obiettivismo contrattuale ebbe a precisare che la predisposizione di schemi diversamente vincolanti [11] «non implica[no] una

---

[8] L'art. 27, comma 15-*bis*, d.lgs. n. 206 del 2005 prevede che «I consumatori lesi da pratiche commerciali sleali possono altresì adire il giudice ordinario al fine di ottenere rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito e, ove applicabile, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, tenuto conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito e di altre circostanze pertinenti. Sono fatti salvi ulteriori rimedi a disposizione dei consumatori».

[9] Cfr. il saggio di G.B. Ferri, *Equivoci e verità sul negozio giuridico e sulla sua causa*, in *Riv. int. fil. del dir.*, 2008, II, ora in Id., *Il silenzio e le parole nella cultura del civilista*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, 237 ss.

[10] Cfr. R. Scognamiglio, *Lezioni sul negozio giuridico*, rist. inalterata, Cacucci, 1962, 274 ss., il quale, in chiave realistica, chiarisce che il superamento della teoria volontaristica non significa nemmeno l'adesione all'opposta concezione dichiarazionista. «[…] l'affermazione secondo cui il negozio non è per il nostro diritto un atto di volontà non equivale all'altra che il diritto si disinteressi totalmente dell'elemento psicologico. […] Significa ancora, praticamente, che il negozio va riferito al suo soggetto non solo secondo il criterio psicologico che pure normalmente ha vigore, ma altresì, e si potrebbe dire in generale, secondo un criterio oggettivo di autoresponsabilità desunto dall'esperienza sociale, rispetto al quale, dunque, il difetto del volere non presenta un valore assoluto».

[11] S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1969 (rist. integrata, Milano, 2004), 13 ss., si riferisce al contratto imposto, al contratto regolato, al contratto per adesione, quali fenomeni unificati sotto il segno dell'oggettivazione: anche se, in ipotesi siffatte, l'accordo non si realizza secondo lo schema tradizionale, ciò non impedisce di ravvisarne la, pur sempre essenziale, sussistenza. Del resto, anche rispetto al contratto concluso per effetto del confronto dialogico tra proposta e accettazione, deve osservarsi che la molteplicità delle dichiarazioni, a lora volta espressive di contrapporti interessi strumentali, si ricompone nella necessaria unità dell'operazione contrattuale: così P. Schlesinger, *Complessità del procedimento di formazione del consenso e unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, II, 1345 ss. Critico nei confronti di Rodotà si mostra G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1966, 303 ss., il quale – con riferimento alle disposizioni degli artt. 1341 e 1342 cod. civ. – ritiene che «Non è [pertanto] sulla precostituzione della regola che si può far leva al fine di individuare un limite all'autonomia individuale. La reale portata del fenomeno, anche per l'eventuale valore derogativo del principio dell'accordo (che è alla base dell'istituto contrattuale), non può certo cogliersi, se si prescinde da una indagine volta a mettere in luce quelle caratteristiche di generalità ed uniformità che delle condizioni di contratto fissano non solo l'ambito di espansione, ma spiegano e giustificano il meccanismo del loro operare. La constatazione di un differente grado di partecipazione dei contraenti alla materiale creazione delle regole contrattuali non è di per sé sufficiente, come abbiamo visto, a "toccare" il valore dell'accordo. […] Il problema vero è anzi quello di ricercare il fondamento del carattere vincolante di queste regole per colui che contratta con l'imprenditore», che – secondo l'Autore – va rintrac-



vera e propria revoca in dubbio del significato e del valore dell'accordo, […] a meno che non si voglia costruire la categoria contrattuale sulla base di mere concettualizzazioni».

Anche se il contratto si caratterizza per trame obiettivanti, abiurando al modello della volontà come criterio causante, l'equilibrio tra il momento descrittivo e quello valutativo si radica sul significato che intende attribuirsi al concetto di accordo, che si riferisce non solo all'attività dichiarativa delle parti, ma – in uno ad essa – anche a quei fattori che, oggettivamente ricavabili, concorrono alla conclusione del contratto e alla costruzione del suo regolamento [12].

Queste premesse sono mosse dall'ambizioso intento di preservare lo scritto da ogni possibile critica in ordine ai rischi di un ingenuo, e superato, volontarismo, che incorrerebbe nel limite di voler ricercare nella manifestazione di volontà dei contraenti la risposta a problemi che invece dovrebbero essere correttamente ricondotti all'applicazione delle regole in punto di correzione del regolamento contrattuale.

Quando l'analisi condotta dall'interprete esaspera il profilo della funzionalità pratica degli istituti giuridici, l'aspetto problematico finisce per predominare sullo sforzo costruttivo [13] e il metodo giuridico si disgrega all'ombra della frantumazione dei diritti, per effetto della quale «la risoluzione dei problemi di disciplina, se si rinuncia al quadro sistematico, cade nell'arbitrio» [14].

Al fine di evitare che la «logica d'insieme della fenomenologia giuridica contemporanea» si disgreghi di fronte all'«iperspecialismo disciplinare» [15], il discorso vuole assumere, come angolo visuale privilegiato, quello che attiene alla dimensione di vincolo effettuale introdotto dall'atto di autonomia privata, dimensione individuata alla luce delle coordinate ermeneutiche rivenienti dalla normativa di settore e in considerazione della «capacità di sviluppo» della disciplina del contratto in generale.

Del resto, quando ci si interroga sulle tutele individuali esperibili dal consumatore leso da una pratica commerciale sleale, si sta proprio tentando di combinare scienza economica e teoria giuridica e di ricomporre innovazione europeista e tradizione nazionale.

Se si assume, come termine di riferimento del discorso, il controllo sul procedimento di formazione del contratto del consumatore, esso acquista rilevanza – in ipotesi patologiche – rifluendo verso il controllo sul contenuto e garantisce in questo modo al consumatore strumenti che preservano la libertà e la consapevolezza del suo consenso.

---

ciato nella «tipicità» non delle rispettive posizioni dei contraenti, «ma emerge dal necessario criterio di normalità, cui tutta l'operazione contrattuale si ispira».

[12] Nel pensiero dei fautori della *Willenstheorie*, la dichiarazione costituisce un momento essenziale del negozio giuridico: così F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, III, Veit, 1840, 98 s. L'idea è condivisa da B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (trad. it. a cura di C. FADDA e P.E. BENSA), I, 1, Utet, 1902, 266, il quale definisce il negozio giuridico come una dichiarazione di volontà. Però, quando l'Autore costruisce la ben nota teoria della presupposizione, egli ribadisce certamente il ruolo della volontà, ma mostra al contempo una certa inclinazione ad adottare una prospettiva in qualche modo non troppo lontana da quelle che saranno le derive oggettivistiche della teoria del negozio giuridico: «una presupposizione può risultare voluta, non solo dal restante contenuto della dichiarazione di volontà, ma anche dalle circostanze, che l'accompagnano, senza che essa sia espressamente manifestata come voluta» (*ivi*, 400).

[13] Così R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, 1964, 919, che discute dell'«impostazione più aperta» della dottrina civilistica, «tale da far posto, senza per questo abdicare al rigore scientifico delle indagini dottrinali, a una penetrante e spregiudicata analisi degli aspetti sostanziali del fenomeno giuridico».

[14] Lucidamente G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 673.

[15] La riflessione è sapientemente condotta da C. SALVI, *Diritto postmoderno o regressione premoderna?*, in *Europa dir. priv.*, 2018, III, 865 ss., spec. 882. Se la medesima sensibilità permeasse il discorso sulla formazione del contratto del consumatore, non potrebbe mancarsi di osservare che la teorica del procedimento non induce «*frantumazione* del contratto, ma *diversità*, di tecniche, nell'*unità*, del contratto»: così G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2005, II, 309, spec. 322 [cors. orig.].



Anche nell'ambito della contrattazione consumeristica, l'accordo, per quanto «guidato» dal legislatore [16], resta comunque un connotato insopprimibile della categoria stessa del contratto, in quanto idoneo a veicolare non solo il principio della libertà e della giustizia degli scambi, ma anche quello della parità contrattuale [17].

A tal fine, la disciplina speciale di vocazione europea prevede che la formazione dell'accordo, quale atto finale della sequenza negoziale, sia aggravata da oneri formali e obblighi informativi, vale a dire da atti procedimentali funzionali proprio a far emergere la reale ed effettiva determinazione volitiva del consumatore in ordine alla convenienza e al contenuto dell'affare [18].

Se si parte dalla premessa per cui il vincolo negoziale è espressione dell'effettivo interesse sostantivo perseguito dalle parti, allora ogni considerazione sulla conclusione del contratto non può arrestarsi alla dimensione puramente morfologica, ma deve involgere anche il profilo assiologico-pratico dell'accordo.

L'accordo deve considerarsi essenziale nella misura in cui è idoneo a circoscrivere il contenuto stesso del contratto: quest'ultimo si compone della parte enunciativa di interessi e prescrittiva di regole [19] e si arricchisce, altresì, di quegli obblighi rivenienti dalla concretizzazione del generico obbligo di buona fede che, tradizionalmente, ha costituito il substrato teorico della casistica sulla *culpa in contrahendo*.

Il neoformalismo negoziale, che ha accompagnato l'emersione delle discipline contrattuali di settore, costituisce il punto di emersione della rilevanza differenziata che si è voluto attribuire agli interessi dei contraenti nella fase precontrattuale, oltre ad aver assicurato la qualità della contrattazione: in questo senso, esso può essere letto anche come un profilo della più ampia problematica delle pratiche commerciali scorrette, rispetto alla cui disciplina si impone una considerazione iniziale.

La tecnica procedimentale posta a presidio della formazione del contratto si mostrerà adeguata solo se sia effettivamente idonea allo scopo ad essa sotteso: vero è che le regole sulla fase che precede la conclusione del contratto intendono favorire la libera e consapevole determinazione volitiva del consumatore, conformandola a presupposti conoscitivi reali, ma la mancata predisposizione di un sistema chiaro e completo di rimedi impedisce di apprezzarne il condizionamento teleologico in punto di tutela del contraente debole.

La riflessione che in questa sede si propone vuole collocare la reazione specifica nei confronti delle pratiche commerciali sleali sul terreno della tutela individuale, con l'intento di scongiurare quello che è stato definito il rischio di «un manierismo informativo» [20], ma senza all'opposto cedere a un inconsiderato rimedialismo e opportunismo, privi di un supporto ordinamentale [21].

Sembra allora realistico assumere che le pratiche commerciali scorrette non rilevino tanto come forma di esercizio di un'attività economica; piuttosto, nella complessa dinamica negoziale, lo scrutinio a cui la legge

---

[16] Si rinvia a A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Giappichelli, 2002, 262 ss., che riflette sul valore dell'accordo: con riferimento al contratto con i consumatori, l'Autore ritiene che «il procedimento [di conclusione del contratto] diventa terreno non più di regole solo formali; ma anche di precise regole sostanziali, volte ad anticipare la protezione del contraente debole alla fase di formazione del vincolo».

[17] G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione*, cit., 334. In senso contrario, già negli anni Sessanta del secolo scorso, P. VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, Giuffrè, 1968, 40 ss., il quale ritiene che «la via del contratto non passa necessariamente attraverso l'accordo delle parti, e che l'esigenza di questo si pone solo in una determinata serie di casi».

[18] Secondo G. BENEDETTI, *La formazione del contratto*, in C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II. *Proprietà Obbligazioni Contratti*, Giuffrè, 2007, 347 ss., spec. 348, nel solco della maturazione della dogmatica rinnovata del consenso, l'analitica delle tecniche mediante le quali può dirsi che esso sia raggiunto disvela una «compenetrazione funzionale» tra il profilo interno e quello esterno (del consenso, appunto).

[19] A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, rist. inalterata, Giuffrè, 1974, 160 ss.

[20] V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto*, cit., 147 ss.

[21] Si tratta della preoccupazione che agita la speculazione di S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*[4], Giappichelli, 2020, 39 ss.



le sottopone integra un tipico e rilevante aspetto del controllo della libertà contrattuale e, per l'effetto, uno strumento di esaltazione, e non di mortificazione, dell'autonomia privata.

2. – Nel solco di queste premesse, l'oggetto della riflessione riguarda il rapporto tra pratiche commerciali scorrette e contratto. Circoscrivere sin da subito l'àmbito dell'indagine significa scongiurare il rischio legato al difetto delle premesse: infatti, se l'analisi rinuncia alla previa concretizzazione delle ipotesi problematiche e, al contrario, si fonda sull'esasperazione della fattispecie rispetto all'effetto che essa è idonea a realizzare, allora la ricerca sarà condizionata negli esiti, che conseguentemente saranno discutibili.

Anche senza indulgere alla ricostruzione del substrato sistematico, ma già solo sul piano fenomenologico, potrebbe apparire opportuno procedere a una disarticolazione delle condotte integranti una pratica sleale, evidenziando come le soluzioni rimediali possano mutare in ragione del tipo di violazione posta in essere dal professionista, nonché in ragione delle specifiche modalità di conclusione del contratto.

L'esigenza di perimetrazione della fattispecie concreta, cui riferire queste brevi riflessioni, è il precipitato più evidente della tecnica di normazione: nel dettato legislativo, la definizione di slealtà appare vaga, elusiva o, com'è stato detto, povera di contenuto [22].

La nozione di pratica commerciale scorretta è affidata a una clausola generale, la cui concretizzazione si realizza mediante un'integrazione valutativa del precetto normativo, che attribuisce all'interprete lo strumentario per accertare se la prassi seguita dall'impresa sia idonea a falsare la scelta economica del consumatore medio, producendo una decisione negoziale non autentica e, in ogni caso, non conforme all'utilità marginale che la parte debole intende realizzare mediante l'operazione economica concretamente posta in essere.

Il legislatore sembra voler ancorare il giudizio di disvalore della condotta del professionista all'assunzione di un parametro standardizzato, rappresentato dalla scelta del consumatore medio, limitando il proprio intervento ai casi in cui la pratica scorretta non abbia semplicemente sollecitato, ma addirittura forzato, una determinazione che il consumatore altrimenti non avrebbe assunto [23].

Lo scritto, in chiave propositiva, muove verso un tendenziale allontanamento dal riferimento, già positivizzato, al «consumatore medio» [24], dal momento che – se ci stiamo interrogando sui possibili rimedi individuali esperibili dal consumatore – la prospettiva deve necessariamente mutare: a questi fini la considerazione della rilevanza della prassi scorretta nella concreta dinamica negoziale non può più perimetrarsi ad uno *standard*, ma si inscrive nella verità del caso.

L'accertamento della concreta ed effettiva incidenza della pratica vietata sul consenso espresso dal consumatore non può essere affidato alla valutazione dell'ipotetica reazione del consumatore medio, ma deve essere condotto sulla base della concreta effettiva posizione di *quel* consumatore e delle circostanze concrete nelle quali si è concluso *quel* contratto [25].

---

[22] M. Libertini, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 2009, I, 73 ss., spec. 96.

[23] A. Gentili, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, III, 54.

[24] S. Pagliantini, In memoriam *del consumatore medio*, in *Europa dir. priv.*, 2021, I, 1 ss., il quale stigmatizza il consumatore medio nei termini in cui la positivizzazione del suddetto «soggetto-tipo» potrebbe risultare il frutto di una scelta di politica del diritto, non sempre corroborata da una conseguenziale utilità: sul punto, appare discutibile l'idoneità della nozione sia a razionalizzare il bisogno di protezione, sia a compendiare un'«oggettività valutativa» che possa essere funzionale ad assicurare l'effettività delle tutele.

[25] In questi termini C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Studi in onore di Cian*, I, Cedam, 2010, 374. L'Autrice si sofferma a ragionare sulle possibili interconnessioni tra la disciplina del contratto in generale e quella di settore e, al fine



Se il ragionamento vuole essere svolto dall'angolo visuale della formazione del contratto, il valore del consenso del consumatore in concreto inciso dalla pratica commerciale sleale potrebbe risultare gradatamente annichilito [26], fino a giungere alla considerazione di quei meccanismi in cui il fatto precede il diritto [27].

Il riferimento corre alla pratica commerciale scorretta della «fornitura non richiesta», che il Legislatore considera in ogni caso aggressiva per previsione legale tipica *ex* art. 26, co. 1, lett. *f*), Cod. cons. e rispetto alla quale l'art. 66-*quinquies* commina un regime privatistico *c.d.* speciale, in quanto derogatorio rispetto ai principi generali in tema di obbligazioni e contratti, e avente valenza latamente sanzionatoria.

L'economia del presente scritto impedisce anche solo di tratteggiare il dibattito registratosi in dottrina in ordine alla compatibilità della suddetta prassi con i *cc.dd.* schemi semplificati di conclusione del contratto [28], ma la citata pratica diventa sintomatica di come le particolarità extragiuridiche del contratto del consumatore abbiano richiesto, in questo caso, un intervento del Legislatore a sostegno della consapevolezza della scelta negoziale, che deve essere verificabile già in sede di manifestazione della volontà mediante la dichiarazione.

Difatti, il Legislatore settoriale ha espressamente previsto che l'assenza di una risposta da parte del consumatore, dopo che questi abbia ricevuto una fornitura non richiesta, non costituisce consenso, escludendo che possano essere attribuiti il valore di accettazione non solo all'assenza di risposta da parte del consumatore, ma «anche [ad] atti di utilizzazione, appropriazione e/o di disposizione della prestazione che – pur non sostanziandosi in dichiarazioni espresse o tacite indirizzate al proponente – a rigore sarebbero idonei a determinare il perfezionamento (per fatti concludenti) dell'accordo contrattuale» [29].

Usualmente, la prestazione non richiesta è corredata dalla richiesta di pagamento del corrispettivo o dalla previsione di oneri, variamente articolati, a carico del consumatore, al cui mancato assolvimento si ricollega, *quoad effectum*, la conclusione del contratto [30].

Ciò posto, dalla portata applicativa dell'art. 66-*quinquies*, Cod. cons. si ricava che il suddetto comportamento materiale del professionista integra una prassi *contra legem*, a cui non solo non può attribuirsi alcun valore negoziale, stante l'insussistenza di un rapporto di significazione univoco tra prestazione spontanea e volontà di vincolarsi [31], ma che non può nemmeno essere attratta all'area dell'indebito oggettivo e dell'arricchimento ingiustificato.

---

di scongiurare che si realizzi un'eterogenesi dei fini delle suddette normative, ha cura di individuare il rispettivo ambito applicativo e la relativa propensione finalistica. «Mentre il codice di consumo opera dal punto di vista della mera astratta idoneità di una pratica ad indurre i consumatori a prendere una decisione che altrimenti non avrebbero preso, così assumendo ad oggetto di tutela giuridica la trasparenza del mercato attraverso la regolazione delle condotte delle imprese. Del tutto diversamente, il codice civile opera dal punto di vista della concreta distorsione della volontà negoziale, così assumendo ad oggetto di tutela giuridica la continuità dei traffici commerciali attraverso la garanzia della validità ed efficacia dei contratti e la conservazione dei medesimi, a meno che non sia accertata direttamente l'avvenuta conclusione per effetto di condotte riprovevoli di un contraente» (*ivi*, 377).

[26] L'espressione riprende il titolo dell'interessante riflessione di T. DALLA MASSARA, *Il consenso annichilito. La critica radicale del contratto in Siegmund Schlossmann*, il Mulino, 2021, il quale, attraverso l'opera di S. SCHLOSSMANN, *Der Vertrag* del 1876, allestisce «un ragionamento critico intorno al senso della vincolatività dell'accordo, alle sue premesse e alla sua portata» (*ivi*, 9).

[27] Cfr. F. PIRAINO, *Le prassi* contra legem *e la conclusione del contratto: le «prestazioni non richieste»*, in *Europa dir. priv.*, 2016, I, 58, che descrive la prestazione non richiesta come integrante «un'attività materiale, di regola posta in attuazione di un negozio, [che] assume la veste di impulso di un procedimento di conclusione del contratto».

[28] F. PIRAINO, *Le prassi*, cit., 59.

[29] G. DE CRISTOFARO, *Fornitura non richiesta (Art. 66*-quinquies, *Codice del consumo)*, in G. D'AMICO (a cura di), *La riforma del Codice del consumo. Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, Cedam, 2015, 429 s.

[30] Sul punto, diffusamente, F. PIRAINO, *Le prassi*, cit., 74 ss.

[31] Come precisato da G. DE CRISTOFARO, *Fornitura*, cit., 430, la previsione dell'art. 66-*quinquies*, Cod. cons., non preclude del tutto la possibilità che l'offerta contrattuale, che accompagna la fornitura non richiesta, possa essere validamente accettata dal consumatore per mezzo di una dichiarazione espressa, per effetto della quale l'accordo contrattuale deve considerarsi perfezionato.



Nel solco di queste considerazioni, la Corte di Cassazione [32] ha statuito che l'art. 66-*quinquies*, nella parte in cui prevede che «il consumatore è esonerato dall'obbligo di fornire qualsiasi prestazione corrispettiva», debba essere interpretato nel senso che egli sia esonerato non soltanto dall'obbligo di pagare il corrispettivo della fornitura ottenuta e mai richiesta, ma anche dall'esecuzione delle prestazioni restitutorie *ex* art. 2033 cod. civ. e/o quelle indennitarie *ex* art. 2041 cod. civ. per l'arricchimento conseguito attraverso la fruizione dei servizi e delle forniture ricevute.

Il polimorfismo che in concreto travolge l'autonomia privata [33] richiama una necessità: quando il principio di parità e di libera determinabilità del contenuto del contratto è tipicamente condizionato da necessità istituzionali o per ragioni imposte dall'economia, allora l'ordine giuridico deve correggere tale turbativa e, in questo modo, si tutela il *contratto*, come mezzo di scambio *negoziato*, per consentire al mercato di funzionare [34].

Benché l'essenza dell'innovazione, anche tecnologica, abbia posto una rimeditazione [35] della rappresentazione concettuale della fase di conclusione del contratto, essa non può affrancarsi dall'accordo delle parti, che rappresenta il fondamento necessario e logico di ogni operazione contrattuale [36].

---

[32] Cass. 12 gennaio 2021, n. 261 (ord.), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, III, 575 ss., con nota di G. De Cristofaro, *Il regime privatistico "speciale" delle* c.d. *forniture non richieste: la prima presa di posizione della Suprema Corte*.

[33] G. Benedetti, *Diritto e linguaggio*, cit., 137 ss., nonché Id., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, I, 27 ss., il quale – mostrando di essere sensibile all'idea che Habermas ha formulato con riferimento al pensiero moderno – ha affermato che il fenomeno del polimorfismo, alla cui avanzata resiste incolume la figura del contratto, pone l'interprete di fronte alla necessità di calibrare la propria speculazione ai ritmi imposti all'autonomia dei privati dal mercato, (ritmi) che inducono una «sfumata gamma di figure contrattuali e di procedimenti di formazione del contratto».

[34] Così si legge in G. Benedetti, *Tutela*, cit., 26 s., [cors. orig.], il quale afferma che il protagonismo dell'impresa non deve far dimenticare al giurista che nell'ordine positivo il contratto è valore primario e «in questa direzione l'istanza del giurista ha ad essere che il *contratto sia sempre più contratto*» (*ivi*, 30 e 32) [cors. orig.]. In termini parzialmente dissimili si legga G. Guizzi, *Il divieto delle pratiche commerciali scorrette tra tutela del concorrente e tutela del mercato: nuove prospettive (con qualche inquietudine) nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, IV, 1125 ss., il quale descrive in termini di complementarità il rapporto tra la tutela del mercato concorrenziale (e le disposizioni poste a presidio del suo corretto funzionamento) e la tutela dei consumatori che la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette si propone di comporre.

[35] A ben vedere, la riflessione sull'irriducibilità del contratto dall'accordo non appartiene solo alla contemporaneità, ma precorreva già nella speculazione di A. Cicu, *Gli automi nel diritto privato*, Società editrice Libraria,1901, ora in Id., *Scritti minori*, II, Giuffrè, 1965, 315, il quale, all'inizio del Novecento, supera i dubbi legati alla caratterizzazione del contratto automatico come scambio senza accordo attribuendo allo stesso il carattere della realità: «nello scambio dell'oggetto contenuto nell'automa colla moneta gettatavi dall'utente viene ad esistenza un contratto di compra-vendita che si perfeziona non in virtù di semplice consenso, ma in virtù di un atto cui l'offerente, *legem dicens*, attribuisce forza perfezionativa del contratto». Nell'ambito del dibattito sui rapporti tra autonomia privata e ordinamento giuridico, E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*^{2}, Utet, 1955, (3^ rist. corretta della 2ª ed. a cura di G. Crifò e con introduzione di G.B. Ferri, E.S.I., 2002,), 45, testo e *sub* nota 45, ricorda quanto ci narra Erodoto (IV, 196), tra l'altro corrispondente alla testimonianza di un navigatore veneziano del secolo XV, Alvise da Cà da Mosto, circa lo schema (*i.e.* cerimoniale) per mezzo del quale avveniva la forma più rudimentale dello scambio di merci: la permuta del sale e dell'oro. Entrambi i contraenti, l'uno in assenza dell'altro, deponevano in un luogo, rispettivamente e reciprocamente, l'oro e il sale, fino a quando la quantità di cose «messe a riscontro» fosse – a giudizio di ciascuno – «sufficiente a comperare la quantità [delle cose] corrispondente». Anche se la permuta si realizzava in assenza delle parti, essa è – secondo Betti – fondato sull'accordo, «raggiunto [il quale], entrambe le parti mostr[a]no, nel concludere il contratto, piena consapevolezza del suo valore impegnativo». In argomento, specificamente sui rapporti tra autonomia privata e ordinamento giuridico, restano fondamentali gli scritti di R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*^{2}, Jovene, 1969 (rist., Jovene, 2008), 138 ss.; nonché G.B. Ferri, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*^{4}, Maggioli, 1992, 56 ss. Così B. De Giovanni, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Jovene, 1958 (rist., E.S.I., 2016), 115, sintetizza il problema del riconoscimento giuridico dell'autonomia privata: «il negozio potrà essere pensato o come *fatto* peculiare, dotato solo strutturalmente di autonome caratteristiche, ma logicamente compreso nella funzione del *fatto*; o come *valore*, e in tal caso è necessario affermare, senza incertezze, il suo significato di criterio qualificante» [cors. orig.].

[36] G.B. Ferri, *Considerazioni*, cit., 187 ss.



3. – Anche se non può revocarsi in dubbio la sapiente osservazione secondo cui «ben poco resti dell'accordo, inteso in senso classico» [37], l'ampliamento dell'orizzonte ermeneutico non deve indurre ad abdicare ai concetti dogmatici [38].

Dopo aver adottato il metodo giuridico appena evocato, l'interprete è chiamato a saggiare se la semplificazione del procedimento di formazione cui soggiace il contratto del consumatore riscontri nella legge «un riequilibrio in tutele specifiche» [39], che possano assicurare alla dichiarazione di essere conforme a un ideale regolatorio [40].

In quest'ottica e con riferimento al caso in cui il consenso del consumatore sia stato in concreto inciso dalla pratica commerciale scorretta, appare ipotizzabile la previsione di una pluralità e flessibilità dei rimedi, tra l'altro rese necessarie dalla circostanza per cui la disciplina delle pratiche commerciali sleali accomuna categorie e concetti tra loro assai eterogenei [41].

Ciò posto, il rigore della riflessione impone di definire a quale condotta vietata al professionista si intende riferire il ragionamento che in questa sede si sta conducendo: una costruzione razionale complessiva del quadro dei rimedi non può esimersi dal differenziare le soluzioni a seconda della condotta vietata cui si intende reagire.

Esigenze di certezza applicativa inducono chi scrive a precisare che l'operatività del rimedio, su cui nel prosieguo ci si soffermerà, è limitata al caso in cui la pratica commerciale scorretta, *sub specie* di omissione ingannevole di informazioni, abbia condizionato la scelta economica del consumatore di concludere, a certe condizioni, un contratto a lungo termine con il professionista.

Ma, nell'ambito della proposta avanzata un ulteriore grado di differenziazione delle soluzioni deriva dal contenuto informativo che, in concreto, risulta non comunicato alla controparte, dal momento che ciascuna condotta omissiva determinerà nell'economia e nel contesto del contratto individualmente concluso dal consumatore uno specifico problema [42].

Certo, la prospettiva che tende a rifuggire dalla generalizzazione potrebbe celare, e di tanto si è consapevoli, gli inconvenienti propri di qualsivoglia approccio, per così dire, «situazionale», che tenti di ricostruire, in via inferenziale, la volontà dei contraenti.

Ciononostante, le potenzialità della suddetta proposta superano le criticità.

In funzione di una tutela privilegiata del consumatore [43], l'interesse di cui quest'ultimo è portatore potreb-

---

[37] Il riferimento corre a A. DI MAJO, *L'accordo*, in *Lezioni sul contratto.* Raccolte da A. ORESTANO, Giappichelli, 2009, 10, il quale – con riferimento, in particolare, al fenomeno delle condizioni generali di contratto – ritiene che, anche in tal caso, resta impregiudicata la tenuta del principio consensuale, affidata al valore e al significato di comportamenti così assunti nei rapporti sociali ed economici. In parziale disaccordo, M. ORLANDI, *La forma dei contratti di massa*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, E.S.I., 2008, 1251 ss., spec. 1267, descrive efficacemente gli scambi di massa nei termini di «una falsa metafora negoziale»: «[P]ossiamo ancora convertire il fatto concludente (la cliccata, l'introduzione della moneta) in una dichiarazione di volontà, nel senso della elementare libertà del sì o del no; ma non crederemmo seriamente che il contraente possa accompagnare al proprio contegno ulteriori precisazioni di senso o – magari – accettazioni mirate delle clausole generali. Consenso sì; ma ristretto e impoverito allo scambio materiale».

[38] Esemplare è l'insegnamento di L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, 1996, *passim*, in particolare 49 ss.

[39] G. BENEDETTI, *Diritto e linguaggio*, cit., 149.

[40] Si tratta del nuovo paradigma assunto dalla dichiarazione nei rapporti di consumo: così E. SCODITTI, *Contratto e teoria del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, *I tematici*, I. *Il contratto*, diretto da G. D'AMICO, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, 427 ss.

[41] G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali*, in ID. (a cura di), *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori*, Giappichelli, 2007, 125.

[42] C. CAMARDI, *Pratiche commerciali*, cit., 381.

[43] Cfr. le lucide osservazioni svolte da N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, III, 711, spec. 720 ss. Già G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Zanichelli, 1943, 102 s., con riferimento alla regola contenuta nell'art. 1370 cod. civ., osserva che «essa riposa su un fon-



be essere rimasto occulto in sede di formazione dell'accordo; pertanto, esso resta bisognoso di essere palesato e, comunque, restaurato nella sua effettività [44].

A ben vedere, l'omissione di informazioni integra di per sé una condotta sleale da parte del professionista, in quanto questi approfitta della razionalità limitata del consumatore. Però, la riprovevolezza del comportamento, pur potenzialmente idoneo a falsare la scelta del contraente debole, potrebbe non aver determinato in concreto la scelta del consumatore di concludere il contratto, rispetto alla quale – proprio perché resta impregiudicata la sua autenticità – è escluso qualsivoglia giudizio di (dis)valore.

Al contrario, la slealtà della pratica potrebbe aver determinato la decisione della parte debole di contrarre, non disponendo delle informazioni rilevanti di cui il consumatore *medio* ha bisogno per prendere una decisione consapevole. Così come la scorrettezza potrebbe anche solo aver alterato il senso dell'operazione economica, avendo messo in ombra o falsato elementi di conoscenza e di valutazione suscettibili di incidere sulla valutazione di convenienza dell'affare.

Rispetto alla prima ipotesi rappresentata, pur avendo l'omissione di informazioni impedito al consumatore di esprimere un consenso libero e consapevole, non può semplicisticamente concludersi nel senso dell'invalidità del contratto [45], argomentando in punto di assenza dell'accordo.

La soluzione dell'insussistenza dell'accordo, per quanto possa reputarsi coerente alla premessa, esibisce due errori di prospettiva: da un lato, propugnerebbe una declinazione eversiva del concetto di accordo pretendendo di considerare, quale elemento essenziale del contratto, non già il consenso, ma il consenso informato [46].

Dall'altro, essa estenderebbe l'ambito oggettivo dell'obbligo di cui è gravato il professionista, che – per espressa previsione legislativa – è limitato a quelle informazioni rilevanti di cui mediamente si ha bisogno ai fini di una decisione consapevole, «tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato» (art. 22 Cod. cons.).

Dunque, si considera condivisibile l'opinione di chi ritiene che «La disciplina delle pratiche commerciali scorrette non introduce un obbligo di informazione generalizzato a tutte le caratteristiche del prodotto o dell'affare, o a tutti i vantaggi e rischi dell'operazione, ma il problema nell'ambito del quale gli obblighi informativi sono collocati rimane pur sempre quello della garanzia del consenso» [47].

Sulla base di questa premessa, quando le informazioni che, nella fattispecie concreta, vengono omesse integrano anche uno degli elementi essenziali del contratto, allora si intuisce facilmente la consequenziale sanzione che lo colpisce: la nullità per indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto [48].

---

damento meramente equitativo», sottolineando come la sua giustificazione sia quella di «proteggere il contraente economicamente più debole nei contratti a serie». In tal senso, secondo l'Autore, si tratta di «una norma di interpretazione integrativa, [che] si applica solo in quanto non sia individuabile una volontà concreta, e non può prevalere ad essa» (*ivi*, 109).

[44] La considerazione riprende le riflessioni puntualmente svolte da S. PAGLIANTINI, In memoriam, cit., 27, con riferimento alla portata correttiva della *c.d. interpretatio in favorem*. Sulla portata dell'art. 35, Cod. cons., si legga A. IULIANI, *La trasparenza consumeristica nell'interpretazione della Corte di Giustizia e della dottrina*, in *Foro it.*, 2020, 1, IV, 45 ss.

[45] La tesi, qui contestata, è sostenuta da A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, IV, 399. L'Autore ha, da ultimo, sostenuto che il diritto dei consumi «non si accontenta più – come nel diritto del Codice civile – della mera capacità di intendere e volere, ma chiede per la sussistenza del vincolo l'effettività dell'intendere (vedi le disposizioni qui ricordate sulla rilevanza sostanziale degli obblighi informativi) e l'effettività del volere (vedi le conferme del contratto, i consensi espressi, la possibilità del recesso da consensi affrettati)»: così ID., *Introduzione* a A. CATRICALÀ e M.P. PIGNALOSA (a cura di), *Saggi di diritto dei consumi*, Giappichelli, 2020, 7.

[46] G. D'AMICO, *Formazione del contratto*, in *Enc. dir.*, *Annali* II-2, Giuffrè, 2008, 590.

[47] C. CAMARDI, *Pratiche commerciali*, cit., 379.

[48] G. D'AMICO, *Formazione*, cit., 590, che propone l'esempio dell'omessa indicazione del prezzo o del modo per determinarlo.



Passando a considerare la seconda ipotesi problematica prima tratteggiata sotto il profilo della formazione del contratto, deve osservarsi preliminarmente che è il legislatore a statuire ciò che deve rientrare nel contenuto del contratto. Pertanto, quando l'omissione ingannevole non riguardi direttamente la natura e l'oggetto dello stesso, ma soltanto elementi utili per valutare la convenienza dell'operazione e, in quanto tali, idonei ad influire sul consenso della controparte contrattuale, «appare arduo sostenere che sol per questo [sol perché inquinato qualitativamente], il consenso manc[hi] del tutto» [49].

Non può farsi a meno di rammentare che il fenomeno della formazione del contratto è oggettivamente complesso, soprattutto quando si realizza attraverso un procedimento in cui determinazione del contenuto e raggiungimento dell'accordo sono interdipendenti e reciprocamente condizionanti [50].

Dunque, deve prediligersi un approccio al tema dell'informazione «meno generalizzante» [51]: si è già tenuto conto, sia pur solo per cenni, dell'incidenza che la mancata rappresentazione da parte del professionista di elementi di conoscenza e/o di valutazione suscettibili di influenzare la decisione del consumatore di contrarre possa sortire sulla validità del contratto.

Si vuole ora condurre l'analisi verso la considerazione del caso in cui il professionista abbia violato le regole volte a promuovere la comunicazione delle condizioni e del contenuto contrattuale, così falsando in modo apprezzabile la scelta del consumatore che sarebbe stata comunque compiuta, sia pur a condizioni diverse.

La legge riconosce la portata antigiuridica della condotta del professionista, attribuendo rilievo proprio alla suddetta diversità di condizioni che il consumatore è stato indotto ad accettare.

Rispetto alla fattispecie appena delineata, si pone così la necessità di indagare il risvolto sanzionatorio che l'omissione di informazioni esibisce nel caso concreto, riflettendo sulla possibilità di reprimere la condotta del professionista in termini di correzione dello scambio.

Quando il professionista abbia omesso informazioni rilevanti che avrebbero determinato il consumatore a concludere il contratto a condizioni differenti, il profilo della mancata, o comunque incompleta, formazione del consenso rispetto ad alcune clausole, anche se non essenziali, richiama interventi diretti sul regolamento contrattuale.

Pertanto, tenendo conto dell'articolazione effettiva degli interessi divisati dai contraenti, può prospettarsi l'opportunità di un intervento sul contenuto del negozio con effetti immediatamente modificativi dello stesso.

4. – La disciplina delle pratiche commerciali sleali, in punto di riprovazione delle omissioni ingannevoli, intende assicurare la libertà nella formazione del contratto, che assume una particolare rilevanza nella misura in cui l'attuazione dell'interesse protetto del consumatore deve derivare direttamente dal consenso che,

[49] Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, 3, I, 784 ss. Sapientemente, U. MAJELLO, *Essenzialità*, cit., 126 s., nonché *sub* nota 16, osserva che lo scambio funzionalmente non può realizzarsi senza che vi sia accordo, con la precisazione per cui il contenuto essenziale dell'accordo è soltanto quello che fa riferimento alla causa e all'oggetto «intesi, più che come requisiti strutturali del contratto (distinti dall'accordo), come requisiti essenziali del contenuto dell'accordo, [che] attribuiscono a quest'ultimo una maggiore efficienza causale» (*ivi*, 133 s.). Ciò posto, il sacrificio della libertà di trattativa non necessariamente sfocia nella compromissione della libertà di decisione, ad esempio ogniqualvolta l'esistenza dell'accordo, in punto di causa e oggetto, sia desumibile o da fatti concludenti o dalla sottoscrizione di moduli o formulari predisposti.

[50] Cfr. G.B. FERRI, *Considerazioni*, cit., 187 ss.

[51] R. ALESSI, *I doveri di informazione*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale*, cit., 402.



quando validamente espresso, è idoneo a far discendere gli effetti del contratto direttamente dal suo contenuto.

La formazione del consenso, intesa come fatto storico, non è facilmente apprezzabile nella dimensione fenomenica; ma essa appare, forse, difficile da sostenere anche in via sistematica. Ciononostante non si può rinunciare alla tutela della volontà, che «è da ritenersi a presidio di ogni strumento di autonomia» [52]. Quest'ultima si declina anche nella libertà di determinare il contenuto del contratto, la quale non esige necessariamente un paritario grado di partecipazione dei contraenti alla materiale creazione delle regole contrattuali, ma si traduce nella libertà di valutare, e quindi di scegliere, un certo contenuto, ossia un certo assetto di interessi di cui risultino ben individuati i diritti e i doveri che ne dovranno scaturire [53].

La costruzione del regolamento contrattuale ad opera delle parti è attività sorretta dalla disciplina delle pratiche commerciali sleali, suscettibile di essere apprezzata nei termini di un intervento legislativo sulla giustizia del contratto, che è innanzitutto procedurale, per poi riverberarsi sul contenuto.

In questa dimensione, la tutela dell'interesse alla partecipazione consapevole alla formazione del contratto diventa indirettamente mezzo per la realizzazione di un equo assetto degli interessi reciproci e della proporzionalità dei sacrifici.

Occorrerebbe chiedersi se le cautele apprestate dal Codice del consumo al fine di conciliare il difetto di potere contrattuale delle parti, soprattutto nella fase delle trattative, con lo schema dell'atto di autonomia privata, come regola costruita e adottata dalle parti in cooperazione, siano idonee a realizzare la tutela del consumatore, assorbendo il problema della giustizia sostanziale del contenuto del contratto.

Soltanto dopo aver riletto il fenomeno sotteso alla contrattazione consumeristica alla luce della dialettica tradizionale «fatto-effetti del contratto», sarà dato comprendere le ragioni che giustificano il rimedio della rinegoziazione [54] come tecnica di tutela individuale dell'interesse del consumatore e, non si esclude, eventualmente anche di quello del professionista.

Alla luce di questa premessa, si vuole saggiare l'opportunità di un rimedio che tuteli il consumatore che sia rimasto concretamente leso da una pratica commerciale scorretta, dispiegando le sue potenzialità proprio sul piano della correzione del regolamento contrattuale. A ben vedere, anche il rimedio del «risarcimento del danno ha sostanzialmente una funzione correttiva del contratto» [55] nel caso di responsabilità precontrattuale da contratto valido, ma sconveniente, che è fattispecie assimilabile proprio a quella che in questa sede si sta esaminando. Ma, appare discutibile l'attitudine del rimedio risarcitorio ad assicurare il rispetto dei principi di effettività, proporzionalità e capacità dissuasiva [56], che devono caratterizzare le misure nazionali con cui gli Stati reprimono le violazioni del diritto europeo e, in particolare, delle norme che tutelano i consumatori nella loro relazione con i professionisti.

Ma, affinché la scelta tra i rimedi concretamente esperibili dalla parte debole non sia questione di opportunità, ma di coerenza con il dato normativo, deve forse considerarsi che proprio la protezione del consenso

---

[52] R. Sacco, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*[3], Utet, 2004, 248.

[53] Cfr. G.B. Ferri, *Causa e tipo*, cit., 301 ss.

[54] In argomento, resta fondamentale lo studio di F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, 1996, *passim*.

[55] Così L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa*, 1997, I, 19.

[56] F. Cafaggi, P. Iamicelli, *The principles of effectiveness, proportionality and dissuasiveness in the enforcement of EU consumer law: The impact of a triad on the choice of civil remedies and administrative sanctions*, in *European Review of Private Law*, 2017, 25, III, 575.



continua a rappresentare la sola tecnica attraverso la quale la giustizia contrattuale si invera [57], in quanto quest'ultima presuppone che entrambi i contraenti abbiano concorso, anche eventualmente secondo gradi di partecipazione diversamente calibrati, alla costituzione del rapporto.

Se si considera che il sistema di tutela consumeristica si propone come scopo la protezione di un «interesse al contratto» [58], allora potrebbe attribuirsi al consumatore uno specifico rimedio che gli consente di valutare la portata delle informazioni omesse dal professionista in sede di conclusione del contratto, valorizzarle e svolgere una nuova e ulteriore attività decisionale e dispositiva alla luce di un rinnovato apprezzamento soggettivo.

Dunque, il consumatore potrebbe valutare l'opportunità della rinegoziazione del contratto, che, fortificando il valore dell'autonomia privata, sottrae il regolamento negoziale all'attività correttiva del giudice, il quale – per mezzo dell'interpretazione del contratto, in uno alla considerazione della comune intenzione delle parti [59] – potrebbe solo accertare la imprescindibile volontà dei contraenti tesa alla conservazione dell'assetto di interessi da loro predisposto e diretta al raggiungimento di un risultato pratico [60].

---

[57] S. PAGLIANTINI, *Tutela del consumatore e congruità dello scambio: il* c.d. *diritto all'equità nei rapporti contrattuali*, in A. BARBA (a cura di), *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti (L. 30 luglio 1998 n. 281)*, Jovene, 2000, 348.

[58] La sopravvivenza del contratto resta la cifra caratterizzante il diritto contrattuale dei consumatori: in questo senso, art. 6.1, direttiva 93/13/CEE, nonché l'art. 36, comma, Cod. Cons. Cfr. anche Corte Giustizia UE 15 marzo 2012, causa C-453/10, *§* 31. Con estrema lucidità, G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'AMICO e S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*[2], Giappichelli, 2015, 53, *sub* nota 44, mette in luce come la conservazione del contratto non realizza necessariamente il massimo effetto utile della disciplina preposta alla tutela contrattuale dei consumatori. L'Autore dubita del fatto che il mantenimento in vita del contratto costituisca soluzione in ogni caso da preferire, «per lo meno quando le parti operino in un *mercato concorrenziale*» [cors. orig]. Nell'ambito della disciplina del contratto in generale, il principio di conservazione del contratto, evocato nella rubrica dell'art. 1367 cod. civ., opera sul piano dell'interpretazione del contratto ed interviene ad agevolare la costruzione dell'atto «privilegiando il significato che si impone, alla stregua di una valutazione – condotta sotto un particolare profilo – dell'attività negoziale dei privati in termini di regolarità e normalità» [così C. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*[2], II, in *Trattato dei* contratti, diretto da P. RESCIGNO, E. GABRIELLI, Utet, 2006, 1105.]. Però, non può instaurarsi alcuna utile interferenza tra l'applicazione del principio di conservazione del contratto, come criterio ermeneutico, e la consacrazione dello stesso principio, come regola per gestire le disfunzioni sopravvenute del sinallagma: C. GRASSETTI, *Conservazione (principio di)*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, 1961, 176, precisa che «quando si insegna che l'esigenza della conservazione dei valori nel mondo del diritto si fa valere in sede ermeneutica in un adattamento integrativo della formula (e quindi della fattispecie) del negozio, e in sede di trattamento giuridico può attuarsi in una modificata valutazione, quale si ha nella conversione, si fa richiamo a due fenomeni che operano in due campi ben distinti, quello della interpretazione e quello della efficacia».

[59] In dottrina è dibattuta la questione se – con riferimento alla categoria dei contratti del consumatore – l'interpretazione possa essere affidata ai criteri ermeneutici di natura soggettiva previsti dal codice civile o se gli stessi si pongano addirittura fuori quadro: la risposta negativa discenderebbe dall'inutilità di una ricerca, per la comprensione della portata del contratto, della comune intenzione delle parti *ex* art. 1362 cod. civ., in concreto insussistente se si considera che la legge prescrive l'adozione di particolari modalità di conclusione del contratto, il cui contenuto normativo è normalmente predisposto o comunque determinato dal solo professionista. Nel solco di questa considerazione, N. IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 codice civile*, Cedam, 1996 (2^ rist., 2020), 77 ss., ritiene che il fenomeno dei contratti di massa «è segnato da un'estrema contrazione espressiva» e si caratterizza per una «rigida tipizzazione dei comportamenti, ciascuno dei quali, per le regole proprie del mercato, ha soltanto un significato». Conseguentemente, «la tutela della parte, debole o forte che sia, non è legata alla ricerca della comune intenzione, alla consueta dialettica tra contegno complessivo e senso letterale della parole, ma alla *disciplina legislativa del mercato*» [cors. orig.]. Al contrario, appare preferibile la tesi di C. SCOGNAMIGLIO, *I contratti d'impresa*, cit., 499 s., il quale osserva che «non sembra (tuttavia) che si possa negare, nella contrattazione *standard*, l'esistenza né di una comune intenzione né quella di un accordo. Anche nei contratti *standard*, infatti, come è stato rilevato da tempo, è dato ravvisare quel contegno dell'aderire che costituisce, appunto, il presupposto minimo essenziale, ma anche quello sufficiente, per configurare l'accordo. Il testo contrattuale, pure predisposto in termini generali ed uniformi ed in assenza di una fase di trattative tra le parti, viene sottoposto infatti ad una manifestazione di volontà dell'altra parte, che è chiamata a decidere se renderlo, o meno, per sé vincolante». Diversa è la prospettiva di A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*. II. *Tecnica*, Giappichelli, 2015, 636, il quale – sulla base del presupposto per cui, a parere dell'Autore, il senso e il ruolo dell'intenzione comune è «inconsistente» ai fini dell'interpretazione di qualsiasi contratto – afferma che «dove



Il rimedio della rinegoziazione può dar luogo a un intervento sul contenuto del contratto e si apprezza la sua attitudine a realizzare l'effettività della tutela al ricorrere di due condizioni: la sua operatività presuppone la conclusione tra le parti di un contratto a esecuzione prolungata nel tempo, che, in quanto tale, opera anche come strumento di programmazione e realizzazione dell'attività economica dei contraenti.

All'un tempo, la prospettazione del suddetto rimedio troverebbe giustificazione nel caso in cui la sussistenza del comportamento omissivo da parte del professionista si commisura ed è in stretto e immediato rapporto con l'assetto di interessi perseguito dalle parti, nel senso che essa sollecita un rimodellamento del regolamento contrattuale affinché sia preservata la rilevanza giuridica della relazione instaurata per il conseguimento del risultato contrattuale.

Nel caso in cui la pratica commerciale sleale si sia sostanziata in un'omissione che – senza riguardare gli elementi essenziali del contratto – abbia condizionato la scelta del consumatore di accettare un determinato contenuto del contratto di durata concluso con il professionista, la tesi del rimedio dell'auto-integrazione appare corroborata dalle previsioni degli artt. 1432 e 1430 cod. civ. e, ai confini con la disciplina dei vizi della volontà, dell'art 1450 cod. civ., che testimoniano, a livello sistematico, la legittimità di un intervento correttivo sul contratto alla presenza di un vizio di carattere genetico riconducibile alla manifestazione del volere.

Assumendo altresì la prospettiva dell'analisi economica, il rimedio si apprezzerebbe nella sua razionalità, in quanto idoneo a contemperare l'interesse di entrambe le parti alla conservazione del vincolo contrattuale: quello del professionista fondata su ragioni di efficienza economica [61], dal momento che in determinati contesti imprenditoriali il contratto funge da strumento giuridico imprescindibile di programmazione dell'attività [62]; ma anche quello del consumatore, la cui esigenza di consumo può trovare adeguato soddisfacimento solo a mezzo di un adempimento durevole, cosicché la durata finisce per impingere nella causa del contratto [63].

Allo stesso tempo, si deve tener conto del fatto che il consumatore non ha solo un diritto al semplice consenso, ma il suo interesse alla conservazione del contratto dipende direttamente da «un vero e proprio diritto alla disponibilità attuale della prestazione» [64].

---

manca una elaborazione negoziata del testo (ma sussiste adesione) si parte dalla lettera, la si mette a fuoco con le tecniche usuali, e sullo sfondo del contesto, come sempre».

[60] F. KESSLER, *Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract*, in *Columbia Law Review*, 1943, 43, 5, 629 ss., spec. 633, «Handicapped by the axiom that courts can only interpret but cannot make contracts for the parties, courts had to rely heavily on their prerogative of interpretation to protect a policy holder».

[61] Del resto, la stessa 'natura dell'impresa' si esplica proprio mediante la conclusione di contratti destinati a durare nel tempo, che rappresentano «lo strumento esclusivo o tipico dell'esercizio dell'attività»: il riferimento è alla teoria di R. COASE, *La natura dell'impresa*, in ID., *Impresa, mercato e diritto*, il Mulino, 1995, 79 ss. (versione italiana di R. COASE, *The nature of the firm*, in *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, 1988).

[62] A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*. III. *L'attività e il contratto*, Cedam, 2003, 64 ss.

[63] Secondo G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 143 ss. e 227 ss., nonché *ivi*, 1944, II, 17 ss., ora in ID., *Obbligazioni e negozio giuridico. Scritti giuridici.* III, Cedam, 1992, 200 ss., spec. 249, a cui si deve il più pregevole sforzo ricostruttivo della categoria dei contratti di durata, «[d]all'attinenza della durata alla causa, propria dei nostri rapporti, deriva che, quando il contratto abbia per contenuto la ripetizione di prestazioni che potrebbero, isolatamente prese, costituire l'oggetto di altrettanti contratti ad esecuzione istantanea, la durata introduce nel contratto (…) un elemento atipico rispetto al contratto ad esecuzione istantanea, che lo allontana dallo schema causale di quest'ultimo». L'Autore ha delineato «i caratteri sistematici essenziali della categoria». Innanzitutto, si richiede l'elemento della durata dell'adempimento (e non semplicemente del rapporto), che attiene alla causa del contratto; alla durata corrisponde – sotto il profilo funzionale – un interesse o bisogno durevole, che il contratto intende soddisfare; l'utilità durevole è proporzionale alla durata del rapporto; è necessario, altresì, che la prestazione sia determinata in funzione della durata stessa e, in concreto, la prestazione può essere continuativa, periodica o reiterata.

[64] P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, 1969, 75.



Dunque, il rimedio prospettato è stato definito di auto-integrazione, volendosi alludere, con quest'espressione dotata di un'immediata efficacia descrittiva, a un fenomeno di correzione del regolamento contrattuale che si compie sul piano dell'assetto complessivo degli interessi del contratto, «nel rispetto di un equilibrio che il contratto non ha realizzato in partenza», ma che potrebbe conseguire proprio mediante un nuovo esercizio, questa volta consapevole, dell'autonomia privata [65].

Si tratta di un'espressione che non è nuova al dibattito scientifico, ma nella riflessione che rimonta a Stefano Rodotà, sulla ricostruzione sistematica dell'integrazione del contratto, l'auto-integrazione individua quel procedimento per mezzo del quale «le lacune aperte da una carente regolamentazione privata possano essere eliminate in virtù della forza espansiva del regolamento medesimo» [66], volendo così alludere alla *c.d.* interpretazione integrativa [67].

Al fine di verificare la coerenza, in termini di politica del diritto, della soluzione dell'auto-integrazione, può essere utile ripercorrere le trame della giurisprudenza della Corte di giustizia che già ha prospettato il medesimo rimedio, seppur in relazione a quello che è stato definito il *post-vessatorietà* [68].

È di tutta evidenza che il problema che in questa sede si sta indagando, ossia l'incidenza di una pratica commerciale sleale sulla formazione dell'accordo, sia ontologicamente distante dal fenomeno relativo alle

---

[65] C. Castronovo, *Un contratto*, cit., XXXVII, definisce in questi termini l'auto-integrazione, anche se l'Autore ritiene che essa possa realizzarsi mediante il ricorso alla buona fede.

[66] S. Rodotà, *Le fonti*, cit., 4. Più di recente, N. Lipari, *Per una revisione*, cit., 733 s., osserva che la nostra esperienza giuridica ci viene consegnando «meccanismi di varia natura», attraverso i quali «il contratto tende ad acquisire un equilibrio che in origine non aveva e non solo sul piano degli obblighi accessori, ma in un quadro di complessivo assetto degli interessi direttamente implicati o anche indirettamente incisi». In quest'ottica, all'Autore «sembra che vada una volta per tutte superata la distinzione tra equità correttiva e equità integrativa, così come forse anche quella tra autointegrazione ed eterointegrazione. Il sistema di integrazione del contratto, inteso come strumento di raccordo tra gli interessi direttamente disciplinati dai contraenti e quelli a più ampio spettro incisi dalla pattuizione, muove sempre dall'interno dell'atto di autonomia, ritenuto meritevole di essere salvaguardato senza arroccarsi entro gli spazi alternativi del recesso o della nullità, ma individua la soluzione finale sul piano degli effetti in base a criteri determinativi, ad indici di valore, diciamo più genericamente a fonti, estranei alla struttura del contratto».

[67] Secondo S. Rodotà, *Le fonti*, cit., 94 ss., l'interpretazione integrativa «opererebbe nel senso di rendere esplicito ciò che, tuttavia, già appartiene alla logica interna del contratto». Ma, proprio quella dottrina ha sottolineato come l'auto-integrazione, nel senso appena esplicitato, non ha ragion d'essere nel nostro ordinamento, per due ragioni: da un lato, «l'esigenza proprio dell'interpretazione integrativa è già soddisfatta dall'interpretazione senza aggettivi», come procedimento inteso a svolgere tutte le potenzialità del regolamento contrattuale, portando a mettere in luce anche il contenuto implicito dello stesso; dall'altro, la trasposizione dell'interpretazione integrativa, di origine germanica (*§§* 157 e 242, nonché *§* 306, Abs. 2, B.G.B.), nel nostro ordinamento sarebbe impedita, o comunque di problematica realizzazione, in ragione dell'autonoma portata applicativa dell'art. 1374 cod. civ. In termini parzialmente dissimili, G.B. Ferri, *Causa e tipo*, cit., 291 ss.: «se attraverso la interpretazione si deve riuscire a fissare il senso giuridico della operazione contrattuale, appare chiaro come il problema della integrazione non abbia una sua autonomia, rispetto a quello della interpretazione. L'integrazione, infatti, quand'anche la si differenzi dall'interpretazione integrativa, non si pone come criterio sostitutivo dell'interpretazione; essa trova applicazione laddove il concreto regolamento contrattuale, pur presentando lacune e incertezze, sia esattamente individuabile». In questo senso anche C. Scognamiglio, *L'integrazione*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*[2], II, cit., 1151, che vede «nell'interpretazione e nell'integrazione due momenti affini, anche se non sovrapponibili, del processo di recezione della regola privata nell'ordinamento». In tema di contratti dei consumatori, sulla contiguità tra interpretazione e integrazione del contratto riflette anche S. Pagliantini, *L'interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone di Gentili e della Corte di Giustizia (il dopo* Radlinger *aspettando le clausole* floor*, sullo sfondo del nuovo art. 1190* Code civil*)*, in *Contratti*, 2016, XI, 1029 ss., il quale ritiene che – proprio a partire della premessa di un'integrazione che instrada l'interpretazione – la valenza euristica del canone dell'interpretazione *in favorem* potrebbe essere immiserita da una qualificazione dell'art. 35, comma, Cod. cons. come norma residuale e non di risultato, per cui resta opportuno «reiventare[re] il senso più favorevole, leggendolo come il maggior effetto utile» [S. Pagliantini, *Interpretazione (ed integrazione) dei contratti asimmetrici (Atto secondo)*, in *Contratti*, 2016, XII, 1147, spec. 1158].

[68] S. Pagliantini, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, III, 561 ss.



sorti del contratto a seguito della caducazione di una clausola abusiva e rispetto al quale, da ultimo, è stato proposto un sistema rimediale che esalta le potenzialità dell'autonomia negoziale.

Una breve rassegna giurisprudenziale in argomento costituirà la premessa per riflettere sulla possibilità di riproporre la suddetta soluzione anche in relazione al caso in cui la condotta scorretta del professionista abbia influenzato la scelta del consumatore in ordine al contenuto del contratto, incidendo sulla formazione dell'accordo.

Tradizionalmente, la Corte di Lussemburgo si è mostrata assolutamente «inflessibile rispetto alla legittimità di qualsiasi forma, benché minima, di interpolazione del regolamento negoziale, nel caso in cui quel che resta del contratto si regga in piedi con le proprie forze» [69].

Solo quando la pura disapplicazione della clausola vessatoria pregiudicherebbe la salvezza dell'intero contratto perché la clausola involge un *essentiale negotii*, allora emerge l'esigenza che la lacuna, determinatasi per effetto dell'accertata vessatorietà, sia colmata.

Normalmente, la necessità di una ristrutturazione o, se si vuole, di una conformazione del regolamento contrattuale [70] è stata soddisfatta facendo ricorso all'(etero)integrazione del contratto mediante il diritto dispositivo; ma, da ultimo e a più riprese, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha proposto la rinegoziazione, quale tecnica rimediale che riaccredita il ruolo dell'autonomia privata anche nella fase patologica del rapporto e come strumento capace di ovviare alla lacuna sopravvenuta realizzando una tutela reciproca degli interessi in gioco.

La strada della correzione del regolamento contrattuale è stata ritenuta pienamente coerente con gli obiettivi della direttiva 93/13/CEE, il cui sistema non può ostare a che le parti di un contratto pongano rimedio al carattere abusivo di una clausola «modificandola per via contrattuale» [71] o rendendola oggetto di una transazione novativa [72], quando essa è idonea a ripristinare l'equilibrio tra gli obblighi e i diritti delle parti derivanti dal contratto.

La validità dell'accordo novativo è subordinato alla sussistenza di un consenso libero e consapevole del consumatore circa l'effetto preclusivo discendente dall'accordo stesso, che pertanto «riproduce lo stigma di una trattativa individuale» [73], all'esito della quale il contratto è sanato dalle parti.

La Corte di giustizia ha manifestato la decisa propensione a valorizzare una costruzione postuma del regolamento contrattuale rimessa all'autonomia delle parti, allorquando ha riconosciuto al giudice nazionale il potere di rinviare le parti ad una trattativa [74], «[nel caso in cui] il contratto non possa sussistere dopo la soppressione della clausola vessatoria e non esista alcuna disposizione di carattere nazionale di natura suppletiva» [75].

---

[69] S. PAGLIANTINI, A. PALMIERI, *Il post-vessatorietà come una «*Baustelle im Dunkeln*»?*, in *Foro it.*, 2021, 5, IV, 294.

[70] V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 725 ss., ora in ID., *Il contratto*, cit., 386 ss.

[71] Corte giust. UE 29 aprile 2021, in C-19/20, (*§* 49), in *www.curia.europa.eu.*

[72] In questo senso, già Corte giust. UE 9 luglio 2020, in C-452/18, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 253 ss., con nota di M.F. CAMPAGNA, *Negozio con effetti novativi e clausole abusive*.

[73] S. PAGLIANTINI, *L'effettività della tutela consumeristica in stile rococò: massimo e minimo di deterrenza rimediale tra una Corte di giustizia epigona in Dedalo e delle sez. un. 19597/20 sotto scacco di un rinvio pregiudiziale*, in *Foro it.*, 2021, 10, V, 276.

[74] Il rinvio alle trattative sembrerebbe evocare l'istituto della *c.d.* proposta conciliativa del giudice prevista dall'art. 185-*bis* c.p.c. e che è espressione di quella preferenza verso lo strumento conciliativo manifestata dal nostro legislatore sin dai tempi della prima riforma del processo del lavoro operata dalla legge n. 533/1973. Sull'art. 185-*bis* c.p.c., si legga S. CAPORUSSO, *La risoluzione giudiziale delle controversie e la proposta di conciliazione del giudice*, in AA.VV., *Processo civile e soluzioni alternative delle liti*, a cura di P. GIANNITI, Aracne, 2016, 656 ss.

[75] Corte giust. UE 25 novembre 2020, causa C-269/19, in *Contratti*, 2021, III, 273 ss., con nota di A.M.S. CALDORO.



5. – La relazione tra disciplina delle pratiche commerciali sleali e disciplina delle clausole vessatorie si presta ad essere ricostruita in termini di complementarità dei rimedi e di interferenza degli ambiti di controllo [76].

Se si condivide l'assunto, si può ragionare sull'operatività delle soluzioni già apprestate dalla giurisprudenza rispetto al problema delle conseguenze legate alla caducazione di una clausola vessatoria anche nel caso in cui una pratica commerciale ingannevole abbia inciso non tanto sulla sua decisione di concludere il contratto, quanto sulla scelta di aderire al contenuto di determinate clausole del relativo regolamento.

Sia l'una che l'altra questione devono muovere da una premessa: ogni atto di autonomia privata, dunque anche quello che, per le sue caratteristiche, è regolato dalla disciplina consumeristica, deve essere inteso come una sintesi tra il suo contenuto e gli effetti che da esso discendono [77]: il contratto è la risultante del profilo strutturale dell'accordo in uno alla sua dimensione funzionale e dinamica [78].

La considerazione rappresenta la premessa sistematica sulla quale si innesta la soluzione rimediale che in questo scritto si intende promuovere. La stretta commisurazione tra volontà delle parti ed effetti del negozio costituisce il sostrato logico non solo della questione relativa all'integrazione del contratto, ma anche di quella relativa alla possibilità di una «riedizione» del regolamento contrattuale, sulla premessa della legittimità del principio giuridico della revisione del rapporto [79].

Il rigore e la serietà dell'analisi tengono sempre vivo lo scetticismo dell'interprete, che non può ignorare che questo meccanismo rimediale è tale da celare più di una criticità, di cui peraltro sembra avere contezza anche la Corte di giustizia quando essa prospetta questa soluzione per il caso del *post-vessatorietà*.

L'opzione rimediale dell'auto-integrazione, sperimentata dalla giurisprudenza per ovviare alla lacuna de-

---

[76] A. GENTILI, *Introduzione*, cit., 8.

[77] In dottrina, tra chi sostiene la separazione tra piano del contenuto e piano degli effetti si segnalano C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*[3], Giuffrè Francis Lefebvre 2019, 288 ss.; F. CARRESI, *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 365 ss., propone di far prevalere, come carattere che individua il contenuto, l'aspetto teleologico su quello funzionale; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., 47 s., secondo il quale «il regolamento dettato dalle parti, appunto perché costituisce l'oggetto della valutazione dell'ordinamento, si contrappone agli effetti, che di questa valutazione sono l'espressione». Ma, in tal modo resta compromessa la possibilità di ricondurre immediatamente gli effetti giuridici al contenuto negoziale: così M. CASSOTTANA, *Causa ed «economia» del contratto: tendenze dottrinali e modelli di sentenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, II, 832, *sub* nota 77. Si leggano, altresì, i rilievi di E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, Giuffrè, 2007, 102 s., il quale ritiene che «il contenuto […] consiste nel *detto*, nel *voluto* dalle parti; distinto da questo sono gli effetti che a tale *voluto* l'ordinamento ricollega» [cors. orig.]. In posizione critica, la sostanziale svalutazione della distinzione tra contenuto ed effetti è sostenuta da A. DI MAJO, *L'esecuzione* del contratto, Giuffrè, 1967, 191 ss.; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Giuffrè, 1970 (rist., Key, 2019), 185 ss., ritiene impossibile una contrapposizione tra contenuto ed effetti negoziali; invece, G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., 269, la considera finanche «inutile», una volta individuata la portata degli artt. 1322, 1340, 1368 e 1374 cod. civ.

[78] Cfr. P. SCHLESINGER, *Complessità*, cit., 1345 ss. Nello stesso senso P. PERLINGIERI, *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle* c.d. *condizioni generali di contratto*, in AA.VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole. Atti della Tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania*, Giuffrè, 1970, 28, il quale dimostra quanto sia controproducente la completa scissione tra fattispecie e rapporto e, a proposito della discussione intorno alla natura del negozio come manifestazione di volontà o regolamento d'interessi, osserva che la norma sancita dall'art. 1374 cod. civ. consente di ridimensionare la portata del dibattito e di superare l'*impasse*.

[79] Cfr. F. MACARIO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, *Annali* II-2, Giuffrè, 2008, 1026 ss. In questo senso, anche R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, 1989, 104, spec. 106, fornisce della revisione del rapporto una lettura di teoria generale, che consente all'Autore di declinarla come «fatto giuridico e come effetto giuridico». Al contrario A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, II, 667, spec. 669, ritiene che riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione rappresentano delle semplici fattispecie più che un istituto del diritto privato, che non è possibile individuare nella sua unitarietà, ma nemmeno è utile farlo – secondo l'Autore – «non potendosi per tal via giungere ad alcun risultato pratico».



terminatasi a seguito della caducazione della clausola vessatoria, è stata instradata anche dalla considerazione dei limiti che si riconoscono alla soluzione dell'etero-integrazione mediante il diritto dispositivo.

In primo luogo, l'applicazione in via suppletiva del diritto dispositivo non necessariamente realizza un modello di regolamentazione ideale, anzi esso «non è per sua vocazione ineluttabilmente *pro-consumer*» [80]. L'integrazione, oltre ad avere una discutibile efficacia dissuasiva, potrebbe finire per ridurre a un'ipotesi velleitaria la volontà dei contraenti [81].

In realtà, anche all'ombra del rimedio dell'auto-integrazione potrebbe annidarsi quest'ultima criticità, di cui sembra essere consapevole anche la Corte di Giustizia, la quale – quando propizia la soluzione della correzione del contratto attraverso l'esercizio dell'autonomia negoziale – precisa che la tutela sarà effettiva solo quando il rinnovato assetto di interessi sia accettato delle parti per effetto di una scelta autonoma e consapevole.

Per queste ragioni, nello scenario del *post-vessatorietà*, la correzione del contratto opera a condizione che, da un lato, la rinuncia da parte del consumatore a far valere il carattere abusivo derivi dal suo consenso libero e informato e che, dall'altro, la nuova clausola modificatrice non sia essa stessa abusiva [82], oltre al fatto che una proposta modificativa poco trasparente potrebbe peraltro integrare una pratica commerciale scorretta [83].

Ancor più nitidamente, la giurisprudenza mostra qualche riluttanza rispetto alle potenzialità legate alla rinnovazione delle trattative, nella misura in cui – in sede di rinegoziazione – potrebbe riproporsi lo squilibrio informativo tra le parti, e, per l'effetto, lo squilibrio normativo del contratto rinegoziato.

Per ovviare al suddetto inconveniente, la Corte di giustizia precisa che la rinegoziazione può operare, purché il giudice determini il quadro delle trattative che le parti instaureranno e queste siano volte a stabilire tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti un equilibrio reale [84].

Adottate queste coordinate ermeneutiche nell'analisi della contrattazione incisa da una pratica commerciale legata all'omissione di informazioni, si vuole proporre il rimedio della rinegoziazione come strumento di tutela effettiva del consumatore precisando che se ne può propugnare l'operatività unicamente rispetto ai contratti a lungo termine (si ribadisce, conclusi per effetto della slealtà del professionista).

La conservazione del contratto propiziato dal suddetto rimedio risulta congeniale all'interesse del consumatore, per il soddisfacimento del quale la durata (del contratto, appunto) costituisce una necessità giuridica. Il contenuto del contratto, che anche quando «sia sorto, perfezionato e completo (almeno) formalmente, esteriormente (se si vuole), per vicende successive o per l'affiorare, al di là della completezza formale, di elementi non validi e quindi destinati a cadere, [potrebbe] trov[arsi] a presentare taluni vuoti nella sua struttura» [85].

Ma, quando la lacuna così determinatasi deriva dal modo in cui le parti hanno costruito il regolamento e dalla volontarietà con cui le stesse hanno fissato taluni elementi [86], essa non è riducibile al fenomeno dell'in-

---

[80] S. Pagliantini, A. Palmieri, *Il post-vessatorietà*, cit., 296.

[81] C. Castronovo, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Europa dir. priv.*, 2009, I, 100, osserva che l'oggettivazione dello scambio, non potrà mai obliterare l'accordo delle parti, che è il risultato di manifestazioni di volontà; al contrario, secondo F. Galgano, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, II, 926, il contratto ha perso molti dei suoi connotati di volontarietà.

[82] Corte giust. UE 9 luglio 2020, causa C-452/18, punti 1) e 2) del dispositivo.

[83] Cfr. M.F. Campagna, *Negozio*, cit., 261.

[84] Corte giust. UE 25 novembre 2020, causa C-269/19, *§* 42.

[85] G.B. Ferri, *Causa e tipo*, cit., 287. Sulla base di questa premessa, ma per effetto di uno sviamento di prospettive, si è erroneamente accostato il fenomeno dell'integrazione a quello della conversione del contratto.

[86] Cfr. G.B. Ferri, *Causa e tipo*, cit., 288, *sub* nota 287.



tegrazione, dal momento che si è presenza di una mera alterazione «quantitativa» degli effetti del contratto, che «qualitativamente» sono, in qualche modo, comunque riconducibili alla *voluntas* delle parti [87].

La tendenza a prediligere – specie nella dimensione europea – la strada dell'auto-integrazione si giustifica alla luce delle potenzialità correttive che l'esercizio dell'autonomia privata potrebbe dispiegare sul regolamento contrattuale, in vista proprio del soddisfacimento degli interessi dei contraenti e, in particolare di quello del consumatore.

Il difetto di negoziazione espone lo statuto dello scambio a una revisione: ma, deve affrontarsi in termini problematici l'opportunità di affidare la suddetta operazione di modifica del regolamento all'opera del giudice, ritenendo preferibile coinvolgere il consumatore stesso, la cui scelta economica, in concreto falsata dalla condotta sleale del professionista del consumatore medio, dipende sempre dalle utilità che egli intende soddisfare.

Del resto, la disciplina di divieto delle pratiche commerciali scorrette tutela proprio la libertà economica del consumatore, che si presenta anche come componente essenziale del modello ideale di economia del mercato [88]. Al contempo, ma in un'ottica di microanalisi, si deve considerare il profilo personalistico che questa libertà assume nella specificità della singola operazione di scambio: essa si declina come libertà di scelta del consumatore, che in concreto è stata compromessa dalla prassi commerciale sleale.

Nel contesto della negoziazione, una scelta è autentica se è atta a soddisfare utilità concretamente valutate; ma, considerato che le utilità sono per definizione un elemento soggettivo, esse possono essere conosciute solo interrogando il consumatore [89] e rimettendo a quest'ultimo il potere di correggere il regolamento contrattuale mediante un consapevole esercizio dell'autonomia privata.

La differente soluzione dell'etero-integrazione, che – se del caso – potrebbe realizzarsi solo nella forma dell'integrazione equitativa (sempre che all'equità di cui all'art. 1374 cod. civ. possa riconoscersi una funzione correttiva [90]), appare strada non percorribile [91], «perché giudicata inidonea a sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti un equilibrio reale» [92] ed an-

---

[87] Lo stesso può dirsi con riferimento all'ipotesi di nullità parziale del contratto. La considerazione svolta nel testo è suggestionata dal raffinato studio di G. SATTA, *La conversione dei negozi giuridici*, Società Editrice Libraria, 1903 (rist., E.S.I., 2022), 15 ss., il quale, a proposito della conversione del contratto, ritiene che essa sia esclusa nell'ipotesi in cui «il negozio giuridico si restringa *quantitativamente* nella efficacia sua, pur rimanendone *immutato* l'organismo» [cors. orig.].

[88] Così M. LIBERTINI, *Sulla nozione di libertà economica*, in *Contr. impr.*, 2019, IV, 1255 ss.

[89] A. GENTILI, *Pratiche*, cit., 43.

[90] In questo affermativo, già L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, in *Scritti in onore di Pietro Rescigno*, III, Giuffrè, 1998, ora in ID., *Metodo e teoria giuridica. Scritti*, I, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, Giuffrè, 2011, 352, secondo cui – nella disciplina dei contratti del consumatore e sia pur con riferimento al destino del contratto in presenza di una clausola vessatoria – l'equità allarga i poteri del giudice non solo in funzione integrativa (delle lacune) del contratto, ma anche in funzione correttiva del suo contenuto mediante caducazione delle clausole giudicate vessatorie. Invece G. D'AMICO, *L'integrazione*, cit., 48 ss., argomenta puntualmente l'inesistenza di un generale potere equitativo del giudice di correggere il regolamento contrattuale. Anche A. D'ADDA, *Regole dispositive in funzione «conformativa» ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, in A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità del diritto privato*, Giuffrè, 2011, 385 ss. esclude un potere giudiziale di integrazione equitativa del contratto.

[91] Cfr. Corte giust. UE 3 ottobre 2019, causa C-260/18, *§* 62, in *Foro it.*, 2020, 1, IV, 24 ss., con nota di A. PALMIERI, *Il ruolo trainante della Corte di giustizia nella messa in opera della disciplina sulle clausole abusive. Spunti dal caso «Dziubak» e dintorni*, ove al punto 3) del dispositivo si legge che "l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che esso osta a che sia posto rimedio alle lacune di un contratto, provocate dalla soppressione delle clausole abusive contenute in quest'ultimo, sulla sola base di disposizioni nazionali di carattere generale che prevedono l'integrazione degli effetti espressi in un atto giuridico mediante, segnatamente, gli effetti risultanti dal principio di equità o dagli usi, disposizioni queste che non sono né di natura suppletiva né applicabili in caso di accordo tra le parti del contratto».

[92] Cfr. Corte giust. UE 29 aprile 2021, in C-19/20, *§* 83.



che perché l'integrazione equitativa verrebbe a postulare un criterio valutativo, esterno al contratto, ed espressivo di interessi con questo incompatibili [93]. In questo senso, il giudice non può imporre autoritativamente delle vicende modificative che non sono nella sua disponibilità [94].

Pur ritenendo, con convinzione, che il giudice «"*non può mettere i piedi nel piatto*" e modificare d'imperio le condizioni dello scambio» [95], anche la soluzione della rinegoziazione, espressione dell'autonomia privata, non deve alimentare facili entusiasmi.

Qualora si decidesse di annoverare, tra le tutele individuali esperibili dal consumatore, anche quella che si realizza per mezzo della rinegoziazione, occorre tener conto opportunamente di tutte le problematicità connesse alla previsione del suddetto rimedio, affinché questa soluzione non presti il fianco a critiche che ne possano minare la coerenza sistematica.

Al di là della difficoltà di individuare il fondamento normativo dell'obbligo di rinegoziare, residuerebbero, in ogni caso, almeno altre due questioni da risolvere: la prima attiene alla ricostruzione della rinegoziazione come situazione giuridica soggettiva e alla definizione del suo contenuto; l'altra riguarda le possibili conseguenze che si determinano nel caso in cui le parti non abbiano raggiunto l'accordo sul contratto rinegoziato.

Si è detto che, se la rinegoziazione non può essere imposta al professionista, ma, al contrario, le parti possono decidere liberamente di ridefinire il contenuto di un contratto, «si è in presenza di un fenomeno, che, in linea di massima, non assume una particolare rilevanza giuridica» [96].

Affinché la rinegoziazione sia una soluzione rimediale effettiva e ne possa essere scongiurata l'inconsistenza giuridica [97], occorrerebbe anche chiedersi quale sia il contenuto di quell'obbligo, ossia se esso si arresti al livello dell'instaurazione delle trattative solo potenzialmente produttiva dell'accordo modificativo oppure si estenda fino a ricomprenderne la conclusione [98].

La risposta a quest'interrogativo condizionerà la risposta al secondo dei quesiti prospettati, riguardante l'individuazione dello strumento di tutela cui possa fare ricorso il consumatore nel caso in cui il professioni-

---

[93] S. PAGLIANTINI, *Tutela*, cit., 345-346.

[94] Per S. RODOTÀ, *Le fonti*, cit., 225, «l'equità è un criterio di giudizio che non può essere adoperato in relazione a qualsiasi profilo del contratto, ma unicamente per far assumere rilevanza regolamentare a talune circostanze di esso». Al contrario, secondo A. GENTILI, *La replica*, cit., 670, il quale ritiene che la revisione giudiziale del contratto non possa mai costituire concretizzazione dell'esecuzione forzata dell'obbligo di rinegoziare, ma sia piuttosto integrazione equitativa del patto, alternativa e non attuativa della rinegoziazione. La considerazione – a parere dell'Autore – si giustifica alla luce della considerazione per cui si tratterebbe «semplicemente dell'ovvia applicazione alla negoziazione circa la modifica di un contratto già concluso, dei consueti principi di ogni trattativa». Ma, il ragionamento potrebbe esporsi a una critica: esso potrebbe essere condiviso solo nella misura in cui si adotti una prospettiva di analisi puramente empirica. Al contrario, l'adozione di una metodologia giuridica che propugni un procedimento conoscitivo fondato non sull'astrazione dei concetti, ma sull'esame del «problema» e la comprensione del contesto sospingerebbe l'interprete a considerare la necessità di una ricostruzione del «sistema», in punto di sistematica del fenomeno della rinegoziazione (si allude alla riflessione sulla dogmatica giuridica condotta da L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, I-II, 3 ss.).

[95] P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, I, 231 [cors. orig.].

[96] Così O.T. SCOZZAFAVA, *Appunti sulla rinegoziazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2021, I, 129.

[97] In questi termini, M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. priv.*, 2003, III, 467 ss., spec. 501, il quale si spinge a ridurre la vivacità del dibattito dei giuristi nazionali, e non solo, intorno ai temi della revisione, della rinegoziazione e dell'obbligo di rinegoziare all'esigenza da questi avvertita di appagare lo spirito, prevedendo – con uno sconsolante sarcasmo – che «l'obbligo di rinegoziazione troverà sempre maggiore fortuna nei sistemi giuridici contemporanei: fa sentire più buoni e non costa nulla».

[98] Già nell'intendimento della Corte di giustizia (Corte giust. 25 novembre 2020, causa C-269/19) non si comprende se le trattative postume siano un mero auspicio o sostanzino il contenuto di un ordine del giudice, non fornendo la giurisprudenza alcuna risposta alla questione volta a stabilire cosa il giudice possa fare, se le parti non rinegoziano.



sta si rifiuti di rinegoziare o le trattative non esitino nel raggiungimento dell'accordo modificativo [99].

Oltre a queste difficoltà più squisitamente sistematiche, la soluzione rimediale della rinegoziazione ne esibisce un'altra, che potrebbe finire per incidere sul tasso di immediata, e possibilmente incontroversa, idoneità ad applicarsi ai casi concreti.

Come già detto, nella fase delle trattative instaurate in sede di rinegoziazione (o meglio di negoziazione, se si assume che, rispetto al contratto concluso per effetto della pratica commerciale scorretta, nessuna trattativa si sia validamente dispiegata nella fase precontrattuale), la scelta del consumatore potrebbe nuovamente essere condizionata dalla superiorità del professionista, impedendogli di maturare un consenso ponderato, e la rinegoziazione potrebbe non essere, nuovamente, il prodotto di una trattativa individuale quando il consumatore non abbia potuto concorrere a definire il contenuto dell'accordo correttivo.

Proprio per ovviare a questo inconveniente, la Corte di Giustizia [100] ha condizionato l'operatività del rimedio dell'auto-integrazione alla predisposizione del quadro delle trattative ad opera del giudice, tentando di coniugare l'ordine imposto con l'ordine negoziato.

Dunque, dopo aver saggiato e bilanciato potenzialità e criticità della rinegoziazione, essa potrà risultare certamente rimedio effettivo e proporzionale che si realizza mediante un meccanismo che pone i contraenti di fronte a una regola creata e non di fronte a una regola trovata: l'auto-integrazione, esercitata dai contraenti, consente al contratto di produrre i suoi effetti; il contratto è il suo oggetto e alla sua costruzione partecipa.

6. – Anche a voler ritenere che «non sia più tempo di diritto privato generale» [101] o che, in maniera più convincente, «nuovi siano i luoghi di una parte generale del contratto» [102], ciononostante deve affermarsi – e senza la preoccupazione che questo ragionamento si esponga all'empiria di un travaso causale di norme e principi [103] – che tra contratto e accordo «non c'è sineddoche: qui la parte, ossia l'accordo, è proprio il tutto. Ogni fuga o congedo da esso minerebbe alle fondamenta la categoria stessa del contratto, determinandone la dissoluzione» [104]. E la particolare modalità di formazione dei contratti tra professionista e consumatore, se del caso per effetto di una pratica commerciale sleale, impone la necessità di un'operazione di ricostruzione e ricostituzione dell'accordo.

Muovendosi entro il perimetro delle suggestioni rivenienti da quella concezione novecentesca secondo cui il volontarismo è temperato, ma non escluso, dai principi della responsabilità e dell'affidamento [105],

---

[99] F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, 2015, 594, ritiene che «nell'ottica della conciliazione di conservazione e adeguamento, sembra più congruo un obbligo di rinegoziare che si arresti alla necessità di instaurare le trattative necessarie a concordare le modifiche e poi di intraprenderle con determinazione, in ossequio alla buona fede. Se la rinegoziazione costituisce una forma di esaltazione dell'autonomia privata, il contenuto dell'obbligo che la presidia deve essere tale da limitarsi a sollecitare l'autodeterminazione delle parti e non già anche da renderla un atto dovuto negli esiti, sino al punto di attivare meccanismi rimediali surrogatori dell'accordo negoziale».

[100] Così Corte giust. UE 25 novembre 2020, causa C-269/19, *§* 42.

[101] M. Libertini, *Alla ricerca del "diritto privato generale" (Appunti per una discussione)*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 541 ss.

[102] In tal senso, S. Pagliantini, *I nuovi luoghi di una parte generale del contratto e la Cattedrale dei contratti bancari*, in *Contratti*, 2018, III, 253 ss.

[103] C. Camardi, *L'autonomia privata fra codice civile e statuti speciali. La parte generale del contratto e le prospettive di riforma*, in E. Navarretta (a cura di), *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata. Prospettive di riforma del Codice civile*, Giappichelli, 2021, 57.

[104] Così V. Scalisi, *La conclusione*, cit., 330. V. anche P.G. Monateri, *La sineddoche*, Giuffrè, 1984, 189 ss.

[105] «Tanto [è] vero che [il principio della responsabilità e quello dell'affidamento] si applicano solo nelle situazioni anormali o eccezionali, in cui vi è mancanza o vizio del volere e l'una ovvero l'altro per un verso sono dovuti a dolo o colpa del dichiarante, per



quest'operazione diventa sintomatica del fatto che «la fortezza del dogma del consenso rimarrà ancora a lungo inespugnata» [106], anche per l'acquisita idoneità a mettere ordine nelle relazioni tra la realtà economica e quella normativa.

Sull'onda della tradizione, la volontà del consumatore si ammanta di un nuovo significato: essa «corrisponde alla pretesa di conformità della dichiarazione, di cui consta il contratto, al parametro normativo».

Sulla base di questa premessa e valorizzando la teoria del negozio giuridico che sopravvive nella sua attualità [107] ben oltre la sola valenza storiografica alla quale si vorrebbe tentare di ridurla [108], volontà del consumatore e dichiarazione del professionista potranno combaciare, anche se tale coincidenza «non è uno stato di fatto da cui l'interprete debba muovere (come accadeva nel tempo dell'ermeneutica, nel quale la dichiarazione era per l'appunto uno stato di fatto), ma è il dover essere da perseguire nell'attuazione del sistema di tutele del consumatore» [109].

Cogliendo le suggestioni di chi teme che la fenomenologia del postmoderno si sostanzi, in realtà, in una sorta di «regressione premoderna», non si può fare a meno di condividere l'idea per cui «i codici e le categorie giuridiche del diritto privato moderno, ancorché profondamente rivisitate, svolgono ancora un ruolo fondativo del "sistema"» [110].

Nell'ambito di un diritto, quello consumeristico, che tradizionalmente ha «commisura[to] i rapporti tra gli uomini alla loro appartenenza ad un ceto o ad un gruppo» [111] e ha esaltato il soggetto come momento sistematico [112], potrebbe ritenersi che si stia forse inverando il ritorno, seppure secondo logiche ispiratrici e finalità profondamente differenti, a quel movimento '*from status to contract*' [113] che aveva segnato il passaggio dalla civiltà giuridica del medioevo a quella moderna democratico-liberale.

---

l'altro non sono riconoscibili dalla controparte»: così L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, s.d. [ma 1948], (rist., E.S.I., 2011), 85, nonché 67 ss. A sostegno della considerazione svolta nel testo milita il pensiero di M. DOSSETTO, *Condizioni generali di contratto*, in *Noviss. Digesto it.,* III, Utet, 1957, 1109 ss., spec. 1110 s., nonché A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto,* Cedam, 1954, 46 ss., i quali – con riferimento alle condizioni generali di contratto – ebbero a sostenere che i limiti all'efficacia di queste ultime si spiegano proprio in ragione del principio della *volontà* temperato da quello della *responsabilità* [enfasi aggiunta].

[106] Così G. GORLA, *Il dogma del «consenso» o «accordo» e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II, 923 ss., che – pur riconoscendo la necessità del consenso come ragione ultima del vincolo giuridico – tenta di dimostrare che il consenso non è uno e uniforme per tutti i tipi di affari, «ma è strutturalmente diverso per ciascun tipo, in quanto ne rappresenta il contenuto, i caratteri e gli effetti giuridici particolari e, in definitiva, la stessa "causa" della promessa». La critica di Gorla al concetto giusnaturalistico di consenso come base dell'obbligazione contrattuale si spiega anche alla luce della definizione di «causa contrattuale» proposta dal medesimo Autore: si rinvia a ID., *Il contratto. Problemi fondamentali tratti con il metodo comparativo e casistico.* I. *Lineamenti generali*, Giuffrè 1955, 199 ss., nonché 463 ss.

[107] Cfr. G.B. FERRI, *La volontà privata e la teoria del negozio giuridico*, in *Dir. giur.*, 1997, ora in ID., *Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile*, Cedam, 2008, 339 ss., che riflette sul ruolo della volontà nella teoria del negozio giuridico, dimostrando come l'una e l'altra non siano temi *demodés*. Anzi, perentoriamente afferma che «nel *valore* che l'autonomia dei privati esprime, resta evidentemente fondamentale il ruolo che sono chiamate a svolgere, la volontà, la libertà e consapevolezza che alla sua realizzazione debbono presiedere» [cors. orig.].

[108] Esclusivamente in questo senso, N. IRTI, *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, in ID., *Letture bettiane sul negozio giuridico*, Giuffrè, 1991, 43 ss., ora in *Destini dell'oggettività. Studi sul negozio giuridico*, Giuffrè, 2011, 62 ss.

[109] E. SCODITTI, *Contratto*, cit., 430.

[110] C. SALVI, *Diritto postmoderno*, cit., 865 ss.

[111] N. LIPARI, *Introduzione* a ID. (a cura di), *Diritto privato europeo*, I, Cedam, 1997, 11.

[112] Secondo G.B. FERRI, *La «cultura» del contratto e le strutture del mercato*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, E.S.I., 1998, 155 s., spec. 163 ss., nemmeno il diffondersi di «individualità plurali», espressivo dell'emersione di nuove forme di *status*, riesce a scardinare la cultura del contratto.

[113] Si allude alla nota formula di H.S. MAINE, *Ancient Law*, Murray, 1861 (trad. it. di V. FERRARI, *Diritto antico*, Giuffrè, 1998), 91 ss. e 129 s.



Se, come è apparso a Filippo Vassalli, di fronte ai mutamenti della realtà il diritto civile ha il compito di trasformare i dati della vita in schemi di pensiero [114], gli attuali fenomeni di circolazione della ricchezza impongono di continuare a considerare il contratto, a cui il sistema giuridico si è sempre mostrato proclive [115], lo schema più idoneo alla realizzazione degli interessi dei privati.

[114] Così F. VASSALLI, *Arte e vita nel diritto civile* (prolusione romana del 1930, poi pubblicata in *Riv. dir. civ.*, 1931, I, 109-27, ora in ID., *Studi giuridici*, II, Giuffrè, 1960, 395 ss., spec. 399).

[115] P. RESCIGNO, *Situazione e* status *nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 209 ss., spec. 222, ritiene preoccupante la propensione ad una fuga dal contratto, che – secondo M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Giappichelli, 1966, 359 s. – non potrebbe in concreto mai compiersi in un'economia di mercato, che «per un verso è l'esito delle singole contrattazioni (non c'è mercato senza scambi, e quindi senza contratti), per un altro verso è anche la misura delle singole contrattazioni (= ogni trattativa si intraprende sulla base delle condizioni di mercato)».

JUS CIVILE



CHIARA SARTORIS

Assegnista di Diritto privato – Università degli Studi di Firenze

CIRCONVENZIONE DI INCAPACE PER TESTAMENTO: QUALE INVALIDITÀ?

SOMMARIO: *1. Reato di circonvenzione di incapace e testamento: il problema rimediale. – 2. Norma penale e negozio: un rapporto dibattuto. – 2.1. Il difficile inquadramento delle conseguenze civilistiche del reato di circonvenzione di incapace. – 3. Il testatore incapace alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali. – 4. Reato e testamento: spunti di riflessione.*

1. – Non vi è dubbio che il soggetto incapace meriti particolare protezione non solo in sede contrattuale, ma anche in occasione della redazione del testamento. Meno chiaro, tuttavia, è il rimedio invocabile nel caso in cui i soggetti interessati riescano a dimostrare che il testamento sia stato redatto da incapace vittima del reato di circonvenzione (art. 643 c.p.). Il riferimento è ai casi, spesso assurti agli onori delle cronache per la loro particolare riprovevolezza, in cui persone incapaci, solitamente anziane, cadono vittime di una condotta induttiva diretta a far compiere un atto produttivo di effetti giuridici dannosi. Il fatto tipico, invero, si concretizza mediante l'abuso della condizione di vulnerabilità del soggetto passivo, funzionale al conseguimento di un profitto a favore dello stesso autore del reato o di terzi (reato di dolo) [1].

Come si anticipava, se certa è la possibilità che la fattispecie incriminatrice in esame possa intrecciarsi con la vicenda successoria di un soggetto incapace, meno chiare sono le conseguenze civilistiche del suo accertamento. La difficoltà di individuare il rimedio invocabile nasce non solo dalla scarna disciplina codicistica in tema di invalidità testamentaria, ma anche dall'assenza di orientamenti interpretativi univoci. Il problema è poi ulteriormente aggravato dalla pluralità di soluzioni elaborate da dottrina e giurisprudenza anche rispetto alla diversa, ma affine, questione del contratto frutto del reato di circonvenzione di incapace [2]. Ben-

[1] Per uno studio sugli elementi costitutivi del reato di circonvenzione di incapace si rinvia ad autorevoli contributi penalistici: B. CASSINELLI, *La circonvenzione di persone incapaci*, Milano, 1956; G.D. PISAPIA, voce *Circonvenzione di persone incapaci,* in *Nuoviss. Dig. it.*, III, 1959, 258 ss.; M. SINISCALCO, voce, *Circonvenzione di persone incapaci,* in *Enc. dir.*, II, Milano, 1960; G. SABATINI, *Problemi in tema di circonvenzione di incapaci,* in *Giust. pen.*, 1960, III, 490 ss.; C. CERTO, *La circonvenzione di persone incapaci*, Palermo, 1962; A. BONIFACIO, *Alcune considerazioni in tema di circonvenzione d'incapaci,* in *Arch. Pen.*, 1965, I, 583 ss.; M. RONCO, *Circonvenzione di persone incapaci,* in *Enc. giur. Treccani,* Roma, 1988, 3 ss.; A. TENCATI, *Alcune riflessioni sul delitto di circonvenzione di persona incapace,* in *Riv. pen.*, 1988, 431 ss.; G. MARINI, voce *Incapaci (circonvenzione di)*, in *Dig. pen.*, Torino, 1992, VI, 310 ss.; M.L. FERRANTE, *La circonvenzione di persone incapaci*, Milano, 1999; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, t. 2, *I delitti contro il patrimonio*, V ed., Bologna 2007, 208 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Delitti contro il patrimonio*, III ed., Padova, 2009, 219 ss.

[2] Per una prima ricostruzione del dibattito: R. MOSCHELLA, *La rilevanza civile della circonvenzione di incapaci*, in *Foro it.*, 1980, c. 2861 ss.; V. MARICONDA, *Quale invalidità contrattuale nel caso di circonvenzione di incapace?*, in *Corr. giur.*, 1995, 217 ss.; E. RAGANELLI, *Circonvenzione di incapace e nullità o annullabilità del contratto*, in *Giust. civ.*, 1980, 943 ss.; A. ALBANESE, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvenzione,* in *Contr.*, 2004, 11, 997 ss.; V. TOMARCHIO, *Nota in tema di circonvenzione di inca-*



ché il tema delle conseguenze civilistiche di un illecito penale negli anni sia stato maggiormente vagliato proprio nella materia contrattuale – con la elaborazione del noto criterio discretivo tra reato-contratto e reato-in contratto [3] – numerosi sono ancora i dubbi interpretativi che riguardano lo specifico rapporto tra contratto e reato di circonvenzione di incapace. Quest'ultimo, invero, per la particolare gravità della condotta e l'importanza del bene giuridico tutelato, sembra mettere in crisi, come si vedrà, proprio l'operatività del predetto criterio discretivo. Se, per un verso, il disvalore, appuntandosi sul comportamento precedente alla stipulazione del contratto, sembra determinare una ipotesi di annullabilità; per altro verso, non manca chi invoca la nullità virtuale *ex* art. 1418, comma 1, cod. civ. per violazione della norma (imperativa) che incrimina la circonvenzione di incapace, stante la particolare rilevanza del bene giuridico tutelato. Tali incertezze interpretative, come è evidente, si ripercuotono in ambito testamentario sollevando problemi ancor più delicati in considerazione degli interessi coinvolti: la tutela della irripetibile volontà del *de cuius* richiede, infatti, di essere contemperata con i diritti dei successori.

Una corretta indagine del tema, dunque, non può prescindere né dalle specificità proprie dell'*atto mortis causa* rispetto al contratto, né dalle differenze in punto di regime di invalidità. Nel tentativo di offrire una chiave di lettura coerente, merita ricostruire, preliminarmente, il dibattuto rapporto tra norma penale e negozio, alla luce dei concetti di norma imperativa e di nullità virtuale.

2. – L'apparente distanza concettuale tra diritto civile e diritto penale sembra assottigliarsi e trovare un punto di contatto ogniqualvolta ci si interroghi sul trattamento da riservare al contratto contrario a una norma penale. Ben può accadere, infatti, che l'esercizio della libertà negoziale non sia conforme alla norma incriminatrice e tanto si ripercuote non solo sulla rilevanza penale della condotta, ma anche sulla validità del contratto. Ebbene, comprendere i rapporti tra norma penale e negozio significa andare al cuore di una delle questioni interpretative più complesse della disciplina codicistica: la definizione del concetto di norma imperativa e il suo legame con il contratto, o meglio, con la nullità virtuale [4]. Significa, in definitiva, interrogarsi sull'inquieto rapporto tra regole di validità/regole di comportamento e sulle conseguenze della loro violazione.

Non vi è dubbio che la norma penale sia dotata del carattere della imperatività non solo perché diretta a perseguire interessi di natura pubblicistica, ma anche per via del disvalore particolarmente rilevante delle condotte illecite. Ne dovrebbe conseguire, a rigore, che la violazione della norma penale posta in essere nell'esercizio dell'autonomia privata importi la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418, comma 1, cod. civ. Una nullità virtuale, dunque, in quanto la norma (imperativa) penale, di regola, non offre alcuna soluzione al

---

pace, in *Giur. it.*, 2004, 12, 2290 ss.; V. TOMASELLI, *Circonvenzione dell'incapace e sorte del contratto,* in *Questioni di diritto di famiglia,* 2010, 4, 78 ss.; I. RIVA, *Sulla sorte del contratto concluso per effetto di circonvenzione di incapace,* in *Giur. it*., 2017, 1, 39 ss.

[3] Storicamente, la distinzione si deve agli studi di F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1947, II, 234 ss. Successivamente essa è stata ripresa e sviluppata da G.D. PISAPIA, *Unità e pluralità di soggetti attivi nella struttura del reato,* in *Studi di diritto penale*, Pavia, 1956, 350 ss.; F. VASSALLI, voce *Accordo (diritto penale),* in *Enc. dir.*, Milano, 1958, I, 302 ss. In tempi più recenti si vedano in particolare: I. LEONCINI, *I rapporti tra contratto, reati contratto e reati in contratto,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 997 ss.; PEDICINI, voce *Contratto e reato*, in *Dig. civ*., Torino, 2007, 374 ss.

[4] Osserva autorevolmente G. PASSAGNOLI, *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, Milano, 2005, 16 ss., spec. nt. n. 5 che il problema della nullità del contratto per contrarietà a norma imperativa è tra i più complessi e, anzi, tale complessità si aggrava proprio in caso di contrarietà del contratto alla norma penale perché quest'ultima «non vieta di regola l'atto in quanto tale ma quale oggetto od effetto di un comportamento riprovato, sicché di per sé la contrarietà a norma penale non suppone di necessità la invalidità dell'atto».



problema della sorte del contratto frutto del reato. Merita soffermarsi subito su tale aspetto. Nell'art. 1418, comma 1, cod. civ. è contenuta una clausola di chiusura del sistema, funzionale a escludere la produzione di effetti giuridici da parte di contratti contrastanti con una norma imperativa, in mancanza di una diversa previsione sanzionatoria [5]. Sicché, in base alla definizione in negativo prospettata dal legislatore, una nullità virtuale non si configura ogniqualvolta la norma imperativa preveda espressamente la nullità del contratto (nullità testuale *ex* art. 1418, comma 3, cod. civ.) ovvero l'illiceità investa la causa, l'oggetto, il motivo comune determinante o la condizione (nullità strutturale *ex* art. 1418, comma 2, cod. civ.); ovvero, ancora, disponga una conseguenza rimediale del tutto diversa (*"(...) salvo che la legge non preveda diversamente"*), come accade, ad esempio, nelle ipotesi di annullabilità o di rescissione.

Dall'analisi dell'art. 1418 cod. civ. è possibile, dunque, inferire un principio di non tassatività delle cause di nullità del contratto – differentemente dalle cause (tassative) di annullabilità – da cui discende un significativo spazio valutativo per l'interprete; al quale compete la individuazione del rimedio più adeguato a garantire una tutela effettiva contro la violazione di norme imperative. Ne consegue, come è stato attentamente osservato in dottrina, che la nullità non rappresenta l'esito naturale della contrarietà a norma imperativa, bensì è un esito solo possibile da valutare alla luce delle caratteristiche del caso concreto.

Ciò premesso, è noto il dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa l'effettivo ambito di operatività della nullità virtuale [6]. Ci si limita a ricordare che, in mancanza di una definizione legislativa, all'interprete compete, innanzitutto, stabilire quando una norma sia imperativa. Tale è tradizionalmente considerata la norma inderogabile, cioè quella posta a tutela di un interesse pubblico [7]. Tuttavia, è oggi pacifico che il carattere im-

---

[5] Tanto appare coerente con l'origine storica dell'istituto, che può essere fatta risalire alla costituzione *"Lex non dubium"* di Teodosio II del 439 d.C., la quale era diretta a impedire l'aggiramento del divieto di amministrare beni altrui attraverso la stipulazione di accordi simulati da parte dei *curiales.* Sicché, ogni patto contrario doveva considerarsi "*inutilis*" anche in mancanza di espressa previsione, rendendo così "*perfectae*" tutte le leggi. Si segnava, in questo modo, l'affermazione di un sistema di invalidità che non necessitava della testuale previsione della invalidità medesima. In seguito, tuttavia, il codice civile del 1865, differentemente dal codice odierno, non riconosceva autonomo rilievo alla nullità virtuale, contemplandola unicamente come ipotesi di illiceità della causa, secondo la previsione dell'art. 1119: «l'obbligazione (…) fondata su una causa illecita non ha alcun effetto», intendendosi, per causa illecita, la causa contraria alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico ai sensi dell'art. 1122. Cfr. G. BAVIERA, *Leges imperfectae, minus quam perfectae et perfectae,* in *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1909, 204 ss.; A. MASI, *Il negozio utile o inutile in diritto romano,* in *Riv. it. scienz. giur.*, 1959, 62, 83 ss.; ID., voce *Nullità (storia),* in *Enc. dir*., XXVIII, Milano, 1978, 864 ss.; S. DI PAOLA, *Contributi a una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano, 1966, 94 ss.; F. SERRAO, voce *Legge (diritto romano),* in *Enc. dir*., XXIII, Milano, 1973, 836 ss.

[6] Numerosi e autorevoli sono gli studi sul tema. *Ex multis*: G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative,* in *Riv. crit. dir. priv*., 1985, 447 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993; U. BRECCIA, *Il contratto illecito,* in *Il contratto in generale*, III, in *Trattato di diritto privato*, detto da M. Bessone, Torino, 1999, 117 ss.; A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, II, Torino, 2006, 1510 ss.; M. MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo,* in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, IV (Rimedi – 1), a cura di A. Gentili, Milano, 2006, 155 ss.; A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è "virtuale" è "razionale": riflessioni sulla nullità del contratto,* in *Le invalidità di diritto privato*, a cura di A. Bellavista, A. Plaia, Milano, 2011, 301 ss.; G. D'AMICO, voce *Nullità non testuale,* in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, 817 ss.; G. FACCI, *La nullità virtuale del contratto e la violazione del principio di buona fede,* in *Contr. e impr*., 2012, 6, 1415 ss.

[7] Costante è l'affermazione giurisprudenziale secondo la quale «la natura imperativa della norma violata deve essere individuata in base all'interesse pubblico tutelato»; e ancora, in mancanza di espressa previsione della nullità «occorre controllare la "natura della disposizione violata" (…), e tale controllo si risolve nell'indagine sullo "scopo della legge" e in particolare sulla "natura della tutela apprestata", se cioè di interesse pubblico o privato». Così Cass., Sez. Un., 21 agosto 1972, n. 2697, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1914 ss.; Cass., 27 novembre 1975, in 3974, in *Foro it.*, 1976, I, 309 ss.; Cass., 4 dicembre 1982, n. 6601, in *Giust. civ*., 1983, I, 1172 ss., con nota di M. COSTANZA, *Sulla invalidità del contratto per violazione di norma imperativa*; Cass., 17 giugno 1985, n. 3642, in *Nuova giur. civ. comm*., 1986, I, 283 ss., con nota di MINEO, *Assegnazione in proprietà – Contratti stipulati in base a provvedimento di individuazione illegittimo;* Cass., 7 marzo 2001, n. 3272, in Contr., 2002, 28 ss., con nota di E. GIRINO, *Contratti di "swap": forma, autonomia, nullità e responsabilità*. In dottrina v.: R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative, in Legislazione economica*



perativo si giustifichi non già perché sinonimo di inderogabilità (secondo l'equazione norma imperativa = norma inderogabile = norma contenente un comando o un divieto che tutela un interesse di carattere generale), come pure per lungo tempo è stato sostenuto [8]; ma proprio perché la nullità in esame discende dallo stesso disposto dell'art. 1418, comma 1, cod. civ., come conferma la considerazione che di nullità si può discorrere anche in conseguenza della violazione di norme imperative nelle ipotesi di nullità testuali o di nullità strutturali. Così come, di contro, vi sono norme «*sicuramente inderogabili, che tuttavia non possono definirsi imperative*» [9], come la norma sulla buona fede in sede di trattative, la cui violazione, difatti, non implica il sorgere di una nullità. Sicché, la risposta alla domanda di cosa sia una norma imperativa non può essere basata sulla predetta equazione, né sulla distinzione tra interessi generali e interessi particolari, considerata la difficoltà di scorgere un netto *discrimen* tra tali concetti [10]. A ben vedere, è, piuttosto, l'indisponibilità dell'interesse tutelato ciò che caratterizza le norme imperative: la qualificazione di una norma in questi termini dipende, infatti, da specifici elementi di indisponibilità desumibili dalla stessa disciplina positiva [11].

(1978-1979), a cura di Visintini-Vassalli, Milano, 1981; G. De Nova, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., 447 ss.; M. Mantovani, *Divieti legislativi e nullità del contratto,* in *Nuova giur. civ*., 1987, II, 72 ss.; G. Villa, *Contratto e violazione di norme imperative,* cit.; L. Ferroni, *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Milano, 1998; A. Di Amato, *Note introduttive sul rapporto tra contratto e reato,* in *Rass. dir. civ.*, 2002, 120 ss.; F. D'Arcangelo, *Il contratto concluso in violazione di una norma penale,* in *Obbl. e contr*., 2007, 533 ss.; G. Vettori, *Contratto e rimedi*, Milano, 2021, 471 ss. È comunque il caso di ricordare che, negli ultimi tempi la distinzione tra norme poste a tutela di interessi pubblici e norme poste a tutela di interessi privati è sempre meno nitida alla luce della legislazione speciale, dove frequente è il ricorso a norme che presidiano anche interessi individuali propri del contraente tutelato con la previsione rimediale della nullità. A riguardo, illustri studi hanno chiarito che tali nullità speciali rimangono pur sempre finalizzate alla tutela di interessi generali, solo che, rispetto alla nullità codicistica, gli interessi generali vengono perseguiti attraverso la valorizzazione di interessi particolari e seriali facenti capo a soggetti e/o singoli gruppi specifici. Come è stato autorevolmente affermato, «il rilievo latamente pubblico» degli interessi tutelati dall'ordinamento «non ne esclude la riferibilità al singolo, nella misura in cui di questo si tutelino fondamentali attributi di libertà» (così G. Passagnoli, Nullità speciali, Milano, 1995, 169-170). Cfr. A. Bonfilo, V. Mariconda, *L'azione di nullità, in I contratti in generale. Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, IV, a cura di G. Alpa e M. Bessone, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale Bigiavi,* Torino, 1991, 470: «anche l'interesse individuale di uno solo dei soggetti del negozio possa giustificare la sanzione della nullità, allorché attinga rilevanza pubblicistica la salvaguardia di un determinato equilibrio contrattuale»; V. Scalisi, *Contratto e regolamento di interessi nel piano d'azione delle nullità di protezione,* in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 459 ss.; S. Polidori, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001; Id., *Nullità di protezione e interesse pubblico,* in *Rass. dir. civ*., 2009, 1029 ss.; M. Girolami, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008; A. Gentili, *La nullità di protezione,* in *Eur. dir. priv*., 2011, 90 ss. il quale descrive la nullità di protezione come «la manifestazione più moderna della funzione di protezione storicamente tipica di una delle forme tradizionali di nullità, già nota ai codici, in cui interagiscono tra loro l'interesse del privato e l'interesse generale»;

[8] Cfr. R. Tommasini, voce *Nullità (diritto privato),* in *Enc. dir*., XVIII, Milano, 1978, 908 ss.; V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2011, 382 ss.; C.M. Bianca, *Il contatto, Diritto civile*, 3, Milano, 2000, 618 ss.

[9] Così A. Di Majo, *La nullità,* in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, *Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002, 83.

[10] In questo ordine di idee: L. Mengoni, *Ancora sul metodo giuridico,* in *Diritti e valori*, Bologna, 1985, 302 ss.; G. Benedetti, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali*, Napoli, 1994, 159 ss. Per un approfondimento sul superamento della impostazione tradizionale v.: G. Passagnoli, *Nullità speciali*, cit., 127 ss., il quale, nell'evidenziare le criticità dell'opinione tradizionale, osserva: «Il sistema positivo depone in tutt'altro senso, poiché non consente di ritener fondata l'equazione tra inderogabilità delle norme ed interesse pubblico e, con essa, l'idea che a siffatto interesse vorrebbe unitariamente ridurre norme imperative ed ordine pubblico. (…) Ciò già permette di osservare che l'inderogabilità della norma, di per sé, non costituisce indice di un interesse sempre omogeneo, e quindi non esclude affatto un differenziato atteggiarsi delle tutele»; G. Villa, *Contratto e violazione di norme imperative,* cit., 87 ss.; A. Gentili, *Le invalidità*, cit., 1512 ss.

[11] Sul punto si vedano le autorevoli riflessioni di A. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; Id., *Non tutto ciò che è "virtuale" è "razionale": riflessioni sulla nullità del contratto,* cit., 301 ss., il quale reputa "anacronistico" continuare a prospettare una ricostruzione della nullità «come strumento volto esclusivamente a impedire che l'esercizio dell'autonomia contrattuale si svolga in contrasto con l'interesse generale». Basti considerare la diffusione di nullità anche in funzione di protezione di interessi particolari che sono sottratti al potere di disposizione del titolare. Secondo l'A. invero «l'elemento che ac-



Questa conclusione, d'altra parte, trova oggi il suo principale argomento nella crescente diffusione di norme imperative riconducibili al c.d. ordine pubblico di protezione, la cui inderogabilità ha carattere meramente unidirezionale. Trattasi, infatti, di norme poste a protezione dell'interesse di uno solo dei contraenti, reputato dal legislatore meritevole di particolare tutela in ragione della sua posizione economico-sociale. Tanto significa che il concetto di imperatività ben può essere relativizzato quando è appaiato con la tutela di interessi individuali o seriali [12]. Ebbene, anche l'interesse presidiato da una nullità di protezione, per quanto particolare, è sottratto al potere di disposizione del titolare.

La giurisprudenza, inoltre, ha sostenuto a lungo la necessità che la norma imperativa a cui fa riferimento l'art. 1418, comma 1, cod. civ. sia inerente a elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè che si tratti di norma di validità in quanto attinente alla struttura del contratto; da contrapporre alla norma di condotta che impone doveri di comportamento relativi alla fase precontrattuale o contrattuale, la cui violazione importa, invece, responsabilità per i danni arrecati. È la nota teoria della distinzione tra norme di validità e norme di comportamento, che – pur suscitando talune perplessità [13] – costituisce tutt'oggi un riferimento indispensabile per la comprensione dei rapporti tra contratto e reato. Merita ricordare che l'impostazione testé descritta, per il suo rigore, non ha trovato piano accoglimento nelle Sezioni Unite, le quali, con la nota pronuncia del 2007, hanno rilevato il rischio di una eccessiva compressione dell'area della nullità virtuale e di una sua sostanziale coincidenza con l'area della nullità strutturale. Secondo i giudici, nella nozione di "elementi intrinseci" al contratto rientrano non solo gli elementi di struttura, ma anche di contenuto. Sicché, la nullità virtua-

---

comuna tutte le norme che determinano la nullità del contratto, ivi comprese quelle imperative» non è ravvisabile «nella natura dell'interesse protetto, ma nelle modalità con le quali questo è tutelato dall'ordinamento», ossia sottraendolo alla disponibilità dei contraenti. In questa prospettiva «solo la tutela di un interesse indisponibile, ancorché individuale, è in grado di giustificare una limitazione dell'autonomia privata, non spiegandosi altrimenti perché il soggetto titolare dell'interesse tutelato non possa validamente disporne». In coerenza con queste premesse, l'A. osserva che «l'imperatività non può ritenersi fondata su elementi che preesistono alla norma stessa, ma è una qualificazione che questa riceve proprio in considerazione delle conseguenze previste in caso di violazione». D'altra parte, la nullità è rimedio che non solo nega valore vincolante al regolamento pattuito dai contraenti, ma è caratterizzato, altresì, da una disciplina del contratto nullo sottratta al potere di disposizione delle parti, anche di quella a protezione della quale sia eventualmente posta.

[12] Cfr. G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 173 ss.: «la antitesi pubblico-privato non è idonea a dar conto tanto della delimitazione esterna della nullità rispetto all'annullabilità, quanto, nell'ambito della disciplina dell'atto nullo, della pluralità di trattamenti cui quest'ultimo soggiace e che appaiono irriducibili ad una concezione unitaria del primo termine (l'interesse pubblico) di quella dialettica»; A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo),* in *Contr.*, 2003, 2, 201 ss.

[13] Parte della dottrina ha rilevato come tale principio sembra essere messo in crisi tanto dalla valorizzazione giurisprudenziale della clausola di buona fede, come la vicenda della caparra confirmatoria dimostra; quanto dalla proliferazione di nullità in funzione protettiva comminate in occasione della violazione di obblighi legali. Si pensi alle numerose disposizioni che prescrivono ai contraenti specifiche dichiarazioni o precisi adempimenti preliminari o, addirittura, determinate modalità esecutive del rapporto contrattuale elevandoli al rango di requisiti di validità del contratto con una funzione chiaramente deterrente-sanzionatoria per il contraente gravato dall'adempimento e di protezione per la controparte (cfr. art. 67 *septesdecies*, comma 4, cod. cons., art. 46 d.P.R. n. 380/2001, art. 2 d.lgs. n. 122/2005). In particolare, le stesse Sezioni Unite prendono atto della tendenza evolutiva, supportata da numerose disposizioni, al superamento della distinzione tra norme di validità e norme di comportamento per effetto di «un fenomeno di trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto». Ma, sempre ad avviso dei medesimi giudici, tale tendenza non sarebbe sufficiente a dimostrare l'avvenuto sradicamento di tale principio («(...) un conto è una tendenza altro conto è un'acquisizione»). Tanto più se si considera il carattere frammentario e non sistematico della legislazione di settore, che è tale da rendere difficoltosa la deduzione dal medesimo di nuovi principi di valore generale. In tema: G. VETTORI, *Asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità,* in *Riv. dir. priv.*, 2003, 249 ss.; G. PASSAGNOLI, *Il contratto illecito,* in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, *Il regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, 452 ss.; G. BENEDETTI, *La rescissione,* in *Trattato Bessone,* XIII, *Il contratto in generale*, 8, Torino, 2007, 48 ss.; V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf,* cit., 538 ss.; V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo,* Milano, 2011, 391 ss.; F. RENDE, *Violazione di regole informative e rimedi a dieci anni dalle sentenze Rordorf,* in *Contr.*, 2017, 77 ss.; D. IMBRUGLIA, *La regola di adeguatezza e il contratto*, Milano, 2017, 501 ss.



le opererebbe, altresì, nel caso in cui l'assetto di interessi complessivo determinato dalle parti sia in contrasto con norma imperativa [14].

Alla luce di quanto esposto, emerge come il rimedio della nullità, in caso di violazione di norma imperativa, richieda una valutazione complessa da parte dell'interprete, basata sull'incrocio non di uno, ma di una pluralità di criteri da saggiare alla luce delle caratteristiche del singolo regolamento contrattuale, di maniera tale che l'esito della caducazione si produca in via di *extrema ratio*, in quanto indispensabile per la tutela dell'interesse sotteso alla norma violata.

Ebbene, le riflessioni generali testé svolte sul rapporto tra norme imperative e contratto debbono ora essere calate all'interno del problema più specifico del contratto stipulato in contrasto con una norma penale [15].

Per le ragioni sin qui descritte, secondo la tesi c.d. pan-penalistica, l'illiceità penale importerebbe, necessariamente, l'illiceità civile: in coerenza con un principio generale di non contraddizione, l'ordinamento non può tollerare che un contratto integrante una fattispecie incriminatrice produca effetti per il sistema civile. La rigidità di tale impostazione è, invece, stemperata dall'orientamento prevalente sopra richiamato, secondo il quale la nullità non può costituire la conseguenza automatica di ogni violazione di norma penale, in considerazione della diversità di *ratio* e di struttura della norma civile rispetto a quella penale. Occorre, dunque, un'attenta valutazione del comportamento penalmente sanzionato, allo scopo di verificare se esso si traduca in concreto in una patologia negoziale autonomamente apprezzabile. Da qui discende l'elaborazione del ricordato criterio discretivo. Solo quando il comportamento penalmente rilevante consista nella formulazione di una proposta contrattuale (come nel caso di messa in vendita di prodotti industriali con segni mendaci *ex* art. 517 c.p.) ovvero nella conclusione del contratto (come nel caso di bigamia *ex* art. 556 c.p.) ovvero, ancora, nella esecuzione del contratto (come nel caso di acquisto di cose provenienti da ricettazione *ex* art. 648 c.p. o di vendita di sostanze stupefacenti *ex* art. 73 del d.P.R.. n. 309/1990) può operare la nullità contrattuale

---

[14] Si legge nella sentenza: «(...) l'area delle norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto in conformità al disposto dell'art. 1418, comma 1, è in effetti più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto medesimo. Vi sono ricomprese sicuramente anche le norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto (…). Se il legislatore vieta, in determinate circostanze, di stipulare il contratto e, nondimeno, il contratto viene stipulato, è la sua stessa esistenza a porsi in contrasto con la norma imperativa; e non par dubbio che ne discenda la nullità dell'atto per ragioni – se così può dirsi – ancor più radicali di quelle dipendenti dalla contrarietà a norma imperativa del contenuto dell'atto medesimo». Così Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it*., 2008, I, c. 784, con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le Sezioni Unite;* in *Giust. civ.,* 2008, I, 1175 ss., con nota di G. NAPPI, *Le Sezioni Unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*; in *Contr*., 2008, 229 ss., con note di V. SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*, e A. GENTILI, *Disinformazione e validità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*; in *Corr. giur.*, 2008, 223 ss., con nota di V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*; in *Soc*., 2008, 449 ss., con nota di V. SCOGNAMIGLIO, *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle S.U.*; in *Danno e resp.*, 2008, 525 ss., con nota di V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf,* e F. BONACCORSI, *Le Sezioni unite e la responsabilità degli intermediari finanziari;* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 432 ss., con nota di U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle Sezioni Unite*.

[15] Cfr. G. GUARNIERI, *Diritto penale e influenze civilistiche*, Milano, 1947; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1953, 27 ss.; G. FOSCHINI, *Diritto e contratto,* in *Arch. pen*., 1953, 72 ss.; M. FOSCHINI, *Delitto e contratto,* in *Arch. pen.*, 1953, I, 72 ss.; R. DOLCE, *Brevi considerazioni sul contratto penalmente illecito,* in *Scuola pos.*, 1959, 226 ss.; F. VASSALLI, *In tema di norme penali e nullità del negozio giuridico,* in *Riv. crit. dir. priv*., 1985, 469 ss.; I. LEONCINI, *I rapporti tra contratto, reati contratto e reati in contratto*, cit., 997 ss.; ID., *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006; A. LIBERATI, *Reati-contratto e in contratto*, Roma, 1998; ID., *Contratto e reato, interferenze tra disciplina civile e disciplina penale*, Milano, 2004; M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, Milano, 2000; A. GRASSO, *Illiceità penale e invalidità del contratto*, Milano, 2002; A. DI AMATO, *Contratto e reato*, Napoli, 2003; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, 2ª ed., Padova, 2008.



ai sensi dell'art. 1418, comma 1, cod. civ. (c.d. reati-contratto). Diversamente, se l'illiceità penale si appunti sul comportamento tenuto da una delle parti in danno dell'altra in sede di trattativa (c.d. reato-in contratto), il contratto diviene annullabile (si pensi al contratto concluso a valle del reato di truffa) [16]; fermo restando che la sanzione resta, invece, quella della nullità nel caso in cui entrambe le parti abbiano tenuto il comportamento illecito.

2.1. – L'apparente chiarezza e semplicità operativa del criterio elaborato dagli interpreti, tuttavia, non sopisce ogni dubbio. È noto come proprio con riguardo al reato di circonvenzione di incapace siano emerse le principali criticità circa la sua tenuta. In effetti, la fattispecie menzionata incarna emblematicamente la difficoltà di individuare il rimedio più adeguato sul piano della patologia negoziale.

Al fine di comprendere il senso di quanto affermato, merita approfondire la disciplina del reato in esame, muovendo da una riflessione sul bene giuridico tutelato. L'art. 643 c.p. è collocato all'interno del titolo XIII, coerentemente con l'impostazione patrimonialistica originaria del codice penale, tutta diretta a punire la condotta induttiva pregiudizievole per il patrimonio della vittima. Sennonché, la generale tendenza degli interpreti al progressivo superamento di tale impostazione in favore di una lettura personalistica delle norme del diritto penale, in sintonia con le norme costituzionali [17], consente oggi di reputare l'art. 643 c.p. una norma a tutela non esclusivamente del patrimonio, ma anche della libertà di autodeterminazione e, quindi, dell'autonomia privata [18]; cioè di un valore garantito e tutelato tanto dall'art. 41 Cost., quanto dell'art. 16 CEDU. Pe-

[16] Con riguardo al reato di truffa, le Sezioni Unite penali, in un interessante *obiter dictum*, hanno affermato chiaramente che esso «non integra un "reato-contratto" considerato che il legislatore penale non stigmatizza la stipulazione contrattuale, ma esclusivamente il comportamento tenuto nel corso delle trattative o della fase esecutiva, da una parte in danno dell'altra, [bensì] un "reato-in contratto" e, in questa ipotesi, il soggetto danneggiato, in base alla disciplina generale del codice civile, può mantenere in vita il contratto, ove questo, per scelta di carattere soggettivo o personale, sia a lui in qualche modo favorevole o ne tragga comunque un utile» (cfr. Cass., Sez. Un. Pen., 27 marzo 2008, n. 26654, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2008, 1738 ss., con nota di V. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca di identità: luci e ombre nella recente sentenza delle Sezioni Unite)*. Nello stesso senso: Cass., 31 marzo 2011, n. 7468, in *Giust. civ. mass.*, 2001, 3, 507 ss.: «Questa corte ha sempre ritenuto che il contratto concluso per effetto di truffa di uno dei contraenti in danno dell'altro non è radicalmente nullo (*ex* art. 1418 cod. civ. in correlazione all'art. 640 c.p.), ma annullabile, ai sensi dell'art. 1439 cod. civ. (…) Si ha così che il *dolus malus*, anche se penalmente accertato, non può mai di per sé essere causa di nullità del negozio, meno che mai di inesistenza, sotto il profilo della sua illiceità, ma, inteso come vizio della volontà, può portare soltanto all'annullamento del negozio viziato»; Cass., 27 settembre 2016, n. 18930, in *Mass. Civ*., 2917.

[17] Trattasi di un processo più generale, che accomuna l'interpretazione di altre fattispecie, assimilabili alla circonvenzione di incapace sul piano del bene giuridico tutelato e delle modalità della condotta, a partire dal reato di usura. Tanto da indurre più di uno studioso a reputare necessaria una riforma della parte speciale del codice penale. Al fine di comprendere questa evoluzione, si può solo ricordare, in questa sede, che nei codici preunitari, sul modello del *Code Napoleon* del 1810, la circonvenzione di incapace era configurabile solo rispetto ai minori come forma di abuso del contratto idonea a offendere i soli beni patrimoniali. Con l'entrata in vigore del codice penale Zanardelli, per un verso, la platea dei soggetti passivi tutelati veniva allargata a comprendere anche l'interdetto e l'inabilitato; per altro verso, spostava l'attenzione dalle conseguenze dannose per il patrimonio alle modalità della condotta abusiva. Nel codice Rocco, infine, la tutela viene estesa a qualunque persone in stato di infermità o di deficienza psichica. Per una riflessione su questi temi v.: G. PECORELLA, voce *Patrimonio (delitti contro il)*, in *Nuoviss. Dig. it*., XII, Torino, 1965, 631 ss.; V. MILITIELLO, voce *Patrimonio (delitti contro il),* in *Dig. disc. pen*., XI, Torino, 1995, 288 ss.; S. MOCCIA, *Antinomie apparenti nella riforma dei reati contro il patrimonio: tra restrizioni ed ampliamento dell'ambito di tutela penale,* in *Arch. pen.*, 1994, 16 ss.; M. BERTOLINO, *Nuovi orizzonti dei delitti contro il patrimonio nella circonvenzione di incapace e nell'usura*, Torino, 2010.

[18] Cfr. Cass., 4 luglio 1975, n. 8908, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1977, 359 ss., con nota di C. PEDRAZZI, *Sul soggetto passivo della circonvenzione di incapace;* Cass., 14 dicembre 1977– 30 maggio 1978, n. 6782, in *Giust. pen*., 1979, II, 256 ss.; Cass., 27 ottobre 1983, n. 9009, in *Riv. pen*., 1984, 387 ss.; Cass., 26 luglio 1985, n. 7417; in *Giust. pen.*, 1986, II, 86 ss.; Cass., 2 settembre 1997, n. 8034, in *Cass. pen*., 1998, 1363 ss. Nonostante le pronunce citate, giova precisare che il mutamento di approccio in chiave personalistica non riesce tuttora a trovare riscontro nella giurisprudenza prevalente, differentemente dalla impostazione



raltro, l'esatta individuazione del bene giuridico non è un mero esercizio teorico, ma riveste concreta rilevanza ai fini della classificazione del reato in esame come reato di pericolo o di danno: è chiaro, infatti, che quanto più si valorizza l'esigenza di tutela della libertà di autodeterminazione dell'incapace tanto più si sposta il pendolo qualificatorio verso la categoria dei reati di danno. È il pregiudizio per l'incapace l'evento dannoso causalmente riconducibile alla condotta induttiva.

Se si sposta lo sguardo sul soggetto passivo del reato, si osserva, altresì, che la platea dei soggetti tutelati è andata progressivamente allargandosi: mentre nei codici preunitari, su imitazione del *Code Napoleon* del 1810, la tutela era riservata solo ai minori, con un'apertura, da parte del Codice Zanardelli anche agli interdetti e agli inabilitati, è con il Codice Rocco del 1930 che la tutela viene estesa a qualunque persona in stato di infermità o di deficienza psichica. Tanto significa che il soggetto passivo del reato oggi si identifica sia con gli infermi psichici, cioè coloro che al momento del fatto siano in uno stato di alterazione psichica di natura morbosa, anche se non definibile clinicamente, e a prescindere dal requisito della interdizione o inabilitazione; sia con i soggetti affetti non da una infermità in senso stretto, bensì da una generica menomazione che, pur non azzerando la capacità di intendere e volere, pone la persona in condizione di particolare vulnerabilità, anche solo transitoria. Con la peculiarità che, come emerge dall'analisi della condotta, il soggetto passivo non si limita a subire l'induzione del soggetto attivo, bensì "coopera" alla realizzazione del fatto tipico, in quanto autore materiale dell'atto per sé pregiudizievole. Occorre, infatti, accertare lo sfruttamento o l'approfittamento, con qualsiasi mezzo idoneo, della condizione di vulnerabilità dell'incapace diretta a ottenere una manifestazione del consenso che, a condizioni normali, non sarebbe mai stato prestato. Come chiarito dalla giurisprudenza, l'induzione consiste in «*un'apprezzabile attività di suggestione, pressione morale, persuasione, finalizzata a determinare la volontà minorata del soggetto passivo*» [19] o nel senso di determinare *ex novo* il consenso al compimento di un atto pregiudizievole o nel senso di rafforzare tale consenso.

---

dottrinale, più favorevole a sostenere la descritta lettura evolutiva. Cfr. SINISCALCO, *Circonvenzione di incapaci*, Milano, 1969, 51 ss.: l'art. 643 c.p. «mira a impedire che venga leso l'interesse dell'incapace al libero orientamento della propria attività»; ancora «(…) il reato non tanto offende il patrimonio quanto piuttosto lede l'interesse del minorato alla libera esplicazione della sua attività. Mentre infatti la prima offesa è solo eventuale, la seconda è costante ed essenziale in ogni ipotesi di realizzazione del delitto in esame»; F. ROMANO, *La circonvenzione di persone incapaci: un reato in bilico tra l'offesa al patrimonio e quella alla libertà individuale,* in *Giur. mer.,* 1977, I, 648 ss.; M. RONCO, *Circonvenzione di incapace*, cit., 7 ss.: «nell'attuale situazione normativa, il delitto appare più legato alla tutela della sfera di libertà di determinazione della persona, che non della sfera dei suoi interessi patrimoniali»; R. PEZZANO, *Circonvenzione di incapaci e "depatrimonializzazione" del bene tutelato,* in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 1993, 415 ss., secondo la quale: «In una auspicabile prospettiva di revisione dell'attuale assetto codicistico della tutela patrimoniale, occorrerà infatti valutare se l'evoluzione in senso accentuatamente personalistico subita dalla fattispecie di circonvenzione non ne giustifichi una riformulazione che recida ogni legame con le originarie radici patrimonialistiche con una sua conseguente dislocazione sistematica in settori di tutela diversi da quello patrimoniale"; FERRANTE, *La circonvenzione di persone incapaci*, Torino, 1999, il quale, nell'ottica di una riforma del codice penale, suggerisce di inserire la fattispecie in esame nell'ambito della nuova categoria dei delitti contro la dignità umana; M. BERTOLINO, *Nuovi orizzonti dei delitti contro il patrimonio nella circonvenzione di incapace e nell'usura*, Torino, 2010; F. ALBANO, *Il reato di circonvenzione di incapace come presidio della personalità individuale: gli approdi più recenti,* in *Giur. mer.*, 2013, 9, 1892 ss. Optano, invece, per una posizione intermedia fondata su una interpretazione plurioffensiva dell'interesse tutelato dal reato, cioè per una interpretazione secondo la quale la norma incriminatrice tutelerebbe tanto il patrimonio quanto la libertà di autodeterminazione dell'incapace: P. MANNINI, *Osservazioni sui rapporti tra circonvenzione di persone incapaci e truffa,* in *Arch. pen*., 1985, 348 ss., il quale sostiene la «natura prevalentemente personale dell'oggetto giuridico» senza escludere che il reato possa «riguardare eventualmente anche interessi patrimoniali»; G. MARINI, *Incapaci (circonvenzione di)*, cit., 311 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, III, *Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2003, 403 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale*, 2, *Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2009, 227 ss.

[19] Cfr. Cass. pen., 29 luglio 1978, nn. 10368, in *Cass. pen*., 1980, 658 ss.; Cass. pen., 26 ottobre 1985, n. 9731, in *Cass. pen.*, 1986, 1929 ss.; Cass. pen., 19 novembre 1999, n. 13308, in *Cass. pen*., 2000, 2635 ss.



L'evento a cui dà luogo la descritta condotta è duplice, consistendo nel compimento di un atto da parte della vittima e nel fatto che tale atto sia produttivo di qualsiasi effetto giuridico dannoso per la vittima stessa o per altri. Secondo la migliore dottrina penalistica, tale atto, che può essere in sé non patrimoniale, deve pur sempre produrre effetti patrimonialmente pregiudizievoli, ossia deve arrecare offesa al patrimonio della vittima. Come si diceva, la condotta induttiva deve tradursi nel compimento, da parte del soggetto incapace, di un "atto pregiudizievole". Quest'ultima locuzione viene tradizionalmente intesa in senso molto ampio, comprensivo sia degli atti negoziali sia degli atti non negoziali, alla luce della ricordata opzione interpretativa secondo la quale l'art. 643 c.p. presidia il valore della capacità di autodeterminazione [20]. Non a caso, nella prassi la giurisprudenza ha applicato il reato in esame in molteplici e variegate ipotesi. Ai presenti fini, preme rilevare che gli atti negoziali in relazione ai quali la circonvenzione di incapace può esplicarsi sono i più vari: dalle donazioni ingiustificate di somme di denaro alla redazione di testamento olografo in favore del soggetto attivo del reato, dalla cessione di immobili a prezzo irrisorio al matrimonio fino al riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio.

La disciplina penalistica testé brevemente ricostruita consente ora di interrogarsi sul versante civilistico delle conseguenze della circonvenzione di incapace e, quindi, sulla sorte dell'atto negoziale frutto della condotta induttiva. In base alle illustrate elaborazioni degli interpreti, le caratteristiche del reato dovrebbero consentire di inquadrare la fattispecie in esame come una ipotesi di reato-in contratto, al pari della truffa, in quanto a essere stigmatizzato è il comportamento induttivo che precede il compimento del negozio da parte della vittima. Il disvalore dell'illecito si fonda, tanto sul piano penale, quanto sul piano civile, sulle modalità scorrette con le quali l'incapace è stato indotto a concludere il contratto (il cui contenuto, in sé, potrebbe essere del tutto valido). Sicché, coerentemente con quel criterio, si dovrebbe concludere per l'annullabilità del contratto, ai sensi dell'art. 428 cod. civ., per incapacità naturale del soggetto circonvenuto.

Sennonché, la giurisprudenza maggioritaria, a partire da un precedente della fine degli anni Settanta, propende per la diversa soluzione della nullità del contratto concluso dall'incapace [21]. Più precisamente, invoca la nullità virtuale *ex* art. 1418, comma 1, cod. civ. per violazione di norma imperativa, quale è, in effetti, l'art. 643 cod. civ. Alla base di tale impostazione riposa la valorizzazione, in chiave personalistica, del bene giuridico tutelato, ravvisato nella libertà di autodeterminazione: la sua lesione per effetto di condotte particolarmente riprovevoli, in quanto aventi come vittima un soggetto incapace (*rectius* gravemente privato delle proprie capacità di autodeterminazione), richiederebbe di applicare la disciplina della patologia civilistica più grave, cioè la nullità. Non solo. È stato osservato da attenta dottrina che le pronunce favorevoli alla tesi della nullità troverebbero la loro giustificazione anche in un dato di ordine procedimentale, riguardando casi in cui è intervenuta una condanna penale per il reato di circonvenzione di incapace. La particolare gravità di una sentenza di condanna, allora, non sarebbe indifferente per il giudizio civile e influenzerebbe la valutazione delle conseguenze civilistiche esigendo una "sanzione" contrattuale altrettanto grave in nome di esigenze di pubblico interesse [22].

---

[20] Tanto la dottrina quanto la giurisprudenza hanno chiarito che il concetto di "atto" va inteso come sinonimo di qualsiasi manifestazione di volontà produttiva di effetti giuridici: quindi non solo gli atti scritti (come richiedeva il previgente Codice Zanardelli nel richiedere la "sottoscrizione" di un atto), ma anche dichiarazioni orali e fatti materiali; non solo atti aventi a oggetto prestazioni positive (di dare o di fare), ma anche atti aventi a oggetto contegni negativi di non fare. Cfr. C. CERTO, *La circonvenzione di persone incapaci,* cit., 67 ss.; M. RONCO, *Circonvenzione di persone incapaci*, cit., 1 ss.; G. MARINI, voce *Incapaci (circonvenzione di)*, cit., 67 ss.

[21] Cfr. Cass., 20 settembre 1979, n. 4824, in *Giust. civ*., 1980, 1, 943 ss.; Cass., 29 ottobre 1994, n. 8948, in *Corr. giur.*, 1995, 2, 217 ss.; Cass., 27 gennaio 2004, n. 1427, in *Contr*., 2004, 11, 997 ss., con nota di A. ALBANESE, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvenzione;* Cass., 23 maggio 2006, n. 12126, in *Soc*., 2006, 9, 1105 ss.; Cass., 19 maggio 2016, n. 10329, in *Giur. it.*, 2017, 1, 41 ss.

[22] Cfr. Cass., 27 gennaio 2004, n. 1427, in *Contr.*, 2005, 997 ss.; Cass. 7 febbraio 2008, n. 2860, in *Mass. Giur. civ*., 2008.



La tesi testé descritta, per quanto comprensibile nel suo intento di giustizia sostanziale, al fine di garantire la massima tutela dei consociati contro condotte particolarmente riprovevoli, pone, però, problemi evidenti sul piano della coerenza sistematica, sotto vari profili.

Con riferimento all'argomento procedimentale, innanzitutto, non appare del tutto persuasiva l'idea che l'accertamento penale debba vincolare a tal punto quello relativo al giudizio civile. Per convincersene non solo giova richiamare il principio generale di non interferenza tra sistema penale e sistema civile desumibile dal testo attuale del codice di procedura penale. Ma si ricorda, altresì, che, come chiarito dalle Sezioni Unite, solo in via eccezionale, la sentenza penale ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno (è il caso della sentenza irrevocabile di assoluzione pronunciata dopo il dibattimento); di regola, il giudice civile, pur tenendo conto degli elementi di prova raccolti dal giudice penale, può autonomamente rivalutare il fatto [23].

L'orientamento in commento suscita perplessità anche per ragioni di ordine sostanziale. Come si è già evidenziato, è discutibile l'idea che l'art. 643 c.p. persegua un interesse "pubblico" in senso proprio, numerose essendo le voci dottrinali che ne predicano una natura ibrida. Autorevole dottrina penalistica, in particolare, osserva che l'atto compiuto da parte della vittima, pur potendo essere in sé non patrimoniale, «*deve pur sempre avere quanto meno effetti patrimonialmente pregiudizievoli, essere cioè offensivo del patrimonio nel suo complesso*», poiché, se così non fosse, il legislatore avrebbe collocato la circonvenzione tra i delitti contro la persona [24]. Sicché, l'interesse tutelato, lungi dall'avere rilevanza meramente pubblicistica, afferisce anche e soprattutto alla sfera privata del patrimonio della vittima.

Tutto quanto osservato, in prospettiva sistematica, depone per un più coerente rinvio alla disciplina rimediale dell'annullabilità e non della nullità, atteso che l'ordinamento protegge con un rimedio disponibile i soggetti impossibilitati a esercitare consapevolmente l'autonomia privata. Ragionare diversamente significherebbe contraddire l'impostazione civilistica e non rispettare, in maniera ingiustificata, il principio di separazione tra regole di validità e regole di responsabilità enunciato dalle Sezioni Unite del 2007; in definitiva, significherebbe riservare alla circonvenzione di incapace un trattamento differenziato rispetto a fattispecie incriminatrici simili per fatto tipico (come la truffa), alle quali si applica pacificamente il criterio del reato-in contratto con il logico corollario rimediale dell'annullabilità del contratto [25].

---

[23] Cfr. Cass., Sez. Un., 26 gennaio 2011, n. 1768, in *Riv. dir. proc. civ*., 2011, 984 ss., con nota di P. SANDULLI, *In tema di giudicato penale nel processo civile;* in *Corr. merito*, 2011, 273, con nota di G. TRAVAGLINO, *I problematici rapporti tra giudizio civile di danno e giudicato penale*; in *Corr. giur.*, 2011, 5, 644 ss., con nota di A. DI MAJO, *Il danno da reato (tornando a Carnelutti)*. In base all'art. 28 del codice di procedura penale previgente, i fatti materiali accertati nel giudizio penale conclusosi con una delle pronunce ivi indicate divenivano un dato immodificabile del giudizio civile o amministrativo, sempre che si controvertesse di un diritto *«il cui riconoscimento dipende dall'accertamento dei fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale, salvo che a legge civile ponga limitazioni alla prova del diritto controverso»*. A seguito dell'abrogazione di tale disposizione, oggi si possono svolgere le seguenti considerazioni: non solo la relativa disciplina non è più vincolante; ma, anche a volerne invocare la logica, essa non potrebbe comunque trovare applicazione nei casi in cui l'accertamento dei fatti materiali non venga in considerazione come oggetto di prova. La giurisprudenza ha escluso, infatti, la sussistenza di un rapporto di pregiudizialità tra l'accertamento civile della incapacità naturale e l'accertamento del reato di circonvenzione di incapace. Cfr. Cass., 30 luglio 1983, n. 5248, in *Giust. civ*., 1984, I, 173 ss.; Cass., 10 luglio 1986, n. 4499, in *Mass. Foro it.*, 1986; Cass., 10 marzo 1994, n. 2374, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2752; Cass., 23 novembre 2000, n. 15128, in *Giur. it.*, 2001, 888 ss.; Cass., 10 maggio 2001, n. 6502, in *Giust. civ. Mass*. 2001, 952; Cass., 27 gennaio 2004, n. 1427 cit.; Cass., 5 agosto 2005, n. 16592, in *Giust. civ. Mass*. 2005, 9.

[24] Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, *Parte speciale*, II, *Dei delitti contro il patrimonio*, Padova, 2009, 223.

[25] Non a caso, sono le stesse Sezioni Unite n. 26724/2007 a invitare la giurisprudenza a rimeditare l'orientamento sulla nullità del contratto a valle del reato di circonvenzione di incapace: «occorrerebbe forse rimeditare se ed entro quali limiti l'illiceità penale della condotta basti a giustificare l'ipotizzata nullità del contratto sotto il profilo civile».



A tale ricostruzione potrebbe, certo, essere obiettato il rischio che la disciplina dell'annullabilità trovi un ostacolo nei casi in cui non ricorrano i presupposti dell'art. 428, comma 2, cod. civ., considerato che la incapacità del codice civile non è perfettamente coincidente con la nozione di incapacità dell'art. 643 c.p. Si è già visto, infatti, che la norma penale ricomprende qualsiasi menomazione della capacità di autodeterminazione, anche non dipendente da una minorazione della sfera volitiva o intellettuale. Tanto è vero che ricorre spesso, in giurisprudenza, l'affermazione secondo cui lo stato di infermità psichica *ex* art. 643 c.p. costituisce un *minus* rispetto alla incapacità di cui all'art. 428 cod. civ. Tuttavia, ad avviso di chi scrive, tale obiezione non è dirimente. La condivisibile ricerca di un rimedio effettivo non deve indurre a invocare la nullità virtuale quando il disvalore sia incentrato non sul contratto, ma sulla condotta, ossia quando risulti inequivocabile la logica sottesa all'annullabilità. Il problema, in altri termini, riguarda la latitudine della nozione di incapacità o dei vizi del consenso, particolarmente del dolo.

D'altra parte, la correttezza di tale modo di ragionare sembra trovare, in chiave comparata, una conferma indiretta nella disciplina del nuovo vizio della volontà introdotto dalla riforma del *Code civil*: l'*abus d'état de dèpendance* (art. 1143 *Code civil*) si applica non solo in caso di dipendenza economica, ma anche quando la violenza consiste in un abuso dello stato di dipendenza non economica, cioè della condizione di debolezza o di soggezione della vittima. Ai sensi dell'art. 1131 *Code civil*, il rimedio invocabile è la *nullité relative*, cioè quella forma di invalidità dal cui sviluppo ha tratto origine nel nostro ordinamento – e su imitazione di quello tedesco con la *Anfechtbarkeit* – proprio l'annullabilità. La scelta per la *nullité relative* sembra riposare, infatti, sul carattere ibrido del nuovo vizio «*frutto dell'"innesto" di una patologia di regolamento all'interno dei vizi del consenso*» [26], sulla cui utilità occorre riflettere, offrendo all'interprete una strada meritevole di essere vagliata, anche *de iure condendo*.

3. – Le riflessioni sin qui svolte debbono ora essere calate nell'ambito del tema della invalidità testamentaria. I dubbi interpretativi che accompagnano la definizione delle conseguenze civilistiche del reato di circonvenzione di incapace si fanno ancora più delicati in materia testamentaria. Occorre chiedersi, innanzitutto, se il criterio discretivo tra reati-contratto e reati-in contratto trovi applicazione anche rispetto al testamento e, secondariamente, se il ragionamento che abbiamo svolto circa il rimedio dell'annullabilità possa valere anche in questo caso. Con la consapevolezza che si rende necessario sfuggire da ogni tentativo di automatismo non solo, come è ovvio, perché il testamento è negozio giuridico diverso dal contratto, ma anche perché la disciplina delle invalidità testamentarie presenta specificità sue proprie [27], a cominciare dal fatto che l'art. 591 cod. civ. non qualifica il rimedio invocabile per il testamento redatto da soggetto incapace di intendere o di volere. Merita anticipare che non manca, in dottrina e in giurisprudenza, chi, nel valorizzare la natura pub-

[26] Così F. RENDE, *Abus de dépendance e controllo del regolamento contrattuale,* in *Pers. e merc.*, 2021, 3, 542. Per un approfondimento su questa figura v.: H. BARBIER, *La violence per abus de dépendance,* in *JCP*, 2016, 722 ss.; A. GORGONI, *I vizi del consenso nella riforma del code civil: alcuni profili a confronto con la disciplina italiana,* in *Pers. e merc.*, 2018, 1, 88 ss.

[27] Osserva autorevole dottrina che «il pensiero dominante costruisce l'annullabilità testamentaria come una "provincia separata" – *seu* un sottoinsieme, in termini più colti – del sistema dell'invalidità negoziale». Così S. PAGLIANTINI, *La pluralità di regimi normativi del testamento annullabile,* in *Riv. not.*, 2008, 4, 795, nel richiamare G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991, 15. In tema v. anche: L. CARIOTA FERRARA, *Annullabilità assoluta e nullità relativa,* in *Studi in onore di A. Scorza*, Roma, 1940, 73 ss.; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 3, Milano, 1947, 383 ss.; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, 2, Milano, 1952, II, 98 ss.; A. PALAZZO, *Le successioni*, 2, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2000, 908 ss.; M. IEVA, *La successione testamentaria,* in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coord. da A. Zoppini, II, 1, Milano, 2009, 118 ss.



blicistica dell'interesse tutelato dall'art. 643 c.p., propende per la nullità virtuale in forza dell'applicazione analogica al testamento dell'art. 1418, comma 1, cod. civ. Come si cercherà di dimostrare, non è questa la strada da percorrere sia per le ricordate perplessità che tale teoria suscita già nella materia contrattuale, sia per gli adattamenti che la disciplina della invalidità richiede in ambito successorio. Passaggio indispensabile per comprendere l'esito del ragionamento è, innanzitutto, l'analisi del trattamento del testamento dell'incapace.

Come è noto, l'art. 591, comma 2, n. 3 consente di impugnare il testamento nel caso in cui venga accertata l'incapacità di intendere o di volere del testatore al momento in cui abbia redatto il testamento. È noto che la nozione di incapacità rilevante ai presenti fini tenda a essere interpretata in termini più restrittivi rispetto alla incapacità dell'art. 428 cod. civ. e ciò in considerazione della forte esigenza di tutela della irripetibile volontà del testatore [28]. La giurisprudenza ha chiarito che per impugnare il testamento in queste ipotesi la condizione di incapacità possa, sì, derivare da "qualsiasi causa, anche transitoria", comprese non solo malattie mentali conclamate, ma anche situazioni transitorie che non determinano una vera e propria infermità (deliri febbrili, stato di ubriachezza, alterazione dovuta a sostanze stupefacenti); tuttavia, l'alterazione deve essere talmente grave da eliminare *in toto* la capacità di intendere e volere del testatore nel particolare momento in cui redige l'atto, pur senza che sussista una infermità mentale tale da giustificare un provvedimento di interdizione [29]. Inoltre, la prova della incapacità deve essere fornita non genericamente al tempo (come prevedeva l'art. 763, n. 3, del codice civile previgente), bensì "*al momento*" della redazione dell'atto: sicché, grava su

[28] Secondo dottrina consolidata, sebbene l'art. 428 cod. civ. si riferisca alla incapacità di intendere "o" volere, mentre l'art. 591 cod. civ. alla capacità di intendere "e" volere, le due facoltà sono da considerarsi inscindibili e necessarie. Si tratta, dunque, di una nozione unitaria che si differenzia solo per singoli profili di disciplina a seconda che si versi in materia contrattuale o testamentaria. Ciò in quanto nel contratto è necessario tutelare l'affidamento della controparte e, più in generale, la certezza dei traffici commerciali. Per uno studio sul testamento dell'incapace si rinvia a: G. STOLFI, *In tema di incapacità naturale del testatore,* in *Foro it.*, 1947, I, c. 453; S. PUGLIATTI, *Insania mentale e capacità di testare,* in *Temi,* 1948, 414 ss.; A. TRABUCCHI, *Ancora sulla capacità a far testamento*, in Id., *Cinquant'anni nell'esperienza giuridica. Scritti di Alberto Trabucchi,* a cura di G. Cian, Pescara-Padova, 1988, 1316 ss.; L. BIGIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie (artt. 587-600),* in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, 169 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di disporre per testamento*, in *Successioni e donazioni,* a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, 679 ss.; G. BONILINI, *Il testamento. Lineamenti,* Padova, 1995, 70 ss.; G. PERLINGIERI, *La rilevanza del testo nell'individuazione dell'incapacità naturale di testare,* in *Rass. dir. civ.*, 2005, 273 ss.; A. BULDINI, *Incapacità naturale e invalidità del testamento,* in *Fam. e dir.*, 2007, p. 678 ss.; A. VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento,* in *Trattato Bonilini*, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 85 ss.; A.M. BENEDETTI, *Il testamento dell'incapace naturale*, in S. Pagliantini, A.M. Benedetti, *Profili sull'invalidità e la cauducità delle disposizioni testamentarie,* Napoli, 2013, 65 ss.; C. SARTORIS, *Testamenti suggeriti e invalidità (parziale),* in *Pers. e merc.*, 2021, 3, 557 ss.

[29] Il contributo della giurisprudenza sulla interpretazione della nozione di incapacità naturale del testatore è cospicuo: Cass., 10 novembre 1960, n. 3010, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, c. 1304; Cass., 24 ottobre 1969, n. 3496, in *Mass. Giust. civ.*, 1969, 1179 ss.; Cass., 6 luglio 1973, n. 1916, in *Rep. Foro it.*, 1973, *Successione ereditaria*, n. 72; Cass., 7 luglio 1978, n. 3411, in *Riv. not.*, 1979, 929 ss., con nota di S. SACCOMANNI, *Brevi osservazioni per l'interpretazione dell'art. 591, n. 3, cod. civ.*; Cass., 11 agosto 1982, n. 4561, in *Rep. Foro it.*, 1982, *Successione ereditaria*, nn. 54-55; Cass., 30 gennaio 1987, n. 892, in *Vita not.*, 1987, 743 ss.; Cass., 30 marzo 1987, n. 3040, in *Arch. Civ.*, 1987, 85 ss.; Cass., 23 gennaio 1991, n. 652, in *Foro it.*, 1991, I, c. 758; Cass., 8 agosto 1997, n. 7344, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 1365 ss.; Cass., 24 ottobre 1998, n. 10571, in *Riv. not.*, 1999, 559 ss.; Cass., 14 giugno 2001, n. 8047, in *Giur. it.*, 2002, c. 730; Cass., 30 gennaio 2003, n. 1444, in *Arch. Civ.*, 2003, 1259 ss.: «l'incapacità del disponente che determina ai sensi dell'art. 591 cod. civ. l'invalidità del testamento non si identifica in una generica alterazione del normale processo di formazione ed estrinsecazione della volontà, ma richiede che, a causa della infermità, al momento della redazione del testamento il soggetto sia assolutamente privo della coscienza del significato dei propri atti e della capacità di autodeterminarsi, così da versare in condizioni analoghe a quelle che, con il concorso dell'abitualità, legittimano la pronuncia di interdizione»; Cass., 5 maggio 2006, n. 9508, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 1044 ss.; Cass., 18 aprile 2005, n. 8079, con nota di G. MUSOLINO, *L'incapacità naturale nel testamento*; Cass., 11 aprile 2007, n. 8728, in *Fam. e dir.*, 2007, 676 ss.; Cass., 9 aprile 2008, n. 9274, in *Guida al dir.*, 2008, 31, 83 ss.



chi contesta la validità del testamento superare la presunzione di capacità dimostrando lo stato di incapacità naturale del testatore proprio nel momento in cui lo ha redatto [30].

La necessità di circoscrivere l'operatività di tale causa di impugnabilità del testamento si spiega, evidentemente, sempre in relazione alle peculiarità dell'atto in questione, così da garantire il massimo rispetto delle ultime volontà del suo autore. Proprio questa esigenza induce a riflettere sulla qualificazione del rimedio. Come anticipato, l'art. 591 cod. civ. si limita a prevedere la "impugnabilità" del negozio – come d'altra parte l'art. 624 cod. civ. per i vizi della volontà – e a dettare profili di disciplina alquanto contraddittori se letti in ottica contrattuale. Per un verso, la legittimazione ad agire spetta a chiunque vi abbia interesse, riecheggiando la regola dell'art. 1421 cod. civ. per la nullità del contratto; per altro verso, l'azione si prescrive nel termine di cinque anni, al pari dell'azione di annullamento del contratto *ex* art. 1442 cod. civ. Tuttavia, a nostro avviso, il dibattito interpretativo può essere agevolmente risolto a favore della tesi dell'annullabilità per due ragioni [31]. La prima riposa sul parallelismo con l'invalidità contrattuale, atteso che l'art. 428 cod. civ. riserva lo stesso trattamento giuridico, cioè l'annullabilità, tanto all'incapacità, quanto ai vizi della volontà, trattandosi di tutelare un interesse di natura individuale. Sicché, pur dovendosi riconoscere un'autonoma configurazione al rimedio testamentario, non appare irragionevole configurare anche quest'ultimo nei medesimi termini, venendo sempre in gioco la tutela di un interesse individuale. La seconda ragione si lega alle peculiari esigenze di tutela delle ultime volontà: poiché il testamento è atto irripetibile, di cui va garantita, il più possibile, la conservazione, l'azione di annullamento, differentemente da quella di nullità, non solo permette di riconoscere la temporanea efficacia dell'atto, laddove non venga impugnato nel termine previsto; ma, in caso di decorso del termine di impugnazione quinquennale, consentirebbe anche di consolidare gli effetti nel frattempo prodotti. Per tale via, il legislatore garantisce che lo stato di incertezza circa le sorti del patrimonio ereditario sia ridotto entro un breve lasso di tempo, bilanciando i molteplici e delicati interessi coinvolti [32].

Si potrebbe obiettare che la ricostruzione prospettata presenti una nota in apparenza stonata – il profilo della legittimazione assoluta all'azione – la quale sembra mal conciliarsi con il regime rimediale proprio della tutela di un interesse particolare. In realtà, tale nota torna a essere intonata se si considera che la legittimazione attiva, come è ovvio, non può essere riservata al testatore, il quale non è più in vita nel momento in cui si impugna il testamento; sicché, essa è ontologicamente e necessariamente aperta a tutti i soggetti che possano trarre un vantaggio concreto dall'annullamento. Tale regola, è stato osservato, risponde a evidenti ragioni di ordine pratico, in quanto permette di bilanciare l'esigenza di tutela dell'interesse del terzo con l'esigenza di garantire il pieno rispetto della volontà del testatore nel momento successivo alla sua morte [33]. Naturalmente, merita precisarlo, la legittimazione ad agire, pur assoluta, non è aperta proprio a chiunque, ma solo

---

[30] Cfr. Cass., 22 marzo 1952, n. 736, in *Foro it.*, 1952, I, c. 714; Cass., 4 luglio 1961, n. 1600, in *Giust. civ.*, 1961, I, 1786 ss.; Cass., 4 maggio 1982, n. 2741, in *Mass. Giust. civ.*, 1982; Cass., 10 luglio 1986, n. 4499, in *Mass. Foro it*., 1986; Cass., 34 gennaio 1991, n. 652, in *Dir. fam. pers*., 1991, 910 ss.; Cass., 18 aprile 2005, n. 8079, in *Riv. not.*, 2006, 2, 556 ss.; Cass., 11 giugno 2009, n. 13630, in *Riv. not*., 2010, 2, 499 ss.; Cass., 23 dicembre 2014, n. 27251, in *Mass. Giust. civ.*, 2014; Cass., 10 ottobre 2018, n. 25053, in *Mass. Giust. civ*., 2018; Cass., 22 ottobre 2019, n. 26873, in *Rep. Foro it*., 2019.

[31] Contra v. C. GANGI, *La successione testamentaria*, 96 ss.; M. ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, 37 ss.

[32] In tema v.: L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, Milano, 1976, 202 ss.; F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, GIU. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni,* Padova, 1979, 331 ss.; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, 205 ss.; M. GAMBINI, sub *Art. 591,* in *Commentario al Codice civile diretto da E. Gabrielli, Delle successioni,* a cura di V. Cuffaro e F. Delfini, Milano, 2009, 229-230.

[33] Per una riflessione sull'annullabilità assoluta del testamento v.: L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., 202 ss.; M. GAMBINI, sub *Art. 591*, cit., 229-230.



a chi possa trarre un vantaggio diretto, attuale, concreto e di natura successoria dall'annullamento del testamento. L'art. 591 cod. civ. richiama, infatti, la formula dell'art. 1421 cod. civ., in quanto funzionale a circoscrivere la platea di coloro che possono porre nel nulla il negozio, così da assicurare, il più possibile, la sua conservazione. La legittimazione è, dunque, riconoscibile in capo agli eredi legittimi e ai legittimari, trattandosi di successibili aventi diritto all'eredità *ex lege* ove il testamento venisse annullato; ma anche ai coeredi o agli eredi e ai legatari di un precedente testamento poi revocato [34].

4. – Chiarito il regime applicabile alla invalidità del testamento redatto da soggetto incapace, si comprenderà anche la direzione in cui muove la presente riflessione sulla sorte del testamento nel caso in cui l'incapace sia vittima del reato di circonvenzione.

Giova tornare al punto da cui abbiamo avviato la riflessione. Si è detto che l'orientamento giurisprudenziale maggioritario propende per la tesi della nullità virtuale del negozio a valle del reato di circonvenzione di incapace. E qui sta il problema. Come si è più volte evidenziato, in ambito testamentario non è rinvenibile una norma come l'art. 1418 cod. civ. e questo dato già pone un primo interrogativo circa la praticabilità della tesi della nullità virtuale del testamento [35]. Si potrebbe sostenere allora – come pure è stato fatto – l'applicabilità, in via analogica, dell'art. 1418, comma 1, cod. civ. È il noto problema dei rapporti tra disciplina contrattuale e disciplina testamentaria in caso di vuoti normativi rispetto a quest'ultima. Ed nota, altresì, la tendenza di una parte della dottrina ad ammettere, in generale, l'applicazione analogica al testamento delle regole sul contratto, ivi comprese quelle sulla invalidità. Tanto a patto di riconoscere – come pare preferibile – la natura negoziale del testamento [36]. Ad avviso di chi scrive, tuttavia, tale soluzione interpretativa, *prima facie*

[34] Non a caso, in queste ipotesi, la giurisprudenza ravvisa un litisconsorzio necessario nel giudizio sull'annullamento del testamento. Cfr. Cass., 21 maggio 1980, n. 3339, in *Foro it*., 1980, I, c. 2798; Cass., 13 gennaio 1981, n. 277, in *Mass. Giust. civ*., 1981; Cass., 8 luglio 1996, n. 6196, in *Riv. internaz. dir. priv. e proc.*, 1997, 473 ss.; Cass., 7 marzo 2001, n. 3323, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 428 ss.; Cass., 27 aprile 2005, n. 8728, in *Mass. Giust. civ*., 2005, 914 ss. Dibattuta è, invece, la possibilità di riconoscere la legittimazione ad agire, o meglio, l'esistenza di un interesse qualificato, ai creditori del testatore, benché l'opinione maggioritaria, in dottrina come in giurisprudenza, consenta loro almeno di agire in via surrogatoria *ex* art. 2900 cod. civ. In senso favorevole v. S. PAGLIANTINI, *Gli statuti normativi del testamento annullabile*, cit., 886 ss. Contra v. M. GAMBINI sub *Art. 591,* in *Commentario del Codice civile, Delle successioni,* a cura di V. Cuffaro, F. Delfini, II, Torino, 2010, 231 ss.

[35] Cfr. M.C. TATARANO, *Il testamento,* in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, 486 ss.: «Il richiamo all'art. 1418 c.c., nella sua valenza di norma di chiusura e di rinvio a tutte le ipotesi, anche quelle non positivamente previste, di illegalità della fattispecie, appare inevitabile. Pur negandosi l'applicabilità diretta della norma de qua alla materia testamentaria, se ne ammette un'utilizzazione analogica. Può, quindi, delinearsi una sanzione di nullità virtuale anche in materia testamentaria, al di là delle ipotesi espressamente previste, sia pure in maniera non sistematica, di nullità sostanziali, disseminate nel libro delle successioni»; G. CRISCUOLI, *Il testamento*, Padova, 1995.

[36] A parere di chi scrive la natura negoziale non può essere revocata in dubbio, sia pure ammettendo che si tratti di negozio affatto peculiare in quanto connotato da unilateralità, da unipersonalità e da una specifico profilo causale. A quest'ultimo proposito, al testamento si riconosce «la funzione di regolare programmaticamente, *post mortem*, la sorte dei rapporti patrimoniali attraverso la disposizione delle sostanze del testatore» (così G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni,* tomo I, Milano, 2015, 744). Ciò considerato, illustre Maestro, proprio valorizzando la natura (negoziale) speciale del testamento, esclude la possibilità di allargare il dettato dell'art. 1324 cod. civ., e quindi l'estensione delle norme generali sui contratti, agli atti *mortis causa* e a quelli tra vivi non aventi contenuto patrimoniale, ma ammette il procedimento analogico per gli atti di autonomia che rimangono fuori dalla espressa previsione dell'art. 1324 cod. civ. (cfr. G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale,* cit., 15-17). Per uno studio sulla natura negoziale del testamento: A. CICU, *Il testamento*, Bologna, 1932; G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1966; L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento. Profilo negoziale dell'atto*, vol. I, Milano, 1976, 202 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Negozio giuridico (profili generali),* in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, 10 ss.; N. IRTI, *Per una rilettura dell'art. 1324 c.c.,* in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 560 ss.; V. CUFFARO, *Il te-*



relativamente lineare, richiede di essere maggiormente vagliata alla luce delle specificità della invalidità testamentaria [37].

In questa sede ci si limita a ricordare che, come illustre dottrina ha da tempo messo in evidenza, il tratto caratteristico della invalidità testamentaria è la sua declinazione al plurale, essendo difficile ricondurre le molteplici e variegate ipotesi contemplate dal codice civile alla dicotomia tradizionale tra nullità e annullabilità del contratto [38]. E forse, anzi, più che nella materia contrattuale – per effetto dello sviluppo delle nullità speciali di settore –, è nella materia testamentaria che, già all'interno del codice civile, si assiste a un tendenziale avvicinamento tra i due regimi [39]: si pensi al fatto che la nullità è sanabile mediante conferma, mentre l'annullabilità è assoluta. Come è evidente, l'ibridazione tra regole sulla nullità e regole sull'annullabilità è forte. Tale dato merita di essere tenuto in particolare considerazione potendo costituire – in prospettiva sistematica – un primo ostacolo alla piana trasposizione delle regole contrattuali.

Ma vi è di più. Con riguardo ai vizi sostanziali, il Libro II prevede numerose ipotesi di nullità testuali che spaziano dalla nullità dei patti successori (art. 458 cod. civ.) alla nullità del testamento congiuntivo o reciproco (art. 589 cod. civ.); dalla nullità delle disposizioni a favore di incapaci a ricevere (art. 596 cod. civ.) alla nullità della disposizione rimessa all'arbitrio del terzo (art. 631 cod. civ.) o della disposizione a favore di persona incerta (art. 628 cod. civ.). A fronte di queste e di altre fattispecie, nei casi di incapacità e di vizi del consenso, invece, il rimedio, benché descritto in termini di "impugnabilità", si sostanzia – come si è visto – in una ipotesi di annullabilità. È chiaro che, a fronte di un quadro di fattispecie così frastagliato risulta difficile stabilire quale sia il rapporto tra regola ed eccezione, o meglio, se possa invocarsi la logica sottesa alla disciplina della invalidità contrattuale e della nullità virtuale. E, anzi, la notevole nu-

---

stamento in generale: caratteri e contenuto, in Successoni a causa di morte e donazioni, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, 734 ss.; G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale,* Napoli, 1997, 2a ed., spec. 97 ss.; V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto potestativo*, Milano, 1998, spec. 33 ss.: «nella realtà pratica ed empirica, ma anche in quella giuridica, non esiste il "negozio", ma i "negozi", ossia una infinita varietà e diversità di tipi e figure, ciascuna contraddistinta da un proprio regime e da un corrispondente quadro di effetti a seconda della dimensione soggettiva e della misura oggettiva degli interessi tutelati»; F. GALGANO, *Il negozio giuridico,* in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, 2002, 604 ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, 78 ss.; S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali (Artt. 587-590),* in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2014, 40 ss.

[37] Si segnala che un simile problema interpretativo non si pone nei medesimi termini con riferimento alle invalidità matrimoniali (libro I, titolo VI, capo III, sezione VI). Se per un verso l'invalidità matrimoniale non conosce una disciplina generale paragonabile a quella del diritto dei contratti, per altro verso, è pacifico che quest'ultima non trovi applicazione in virtù delle specificità del matrimonio, trattandosi di un accordo privo dell'elemento della patrimonialità. Ma, similmente al testamento, anche per il matrimonio, a dispetto del dato testuale (la sezione VI è intitolata "Della nullità del matrimonio"), è difficile rintracciare una chiara distinzione tra nullità o annullabilità. Osserva G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Milano, 2021, 469-470 che la distinzione tra nullità e annullabilità «opera solo in ambito contrattuale, perché per il matrimonio e il testamento – nonostante la comune natura negoziale – la regolamentazione delle cause di invalidità è diversa, tanto da indurre a preferire il ricorso al più generico concetto di "impugnazione" dell'atto, a sua volta non privo di riscontri positivi (cfr. art. 591, ult. co., e 624 c.c.)». Cfr. G. PIGNATARO, *Sulle invalidità matrimoniali negli ordinamenti civile e canonico*, Napoli, 1995; E. VITALI, *L'invalidità del matrimonio civile: nullità e annullabilità,* in *Il diritto di famiglia,* in *Trattato diretto da Bonilin-Cattaneo*, 2007, I, 390 ss., secondo il quale il termine «"nullità" è usato in senso tecnico solo per l'ipotesi della bigamia (art. 124 c.c.)»; FRANCESCHELLI, *Il matrimonio civile: invalidità,* in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 1982, Torino, 63 ss.; G. FERRANDO, *L'invalidità del matrimonio,* in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, Milano, 2006, 889 ss.

[38] Cfr. S. PAGLIANTINI, *Gli statuti normativi del testamento annullabile e la pratica delle Corti, in Profili sull'invalidità e la caducità delle disposizioni testamentarie*, cit., 93 ss.

[39] Cfr. N. BOBBIO, *Scienza del diritto ed analisi del linguaggio,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 356: «le azioni di nullità e di annullamento del testamento hanno discipline ravvicinate tra loro, molto più di quanto accade in campo contrattuale»; V. ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1083 ss.



merosità e varietà di norme che sanciscono la nullità del testamento sembra far propendere per la tesi della loro tassatività e, correlativamente, per il carattere generale dell'annullabilità. Il che costituirebbe un'ulteriore conferma della difficoltà di concepire per il testamento, in chiave analogica, una nullità virtuale come quella dell'art. 1418, comma 1, cod. civ. Tanto sarebbe coerente, oltretutto, con il principio fondamentale del *favor testamenti*, il quale impone di circoscrivere a casi tassativi, appunto, l'esito della radicale inefficacia del testamento. Per convincersene basta considerare che, con riguardo ai vizi di forma, è pacifico, sempre per le medesime esigenze di conservazione, che operi l'annullabilità del testamento, ove non sia espressamente prevista la nullità, ai sensi del combinato di disposto degli artt. 606, comma 2, e 619, comma 2, cod. civ.

Le osservazioni sin qui svolte, per quanto necessariamente incomplete, richiedono ora di essere saggiate rispetto al problema che ci occupa, ossia al rapporto tra reato di circonvenzione di incapace e testamento. Si sarà compreso come la tesi della nullità virtuale, già poco convincente rispetto al contratto per le ragioni viste, appare ancora meno condivisibile rispetto al testamento. Un trattamento così radicale non solo non è del tutto compatibile con il bene giuridico tutelato, il quale, alla luce del dibattito attuale, se sicuramente ha acquisito una connotazione personalistica, non ha perso del tutto, anzi presuppone, una componente patrimoniale; ma non è in linea neppure con il necessario bilanciamento degli interessi coinvolti. È chiaro, infatti, che la caducazione radicale del testamento frustrerebbe tanto la volontà del *de cuius* quanto gli interessi dei successibili[40]. A conferma di quanto andiamo dicendo si consideri anche il seguente dato: persino nelle ipotesi in cui è pacifica l'operatività della nullità testamentaria per espressa previsione di legge è pur sempre ammissibile, ricorrendone i presupposti, la sanatoria mediante conferma del negozio. Tanto significa che nella materia testamentaria il necessario bilanciamento tra gli interessi tutelati impone un temperamento finanche delle conseguenze del testamento nullo. Non solo, ma vi è di più. Anche a voler ipotizzare l'applicazione analogica dell'art. 1418, comma 1, cod. civ. al testamento, ci si scontrerebbe, comunque, con la sussistenza di un rimedio specifico, quello dell'art. 591 cod. civ., che già contempla una specifica e diversa tutela per il testatore incapace. Così ragionando, cioè, risulterebbe integrata proprio la clausola di riserva dell'art. 1418, comma 1, cod. civ., che esclude l'operatività della nullità virtuale in presenza di una diversa previsione di legge.

D'altra parte, il pur condivisibile tentativo di stigmatizzare condotte particolarmente riprovevoli non può tradursi, sul piano civilistico, in un trattamento difforme da quello riservato a fattispecie simili. Il riferimento è al reato di truffa, che presidia l'interesse alla libera esplicazione dell'autonomia e dell'attività negoziale dei privati: se, in tal caso, è pacifico che la tutela dell'interesse sia assicurata, sul piano civilistico, dall'annullabilità per dolo, non si vede per quale motivo nel caso della circonvenzione, che tutela un interesse simile, debba operare un rimedio diverso. E, comunque, affidare la scelta del rimedio a un indice, come quello del bene giuridico tutelato, così suscettibile di essere interpretato in maniera differente al mutare, nel tempo, della sensibilità giuridica, non convince. Maggiormente sicuro è, invece, un criterio fondato sulla condotta tipizzata dal legislatore. Anche in questo caso, invero, come già per il contratto, la condotta induttiva del soggetto attivo del reato, lungi dal coincidere con il negozio stesso, integra un comportamento antecedente alla sua redazione che determina, al più, l'annullabilità. E ciò non solo perché tale soluzione è coerente con il ricordato principio della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità; ma anche perché è di nuovo il legislatore a prevedere, per il testamento dell'incapace, l'annullabilità,

[40] A meno che non ricorrano i presupposti per l'operatività dell'annullabilità parziale del testamento. A riguardo sia consentito rinviare a quanto abbiamo altrove osservato: C. SARTORIS, *Testamenti suggeriti e invalidità (parziale)*, cit.



cioè un rimedio diverso dalla nullità, a prescindere dal fatto che di quella condizione taluno si sia approfittato. Questa valutazione assume rilevanza per il giudice penale, ma non può incidere *sic et simpliciter* sull'ordinamento civile nel senso di spostare la qualificazione del rimedio. La comminazione di una sanzione per l'illecito deve essere lasciata interamente al sistema penale e al suo apparato sanzionatorio (rivedendo semmai gli specifici limiti edittali per quel reato); ma non si può pensare di invocare una nullità in funzione di mera sanzione per un negozio che, astrattamente, può essere del tutto valido ed efficace sul piano degli elementi costitutivi.

JUS CIVILE



FLAVIO PETROCELLI

Assegnista di ricerca – Università degli Studi della Tuscia

LA PROVA DELL'INADEMPIMENTO. LA RESPONSABILITÀ DEL PROFESSIONISTA INTELLETTUALE E DEL DATORE DI LAVORO

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. La prova dell'inadempimento come problema di diritto sostanziale nella responsabilità contrattuale. – 2.1.* Segue. *La prova dell'inadempimento secondo l'orientamento meno recente. – 2.2.* Segue. *La semplificazione degli oneri di allegazione e prova introdotta da Cass. sez. un. 30 ottobre 2001 n. 13533 e le principali critiche della dottrina. – 2.3.* Segue. *Il superamento della distinzione obbligazioni di mezzi e di risultato con riferimento alla responsabilità professionale. – 2.4.* Segue. *Dall'allegazione dell'inadempimento all'allegazione dell'inadempimento "qualificato". – 3. Il più recente orientamento in tema di obbligazioni di* facere *professionale: l'allegazione dell'inadempimento e la prova del nesso di causalità cd. materiale. – 3.1.* Segue. *I profili di criticità sottesi al nuovo orientamento giurisprudenziale. – 4. La responsabilità del datore di lavoro. – 5. Conclusioni.*

1. – Il regime probatorio della responsabilità da inadempimento delle obbligazioni di *facere* professionale [1] interroga, in stretta connessione, la disciplina generale dell'onere della prova (art. 2697 cod. civ.) e quella specifica dettata dall'art. 1218 cod. civ. [2] con riguardo alla responsabilità civile del debitore, in relazione agli artt. 1176, 2230, 2236, 2740 cod. civ.

Pur in presenza di un dato normativo unitario, negli ultimi decenni si è registrata una copiosa e oscillante elaborazione giurisprudenziale che ha delineato veri e propri sotto-settori della responsabilità civile profes-

[1] Questo contributo si soffermerà sulle ipotesi di responsabilità per inadempimento degli obblighi principali e accessori rientranti nel complesso programma di comportamento al quale il professionista è vincolato per soddisfare l'interesse creditorio del cliente cfr. F. BUSONI, *L'onere della prova nella responsabilità del professionista*, Milano, 2011, 12. Restano escluse dall'indagine le ipotesi, pur configurabili, di responsabilità aquiliana del professionista; si pensi al caso dell'esercente la professione sanitaria *ex* art. 7, comma 3, l. 24 marzo 2017 o del notaio per danno cagionato a terzi.

[2] Cfr. per tutti L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, 1072 ss. e più di recente F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto privato* a cura di R. Sacco, 2015, 189 ss.

Sull'art. 2697 senza pretese di esaustività cfr. G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966; R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 399 ss.; ID, *La presunzione di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 1 ss.; G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974; ID, voce *Prova (teoria generale e dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, 625 ss.; S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja, G. Branca, *Libro sesto. Della tutela dei diritti. Art. 2697-2698*, Bologna-Roma, 1987; ID, *Le prove*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2021; M. TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XIII, Torino, 1995, 67 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010; ID, sub art. 2697, in E. Gabrielli, A. Chizzini (a cura di), *Commentario del codice civile*, Milano, 2015, 293 ss. Per la tesi che considera la disciplina dell'onere probatorio un relitto storico da abrogare v. J. NIEVA FENOLL, *L'onere della prova: una reliquia storica che dovrebbe essere abolita*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 12, 2020, 1195 ss.; in senso critico con tale ultima tesi v. le repliche di M. GARAVAGLIA, *Astrolabi, bussole e onere della prova: a proposito di un saggio recente*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2021, 1350 ss.



sionale riservando particolare attenzione alla *natura* delle prestazioni richieste al *solvens* e al *tipo di interesse* da esse protetto, con inevitabili ripercussioni sulla distribuzione degli oneri di allegazione e prova tra le parti del giudizio.

Al "modello classico" delle professioni di stampo ottocentesco (ad es. avvocato), erette «*sui tre pilastri della colpa (per omissione), della rilevanza della distinzione mezzi/risultato, del nesso causale tra condotta negligente/imperita e danno subito dal cliente… in cui il rischio connesso alla causa ignota o all'incertezza probatoria ricade sul cliente*» [3], si era affiancato un "modello nuovo" delle professioni con riguardo alle quali, la giurisprudenza delle Sezioni Unite aveva creato un unitario criterio di ripartizione dell'onere probatorio, fondato sull'art. 1218 cod. civ. ed estensibile a tutte le ipotesi di inadempimento; una volta che il cliente-creditore avesse provato il titolo e meramente allegato l'inadempimento, tale allegazione faceva insorgere nel professionista-debitore l'onere probatorio di individuare e dimostrare la causa, diversa dalla propria prestazione, che aveva determinato l'evento dannoso con conseguente rischio, a suo carico, della causa ignota e dell'insufficienza probatoria.

L'adozione di un unitario sistema probatorio era giustificato dai sempre più ridotti margini di aleatorietà che connotano alcune attività professionali grazie al progresso tecnico/scientifico (ad es. professioni ingegneristiche) e dalla necessità di tutelare interessi fondamentali del cliente (ad es. professioni sanitarie e anche notarile, in ragione del connotato pubblicistico [4]) nell'ambito di un rapporto contrattuale strutturalmente asimmetrico [5] che, talora, rende impossibile, se non estremamente difficoltoso, l'accesso alla prova (si pensi al caso emblematico della cartella clinica carente o incompleta) [6].

Il particolare *favor* per il creditore, ulteriormente avvantaggiato dalla valutazione della prova del nesso causale in termini di preponderanza dell'evidenza (in luogo della certezza morale) e dalla risarcibilità della perdita di *chances* (anche non patrimoniale) [7], ha prodotto eccessi di deterrenza che si ripercuotono negati-

---

[3] Cfr. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, R. Sacco (diretto da), Torino, 1998, 777.

[4] Per i riferimenti relativi alla responsabilità del notaio, a metà strada tra professionista intellettuale e pubblico ufficiale, sia consentito il rinvio a F. PETROCELLI, *Profili evolutivi della responsabilità professionale notarile*, in *Giustiziacivile.com*, approfondimento del 19 gennaio 2018.

[5] In forza della disparità di posizione tra i contraenti si assiste alla proliferazione degli obblighi informativi del professionista nei confronti del cliente, talora anche di fonte deontologica, che concorrono a determinare la misura del vincolo in applicazione degli artt. 1175 e 1375 cod. civ. e/o 1176 cod. civ. Sulla estensione (e limiti) del dovere di consiglio ovvero di dissuasione in ambito notarile v. ad es. Cass. 15 febbraio 2022 n. 4911; Cass. 29 luglio 2019 n. 20297; Cass. 24 ottobre 2017 nn. 25111 e 25113; Cass. 18 maggio 2017 n. 12482; Cass. 13 giugno 2017 n. 14618. Sugli obblighi informativi del commercialista per l'attività di consulenza fiscale stragiudiziale v. ad es. Cass. 27 maggio 2019 n. 14387. Sugli autonomi obblighi relativi al consenso informato in ambito sanitario v. ad es. Cass. 11 novembre 2019 n. 28985; Cass. 17 gennaio 2019 n. 1043; Cass. 25 giugno 2019 n. 16892; Cass. 15 maggio 2018 n. 11749; Cass. 28 giugno 2018 n. 17022; Cass. 5 luglio 2017 n. 16503; Cass. 13 ottobre 2017 n. 24074. Sugli obblighi informativi dell'avvocato v. ad es. Cass. 7 gennaio 2021 n. 56; Cass. 22 febbraio 2021 n. 4655; Cass. 6 maggio 2020 n. 8494; Cass. 19 luglio 2019 n. 19520; Cass. 13 settembre 2017 n. 21173; Cass. 23 marzo 2017 n. 7410; Cass. 26 febbraio 2013 n. 4781; Cass. 20 novembre 2009 n. 24544; Cass. 30 luglio 2004 n. 14597; sul dovere dell'avvocato di dissuadere il cliente dall'intraprendere una causa temeraria v. Cass. 23 giugno 2016 n. 13008 o infondata v. Cass. 12 maggio 2016 n. 9695; Cass. 2 luglio 2010 n. 15717.

Sul problematico grado di autonomia del rapporto rispetto alla fonte v. per tutti F. GAMBINO, *op. cit.*, 212 ss.

[6] Cfr. M. MAGLIULO, R. PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e pazienti allo sbaraglio*, in *Danno e resp.*, 2019, 269, nota 74. C. SCOGNAMIGLIO, *L'onere della prova circa il nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2020, 208 evidenzia che la presunzione giurisprudenziale di sussistenza del nesso causale è qui giustificata dal fatto che chi aveva l'interesse contrario all'accertamento del nesso causale non può trarre vantaggio dall'incertezza probatoria da sé creata.

[7] L'art. 2697 c.c., oltre a distribuire tra le parti l'onere di dimostrare i fatti che fondano le rispettive pretese, rileva anche quale regola legale di giudizio nel senso che se all'esito dell'istruzione probatoria rimane indimostrata l'esistenza di un fatto rilevante per la decisione, il giudice dovrà comunque pronunciare una sentenza secondo la disciplina dell'onere della prova rigettando la domanda o l'eccezione cfr. S. PATTI, *Le prove*, *op. cit.*, 79 ss. La disposizione codifica, perciò, gli effetti decisori del rischio della mancata prova



vamente sul libero esercizio di talune attività professionali (come quelle sanitarie)[8]. La giurisprudenza in tempi più recenti ha perciò rivisto la precedente posizione e delineato un regime differenziato di distribuzione dell'onere della prova incentrato sulla distinzione tra obbligazioni di dare e fare "tradizionali" e obbligazioni di *facere* "professionale" (o di diligenza professionale), richiamando la distinzione concettuale tra causalità e imputazione[9] nell'alveo della responsabilità contrattuale.

In questo contributo, esaminati i profili di diritto sostanziale sottesi alla dislocazione dell'onere probatorio e, in particolare, alla prova dell'adempimento o dell'inadempimento, verranno successivamente ripercorsi i diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali succedutisi nel tempo con riguardo alla responsabilità professionale e sarà analizzato in prospettiva critica il recente indirizzo sopra richiamato. Ulteriore disamina verrà dedicata alla responsabilità del datore di lavoro il cui regime probatorio sembra allineato al nuovo statuto della responsabilità del professionista intellettuale.

2. – Diversamente da altri sistemi giuridici tra cui quello tedesco e dal previgente codice civile Codacci Pisanelli del 1865[10] di derivazione francese, il legislatore del 1942 ha introdotto una disposizione generale

---

a carico della parte che avrebbe avuto interesse a provare i fatti giuridici a sé favorevoli cfr. L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, *op. cit.*, 263, ove non altrimenti acquisiti in giudizio per il principio di acquisizione o l'esercizio di poteri officiosi del giudice. Discorre di "rischio di mancata prova" piuttosto che onere della prova R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, *op. cit.*, 402.

Poiché la valutazione della prova del nesso causale tra inadempimento e danno, che riveste un ruolo di centrale importanza nei giudizi di responsabilità professionale, è semplificata alla stregua del criterio del "più probabile che non", il rischio del mancato raggiungimento della prova a scapito del danneggiato-creditore si riduce ulteriormente, ancor più se all'incertezza eventistica questi tenti di sopperire, impropriamente, con l'espediente della teoria della *chances* perdute, anche proponendo una domanda subordinata autonoma (incentrata esclusivamente sul danno da perdita di *chances*). Per tali profili sia consentito il rinvio a F. PETROCELLI, *Danno da perdita di* chances *terapeutiche ed evento di danno incerto: un connubio problematico*, in *Nuovo Diritto Civile*, 2, 2021, 99 ss.

[8] Cfr. M. MAGGIOLO, *La (de)contrattualizzazione della responsabilità professionale*, in *Jus civile*, 2015, 30 ss. Per l'asimmetria degli orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità professionale a seconda dei professionisti considerati M. ROSSETTI, Unicuiquesuum*, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica)*, in *Giust. civ.*, 2010, 2218 ss.; ID, *Il danno alla salute*, Milano, 2017, 1016 ss.; cfr. anche F. PIRAINO, *Nesso di causalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 457 ss.

[9] Si tratta dell'orientamento inaugurato da Cass. 7 dicembre 2017 n. 29315 in ambito sanitario e poi esteso a tutte le obbligazioni di diligenza professionale da Cass. 11 novembre 2019 nn. 28991 e 28992. Cfr. per i fondamenti teorici del richiamato indirizzo giurisprudenziale le riflessioni di E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.*, 2018, 9, 265 ss.

[10] L'art. 1312 del codice civile abrogato, riprendendo l'art. 1315 *Code civil* francese, prevedeva, in materia di «prova delle obbligazioni e di quella della loro estinzione», che «chi domanda l'esecuzione di una obbligazione deve provarla e chi pretende di essere liberato deve dal canto suo provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione».

L.P. COMOGLIO, sub art. 2697, *op. cit.*, 293 ss. ricorda che sotto l'influenza francese i codici civili italiano (del 1865) e spagnolo, avevano dettato le regole generali sull'onere della prova in materia di obbligazioni, lasciando ad altre norme di carattere speciale, sparse in eterogenei settori, l'enunciazione di regole diverse, perlopiù correlate alla contestuale previsione di presunzioni legali.

La relazione ministeriale al Codice Civile del 1942 (Relazione al Re n. 1104, 1° cpv.) fa riferimento alla necessità di ampliare la visuale troppo angusta della prova delle obbligazioni e della loro estinzione, che risultava dal previgente art. 1312; pertanto con l'art. 2697 cod. civ. si è introdotta la distinzione tra i fatti che «costituiscono il fondamento» del diritto azionato dall'attore, e i fatti, allegati dal convenuto, su cui si «fondano» l'eccezione di «inefficacia» dei fatti allegati dall'attore o le eccezioni, in virtù delle quali quel diritto si sarebbe comunque «modificato o estinto» (cfr. Relazione al Re n. 1104, 2° cpv.). L'allocazione dell'onere probatorio ha dunque riguardo alla evoluzione dogmatica dei concetti di azione e di eccezione e alla fondamentale distinzione tra le diverse tipologie di fatti sopra indicati così L.P. COMOGLIO, sub art. 2697, *op. cit.*, 294.

Per l'ascrizione all'onere della prova del ruolo di principio fondamentale del sistema giuridico cfr. per tutti P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1980, 249; ID., *Obbligazioni (dir. priv.), nozioni generali*, in *Enc. dir.*, Milano, 1979, 142.



sulla ripartizione dell'onere della prova (art. 2697 cod. civ.) [11] la quale non è autosufficiente sia perché, nel richiamare i fatti costitutivi del diritto, la cui prova grava sull'attore, e i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi, la cui prova grava sul convenuto, rinvia alle norme di diritto sostanziale che fondano rispettivamente l'azione o l'eccezione [12], sia perché non stabilisce il criterio in forza del quale qualificare gli elementi della fattispecie [13]. L'indicata disposizione pone, inoltre, un problema di coordinamento con le ulteriori previsioni normative che, in determinati settori, disciplinano l'onere della prova, come l'art. 1218 cod. civ. [14]; sicché, secondo alcuni autori, l'art. 2697 cod. civ. opererebbe solo quale norma di chiusura, alla quale rivolgersi in mancanza di un criterio specifico [15].

La tecnica legislativa adottata dal legislatore del 1942 è frutto della teoria di matrice tedesca secondo la quale le norme sull'onere della prova sono strettamente collegate alle singole disposizioni di diritto sostanziale, poste alla base dei fatti che si vogliono provare [16].

L'art. 2697 cod. civ. è dunque norma sostanziale e non processuale perché l'art. 2698 cod. civ. risulterebbe altrimenti incompatibile con la natura processuale della disposizione da ultimo citata che consente all'autonomia privata di stipulare patti diretti a modificare l'onere della prova [17].

---

[11] L'art. 2697 cod. civ. ha sostanzialmente recepito la *Normentheorie* di matrice tedesca su cui si rinvia *amplius* a L. ROSENBERG, *Die Beweislast: AufderGrundlagedes Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozeßordnung*, Monaco-Berlino, 1965. Osserva S. PATTI, *Le prove*, *op. cit.*, 159 ss. che, in realtà, la *Normentheorie* è stata oggetto di diverse critiche in Germania e, in numerose applicazioni giurisprudenziali, si assiste a un capovolgimento del risultato al quale si dovrebbe pervenire applicando l'indicata ricostruzione teorica; tra esse l'A. menziona la responsabilità del medico, osservando che nella giurisprudenza tedesca viene considerato non pretendibile dal paziente l'onere di provare il nesso causale tra l'errore sanitario e il danno perché il danneggiato non conosce gli aspetti interni e i dati tecnici della scienza medica.

[12] S. PATTI, *Le prove*, *op. cit.*, 156; R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, *op. cit.*, 420.

[13] A. BELFIORE, *Onere della prova e responsabilità contrattuale*, in *Inf. Prev*., 4, 2007, 831; M. TARUFFO, voce *Onere della prova*, *op. cit.*, 68.

[14] Per V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova*, in *Corr. giur.*, 12, 2001, 1573 – 1574, gli artt. 1218 e 2697 cod. civ. devono essere interpretati sistematicamente; l'art. 1218 cod. civ. detta la "*regola sostanziale dell'inadempimento che persiste fin quando l'obbligazione è in vita ma enuclea anche la regola processuale sull'onere della prova nel momento in cui pone al debitore l'onere di dimostrare la sussistenza degli estremi di quella particolare fattispecie estintiva che è l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile allo stesso debitore (art. 1256 c.c.)*". Per tale insegnamento v. in precedenza L. MENGONI, *op. cit.*, 1095.

[15] S. PATTI, *Le prove*, *op. cit.*, 163.

[16] Diffusamente P. RESCIGNO, *Introduzione*, *Trattato di diritto privato*, Torino, 1985, 14, il quale osserva che l'art. 2697 cod. civ. si avvicina alla *Normentheorie* elaborata da L. ROSENBERG, op. loc. cit. ed è il risultato dello scambio di idee e di riflessioni della dottrina italiana e tedesca; "*quest'ultima ha elaborato la nozione della Beweislast pure in mancanza del termine nel linguaggio normativo, e con precisione di linee ha costruito la trama dei fatti costitutivi, modificativi ed estintivi, ai fini dell'individuazione del soggetto, e per fissare la misura dell'onere da dividere tra chi afferma e chi contesta il diritto (le categorie così delineate sono passate quindi nella formula del nostro art. 2697, secondo comma)*". Sulla funzione di tali norme cfr. altresì C. HEINRICH, *Zur Funkition der Beweislastnormen,* in *Festschrift für H. Musielak,* Monaco, 2004, 231 ss. La mancata previsione di disposizioni sulla ripartizione dell'onere della prova nell'ordinamento tedesco ha, comunque, fatto emergere la regola citata della *Normentheorie* non dissimile dall'art. 2697 cod. civ. Si è, infatti, affermato in Germania che una norma può essere applicata soltanto quando sussistono tutti i presupposti di fatto richiesti dalla norma stessa. L'onere di provare questi presupposti di fatto grava sulla parte che della norma riceverebbe effetti favorevoli. Cfr. diffusamente W. GRUNSKY, *L'onere della prova nel diritto tedesco*, in AA.VV., *Le prove nel diritto civile, amministrativo e tributario*, Torino 1986.

[17] L. MODICA, *La prova di adempimento o inadempimento*, in M. Maggiolo (a cura di), *Il regime probatorio nel giudizio sulla responsabilità da inadempimento*, Milano, 2022, 257 ss. Propendono per la tesi processuale, come regola di giudizio a beneficio del solo giudice, tra gli altri, G. CHIOVENDA, *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo*, in *Saggi di diritto processuale civile, I (1894-1937),* rist., Milano, 1993, 241; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova 1936, 675; V. ANDRIOLI, *Prova (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, 269; propendono per la natura sostanziale, tra gli altri, S. PATTI, *Le prove*, *op. cit.*, 131; R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, *op. cit.*, 399.



La disposizione in esame non è autosufficiente e neppure criterio esclusivo nella ripartizione dell'onere probatorio. Si pensi, ad esempio, oltre alla modifica pattizia *ex* art. 2698 cod. civ., alle presunzioni legali *ex* art. 2728 cod. civ., diverse dalle presunzioni semplici *ex* art. 2729 cod. civ. [18], e alle cd. presunzioni giurisprudenziali. Nel primo caso (presunzioni legali), viene in rilievo una operazione logica compiuta *a priori* dal legislatore, senza la necessità di una mediazione del giudice [19] e possono darsi presunzioni assolute (*juris et de jure*) che non ammettono la prova contraria (es. art. 232 cod. civ.) o relative (*juris tantum*), che consentono la prova contraria e realizzano una inversione della prova. Nel secondo caso, quello delle presunzioni giurisprudenziali, si rileva "*la tendenza dei giudici ad autoattribuirsi un ampio potere discrezionale in tema di allocazione dei carichi probatori, decidendo chi soccombe per non aver provato ciò che secondo il giudice (non secondo la legge) avrebbe dovuto provare*" [20] a prescindere dai requisiti dettati dall'art. 2729 cod. civ. [21].

Le oscillazioni sulla ripartizione degli oneri probatori nella materia della responsabilità contrattuale dipendono anzitutto dalla formulazione dell'art. 1218 cod. civ. [22] il quale tace sulla prova dell'inadempimento, dandolo per presupposto [23]; la disposizione da ultimo richiamata si limita a disciplinare solo le conseguenze

---

Per Cass., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 564, l'art. 2697 cod. civ. pone una regola di diritto sostanziale la cui violazione dà luogo a *error in iudicando*. La problematica non ha valenza solo teorica, potendo rilevare sotto vari aspetti pratici come la successione di leggi nel tempo e la disciplina di diritto internazionale privato.

[18] Cfr. per tutti S. PATTI, *Le presunzioni semplici: rilievi introduttivi*, in S. Patti, R. Poli (a cura di), *Il ragionamento presuntivo*, Torino, 2022, 10 ss. il quale ricorda che, in quanto mezzi indiretti di prova, le presunzioni semplici semplificano l'assolvimento dell'onere probatorio, ma non lo invertono, diversamente dalle presunzioni legali *iuris tantum*. Mentre le presunzioni legali sono giustificate da ragioni di politica legislativa e il giudice deve sempre applicarle, le presunzioni semplici impongono, di volta in volta, al giudice di stabilire quali elementi di fatto sino idonei a costruire il ragionamento presuntivo tale da risalire al fatto ignoto sicché possa affermarsi, da un punto di vista logico, che il fatto da provare possa essere probabilmente accaduto. In altri termini il giudice si serve della probabilità per "*prendere la sua decisione in modo conforme al corso normale degli avvenimenti*". L'A. evidenzia che possono verificarsi tre ipotesi nelle quali sussistono punti di contatto tra presunzioni semplici e onere probatorio; in primo luogo quando la giurisprudenza costruisce, fuori dai casi previsti dal legislatore, presunzioni semplici come se fossero presunzioni legali *iuris tantum* invertendo l'onere della prova; in secondo luogo, quando la giurisprudenza valorizza la prova presuntiva costruita nel corso del processo per ritenere provati fatti essenziali per la decisione sebbene, talora, ciò avvenga in assenza di contraddittorio – con la parte svantaggiata dal ragionamento presuntivo – e con la emanazione di sentenze "a sorpresa"; in terzo luogo quando il giudice, con ampia valutazione discrezionale, reputa gli indizi alla base della prova presuntiva insufficienti e decide la controversia secondo la regola di giudizio dell'onere della prova.

[19] L.P. COMOGLIO, *Le prove*, *op. cit.*, 238.

[20] M. TARUFFO, *L'onere come figura processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2012, 425; in argomento, cfr. anche G. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali (introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova)*, in *Foro it*. 1971, V, 189. Tra le presunzioni giurisprudenziale va ricordata ad es., in materia di lavoro, quella di continuità del rapporto lavorativo, nonostante il susseguirsi di licenziamenti o riassunzioni (Cass. 29 aprile 1979 n. 1209) o quella di gratuità della prestazione resa da parenti o affini, conviventi con il datore di lavoro (Cass. 17 agosto 2000 n. 10923); in materia successoria, quella di incapacità naturale del testatore, invocabile da chi impugni un testamento *ex* art. 591, secondo comma n. 3, cod. civ. dimostrando nel *de cuius* la sussistenza di una infermità mentale permanente (Cass. 23 gennaio1991 n. 652).

[21] Evidenzia S. PATTI, *Le presunzioni semplici*, *op. cit.*, 23 ss., che le presunzioni giurisprudenziali prescindono dalla verifica, in concreto, di gravità, precisione e concordanza degli elementi indiziari e dai limiti di ammissibilità della prova presuntiva dettati dall'art. 2729, comma 2, c.c.; la giurisprudenza, effettuando bilanciamenti tra contrapposti interessi, finisce per creare regole che incidono sulla distribuzione dell'onere probatorio, come nelle presunzioni legali, ma in difetto di previsione di legge. L'A. ricorda che nel sistema francese si discorre perciò di presunzioni "quasi *legales*".

[22] Cfr. anche la previgente formulazione dell'art. 1225 c.c., il quale prevedeva quanto segue: "*il debitore sarà condannato al risarcimento dei danni, tanto per l'inadempimento dell'obbligazione quanto pel ritardo dell'esecuzione, ove non provi che l'inadempimento o il ritardo sia derivato da causa estranea a lui non imputabile, ancorché non sia per sua parte intervenuta mala fede*".

[23] Cfr. L. MODICA, *op. cit.*, 258 alla quale si rinvia per le molteplici opzioni interpretative astrattamente compatibili con la lettera della disposizione. Cfr. anche G. GRISI, sub Art. 1218, in E. Gabrielli (a cura di), *Commentario del Codice Civile. Delle Obbligazioni*, Milano, 2013, 42 il quale evidenzia che la disposizione tace sull'inadempimento ponendo a carico del debitore solo la cd. prova libe-



di un inadempimento o ritardo già acclarati, prevedendo l'obbligazione risarcitoria a carico del debitore "*se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*". Il silenzio sulla prova dell'inadempimento esige, allora, di stabilire se esso sia un frutto di una precisa tecnica normativa, ovvero configuri una lacuna in senso stretto [24] e se l'inadempimento possa formare (o meno) un tema fisso di prova da disciplinare con un'unica regola.

Nell'alveo della responsabilità professionale, bisognerà anche affrontare l'ulteriore problema del rapporto intercorrente tra inadempimento e cd. colpa professionale chiarendo se quest'ultima, derivante dalla violazione delle regole di comportamento dettate dall'art. 1176 cod. civ. in combinato disposto con l'art. 2236 cod. civ., individui un ulteriore elemento costitutivo della fattispecie e, con riguardo al nesso causale, se possa dirsi assorbito nell'allegazione o prova dell'inadempimento.

2.1. – Muoviamo dal primo profilo problematico; ossia se l'inadempimento costituisca fatto costitutivo o meno dell'azione risarcitoria ai sensi dell'art. 1218 cod. civ.

Secondo l'orientamento tradizionale, oggi superato dalla giurisprudenza (su cui *infra*), la ripartizione dell'onere della prova dipende dall'oggetto specifico della domanda giudiziale e dunque dall'effetto giuridico che l'attore intende conseguire; si distingue, perciò, tra azione di adempimento, da un lato, e azioni di risoluzione per inadempimento, di risarcimento del danno per mancato adempimento o per inesatto adempimento, dall'altro.

Nell'azione di adempimento, ai sensi del primo comma dell'art. 1453 cod. civ., il creditore ha l'onere di provare soltanto la fonte negoziale (o legale) del proprio diritto (*id est* il titolo) e la eventuale scadenza del termine di adempimento (*id est* l'esigibilità del credito), quali fatti costitutivi della domanda; spetta, invece, al debitore dimostrare l'adempimento o l'impossibilità di adempiere per causa a sé non imputabile, quali fatti estintivi dell'altrui pretesa con la conseguenza che il rischio della mancata prova grava sul convenuto [25]. Di ciò si trae ulteriore conferma nell'art. 1199 cod. civ. [26] che attribuisce al debitore il diritto di ottenere la quietanza quale prova precostituita del pagamento (e dunque del fatto estintivo), per evitare ulteriori pretese illegittime a suo danno (cfr. Rel. al cod. civ. n. 566).

Tale ripartizione degli oneri probatori richiama, del resto, quanto già previsto dal previgente art. 1312 cod. civ. del 1865 [27] in tema di prova delle obbligazioni e della loro estinzione.

Alla tesi secondo la quale il giudice non potrebbe condannare il debitore all'adempimento senza che il creditore abbia provato prima l'inadempimento (e, in particolare, il ritardo) quale fatto costitutivo della sua pretesa [28], si oppone il principio della cosiddetta "presunzione di persistenza del diritto" in virtù del quale, una volta che il creditore abbia dimostrato l'acquisto del credito, si presume la perdurante titolarità dello

---

ratoria. L'A. trae logico corollario inferire da ciò che il creditore abbia solo l'onere di dimostrare il diritto di ricevere la prestazione spettando al debitore dimostrare che l'adempimento è divenuto impossibile per causa ad esso non imputabile.

[24] Per la posizione di tale profilo problematico v. A. BELFIORE, *op. cit.*, 836, 837.

[25] V. *ex multis* Cass. 9 aprile 1980, n. 2277; Cass. 20 gennaio 1982, n. 379; Cass. 11 luglio 1983 n. 4689; Cass. 11 luglio 1983, n. 5127; Cass. 31 marzo 1987 n. 5884; Cass. 5 dicembre 1994 n. 10446; Cass. 7 febbraio 1996 n. 973; Cass. 15 ottobre 1999 n. 11629. In dottrina cfr. G.A. MICHELI, *L'onere della* prova, *op. cit.*, 440; L. MENGONI, voce *La responsabilità contrattuale*, *op. cit.*, 1095; C. M. BIANCA, *L'Obbligazione*, in *Diritto civile*, Milano, 1993, 319; M. DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 574 ss.

[26] Cfr. M. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 582.

[27] L. MODICA, *op. cit*., 266.

[28] U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, 168.



stesso dopo la scadenza del termine per l'adempimento, alla luce della *ratio* di preservazione dello *status quo* sottesa all'art. 2697 cod. civ. [29].

Diversamente dall'azione di adempimento – attraverso la quale il creditore mira ad ottenere la condanna del debitore alla esecuzione della obbligazione originariamente sorta a suo carico –, con le azioni di risoluzione e di risarcimento del danno (in luogo della prestazione originaria) [30], l'attore fonda la propria pretesa sull'inadempimento di quella obbligazione che ne costituisce un ulteriore fatto costitutivo, la cui prova grava sul creditore [31].

---

[29] C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja – G. Branca, Bologna, 1979, 175. La portata generale del principio della presunzione di persistenza del diritto – estensibile anche alla materia delle obbligazioni –, prevale in giurisprudenza, ma non è pacifica in dottrina. In primo luogo non si ravvisa una corrispondenza necessaria tra scadenza del termine e mancato adempimento; se l'obbligazione nasce per estinguersi, si dovrebbe reputare statisticamente più probabile il contrario, ossia che alla scadenza il debito sia stato pagato piuttosto che non sia stato adempiuto; cfr. in tal senso S. PATTI, *Le prove*, *op. cit.*, 203 ss. il quale condivide la formulazione del principio che esprime la *ratio* dell'art. 2697 cod. civ. e trova riscontro in plurime disposizione sulla ripartizione dell'onere della prova presenti nei vari libri del codice civile, ma non lo reputa non applicabile alla materia delle obbligazioni sicché, secondo l'A. spetterebbe al creditore provare la sopravvivenza del credito. Esistono, in secondo luogo, indicazioni di segno positivo contrarie al richiamato principio, come ad esempio la disciplina delle prescrizioni presuntive le quali prevedono una presunzione legale di estinzione del credito, salva la prova che il pagamento non si è verificato v. in tal senso L. MODICA, *op. cit*., 268.

In prospettiva critica v. anche M. SIRAGUSA, *L'onere della prova dell'inadempimento e del vizio della cosa venduta. Fatti rilevanti e trasferimento di rischi*, in *Nuovo Diritto Civile*, 2020, 95 ss. secondo cui il principio di presunzione di persistenza del diritto non si fonda su una presunzione legale, né semplice di inadempimento, ma sulla considerazione di irrilevanza dell'inadempimento; se l'originaria pretesa sopravvive alla mancata esecuzione della prestazione non occorre dimostrare l'inadempimento perché la prova del credito e la sua esigibilità implicano *ex se* che la prestazione non è stata eseguita. Fino alla prova della sua soddisfazione, il credito da soddisfare equivale a quello insoddisfatto, come ricorda L. MENGONI, voce *La responsabilità contrattuale*, *op. cit.*, 1095 nella parte in cui afferma il "*principio probatorio di equivalenza tra l'effetto dell'acquisto del diritto e la titolarità attuale del medesimo*". Per una ulteriore critica a tale tesi v. *infra* nel testo.

[30] Osserva L. MENGONI, *op. cit*., 1096 che, in virtù del principio dell'adempimento in natura, fino a quando la prestazione del debitore rimane ancora possibile (nelle obbligazioni positive di fare e di dare), è precluso il risarcimento del danno (sostitutivo dell'adempimento), salvi i casi in cui il ritardo equivalga a inadempimento definitivo in ragione dell'essenzialità del termine ovvero nei contratti a prestazioni corrispettive se il creditore si sia avvalso della clausola risolutiva espressa oppure se il ritardo è qualificato ai sensi dell'art. 1455 cod. civ. per effetto dell'azione di risoluzione giudiziale. Al di fuori di queste ipotesi, il creditore ha l'onere di provare l'impossibilità della prestazione per ottenere il risarcimento, ma si tratta, secondo l'A., di una ipotesi prevalentemente teorica perché il creditore che non sia in grado di dimostrare senza difficoltà l'impossibilità della prestazione, potrebbe proporre in via principale la domanda di adempimento e di danno per il ritardo sicché, ai sensi dell'art. 1218 c.c., spetterebbe al debitore dimostrare sia l'impossibilità della prestazione, sia la non imputabilità dell'evento che l'ha cagionata. Invece nelle obbligazioni negative e di protezione grava sempre sul creditore l'onere di provare il fatto del debitore compiuto in violazione dell'obbligo, così come per l'inesatto adempimento. Viceversa se l'azione risarcitoria è accessoria alla domanda di risoluzione per inadempimento, dovrebbe reggersi sugli stessi fatti costitutivi dell'azione di adempimento poiché posta sullo stesso piano dall'art. 1453 cod. civ. e fondata sugli stessi presupposti di tale ultima azione.

Per la tesi, invece, secondo cui il risarcimento del danno sostitutivo potrebbe essere domandato in giudizio anche se la prestazione del debitore è ancora possibile purché il creditore dimostri la carenza del proprio interesse ai sensi dell'art. 1174 cod. civ. cfr. V. MARICONDA, *Risarcimento del danno e onere della prova*, in *Corr. giur.*, 1996, 546; cfr. anche M. DE CRISTOFARO, *op cit.*, 612 ss.; A. DI MAJO, *Le tutela contrattuali*, Torino, 2009, 136.

Tale evenienza, come emerso nel dibattito tedesco, si pone soprattutto con riferimento all'inesatto adempimento cfr. G. VILLA, *Il problema dell'inadempimento imputabile*, in *Trattato del contratto* a cura di V. Roppo, Milano, 2022,1044 nota 40.

[31] V. *ex multis* Cass. 24 giugno 1982 n. 3838; Cass. 17 agosto 1990 n. 8336; Cass. 29 gennaio 1993 n. 1119; Cass. 4 maggio 1994 n. 4285; Cass. 9 gennaio 1997 n. 124; Cass. 8 gennaio 2000 n. 123. Si vedano però in senso difforme, Cass. 31 marzo 1987 n. 3099; Cass. 5 dicembre 1994 n. 10446; Cass. 7 febbraio 1996 n. 973; Cass. 27. marzo 1998 n. 3232; Cass. 23 maggio 2001 n. 7027. Per la tesi tradizionale in dottrina cfr. F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 747; E. BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936, 347; cfr. anche G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 353 e 438 ss.; ID, *In tema di onere della prova dell'inadempimento*, in *Giur. it.*, 1960, 1417 ss. G. D'AMICO, *La responsabilità* ex recepto, Napoli, 1999, 122.



L'inadempimento, in altri termini, rappresenta un fatto necessario alla produzione di un nuovo effetto giuridico, ossia il sorgere del (diverso) diritto al risarcimento del danno, così come alla risoluzione del contratto [32] e all'ottenimento della prestazione convenuta a titolo di penale [33].

A nulla rileva che l'oggetto dell'onere probatorio possa essere un fatto negativo, ben potendo essere dimostrato, in via presuntiva *ex* art. 2729 cod. civ., con fatti positivi contrari [34].

Per opposto e, in passato, minoritario indirizzo giurisprudenziale, invece, tutte le azioni previste dall'art. 1453 cod. civ. hanno il medesimo presupposto: il vincolo contrattuale, in forza del quale la parte non inadempiente imputa la violazione all'altro contraente sicché l'attore è chiamato solo a dimostrare l'esistenza del titolo e degli effetti da esso scaturenti, incombendo sul convenuto l'onere di provare l'adempimento.

Il principio di presunzione di persistenza del diritto, applicabile all'azione di adempimento, potrebbe dunque estendersi anche alle azioni di risoluzione o di risarcimento autonomo e sarebbe irrazionale che, a fronte della prova del comune titolo ed effetto obbligatorio, muti l'onere probatorio in ragione dell'azione concretamente scelta dal creditore, anche perché la prova dell'adempimento è un fatto (estintivo) riferibile alla sfera di azione del debitore [35].

Soltanto nella diversa ipotesi dell'adempimento inesatto, indipendentemente dalla domanda proposta, il creditore, poiché contesta sempre di avere ricevuto una prestazione difforme quantitativamente ovvero qualitativamente da quella dovuta (ad esempio, perché eseguita in violazione delle *leges artis* che governano una professione *ex* art. 1176, comma 2, cod. civ. o perché il bene compravenduto presenta dei vizi), è tenuto a dimostrare le circostanze positive in forza delle quali sussista la ridetta inesattezza [36]; non si tratta, infatti, di provare l'esistenza di un fatto negativo (omesso adempimento), ma di fatti positivi affermati dall'attore (l'esecuzione della prestazione e le circostanze dalle quali deriva la sua inesattezza) [37].

Dall'attenta lettura dei precedenti si evince che la giurisprudenza meno recente ha sempre ascritto al creditore l'onere di provare l'inadempimento non già in ipotesi di inadempimento totale, per le quali soltanto si porrebbero insormontabili difficoltà nella prova di fatti negativi indefiniti in capo all'attore, ma solo per quelle aventi ad oggetto l'accertamento della inesattezza dell'adempimento; analogamente, e in prospettiva

---

[32] Cfr. L. MENGONI, *op. cit.*, 1096 per il quale la distribuzione dell'onere probatorio dipende dal tipo di effetto fatto valere dal creditore, a seconda che si tratti dell'esecuzione della obbligazione principale o della diversa obbligazione risarcitoria (in ipotesi di inadempimento definitivo). Cfr. anche M. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 610 il quale pone l'accento sulla diversa *causa petendi* della domanda risarcitoria.

[33] Cfr. G. GIOIA, *Errore del medico: chi sopporta il rischio della mancata prova?* in *Riv. crit. dir. priv.*, 2020, 220 che richiama il pensiero di L. COVIELLO, *L'obbligazione negativa*, Napoli, 1934, 60 ss.

[34] Cfr., tra le tante, Cass. 28 aprile 1981 n. 2586; Cass. 15 giugno 1982 n. 3644; Cass. 23 dicembre 1991 n. 13872; Cass. 28 novembre 1992 n. 12746; Cass. 20 maggio 1993 n. 5744.

In dottrina v. *amplius,* M. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 576 ss.; cfr. anche più di recente M. SIRAGUSA, *op. cit.*, 106 ss. per il quale in assenza di una specifica presunzione legale di inversione dell'onere probatorio, spetta al creditore provare anche in via presuntiva l'inadempimento e ben potrà farlo ricorrendo alle presunzioni semplici i cui fatti rilevanti varieranno in ragione delle modalità di esecuzione della prestazione dovuta.

[35] Cfr. Cass. 31 marzo 1987, n. 3099; Cass. 23 maggio 2001, n. 7027; Cass. 5 dicembre 1994 n. 10446; Cass. 7 dicembre 1996 n. 973; Cass. 27 marzo 1998 n. 3232; Cass. 15 ottobre 1999 n. 11629.

In dottrina cfr. R. SACCO, *Le risoluzioni per inadempimento*, in *Trattato di diritto privato*, dir. da P. Rescigno, Torino, 1988, 521, 522; ID, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* a cura di R. Sacco e G. De Nova, Torino, 1993, 609; L. MENGONI, *op. cit.*, 1097; M. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 602 ss.; G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 439; U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Luminoso-Carnevali-Costanza cit., Bologna-Roma, 1990, 73 ss.

[36] Cfr. ad es. Cass. 14 febbraio 1969 n. 513; Cass. 4 dicembre 1990 n. 11652; Cass. 15 ottobre 1999 n. 11629.

[37] V. MARICONDA, *op. cit.*, 1577.



inversa, la giurisprudenza ha affermato che solo l'eccezione di inesatto adempimento *ex* art. 1460 cod. civ. onera il convenuto di dimostrare la mancata coincidenza tra prestazione ricevuta e quella dovuta [38].

2.2. – Alla luce del richiamato contrasto giurisprudenziale – che però non involgeva la prova dell'inesatto adempimento – le Sezioni Unite della S.C., riprendendo le riflessioni svolte da parte della dottrina [39], hanno dettato un regime probatorio unitario [40]; il creditore che agisca per l'adempimento, la risoluzione del contratto o il risarcimento del danno (sia da ritardo, sia da inadempimento definitivo), ha l'onere di provare solo la fonte del suo diritto e l'eventuale scadenza del termine di adempimento dell'obbligazione (oltre, naturalmente, al danno conseguente all'inadempimento, in caso di azioni risarcitorie), potendosi limitare ad allegare l'inadempimento o l'inesatto adempimento della controparte; grava sul debitore l'onere di provare il fatto estintivo del diritto invocato dall'attore (adempimento o impossibilità di adempiere per causa a sé non imputabile). Analogo criterio di ripartizione degli oneri di allegazione e prova sussiste per l'eccezione di inadempimento, ove i ruoli delle parti sono semplicemente invertiti [41].

Conformemente all'indirizzo minoritario innanzi citato, le Sezioni Unite hanno applicato (ed esteso) i principi della presunzione di persistenza del diritto [42], d'identità della fattispecie costitutiva dei diritti di cui all'art. 1453 cod. civ. [43] e di vicinanza (o riferibilità) della prova [44] sia all'inadempimento che all'inesatto adempimento [45] e hanno posto a carico del creditore la prova dell'inadempimento solo in ipotesi di violazione delle obbligazioni negative *ex* art. 1222 cod. civ. perché, con riguardo a queste ultime, secondo le Sezioni Unite, il diritto nasce già soddisfatto (non opera, dunque, alcuna presunzione di mancato adempimento) e

---

[38] V. MARICONDA, *op. cit.*, 1570-1572 e 1579; v. anche L. MENGONI, *op. ult. cit*., 1097.

[39] Cfr. in particolare R. SACCO, *Il contratto*, *op. cit.*, 609, 610.

[40] Ci si riferisce alla storica Cass. sez. un. 30 ottobre 2001 n. 13533, pubblicata su tutte le principali riviste giuridiche. Si vedano le note a commento di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, *op. cit.*, 1571 ss.; U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, in *Contratti*, 2002, 118 ss.; G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 707 ss.; G. VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere della prova a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contr. e impr.*, 2002, 903; P. LAGHEZZA, *Inadempimenti e onere della prova: le Sezioni Unite e la difficile arte del rammendo*, in *Foro it.*, 2002, I, 770.

[41] In ipotesi di eccezione di inadempimento il debitore, convenuto in giudizio, è onerato di allegare l'altrui inadempimento, gravando sul creditore agente l'onere di provare il proprio adempimento cfr. *ex multis* Cass. 10 gennaio 2023 n. 347; Cass. 11 febbraio 2021 n. 3587; Cass. 12 febbraio 2010 n. 3373; Cass. sez. un. n. 13533/2001 cit.

[42] V. Cass. sez. un. n. 13533/2001 par. 2.2.1. della motivazione.

[43] V. Cass. sez. un. n. 13533/2001 par. 2.2.2. della motivazione.

[44] V. Cass. sez. un. n. 13533/2001 par. 2.2.3. della motivazione in cui le Sezioni Unite richiamano la necessità di non rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto del creditore di reagire all'inadempimento; mentre il debitore accede agevolmente alla prova del pagamento anche grazie alla quietanza, il cui rilascio è obbligatorio ai sensi dell'art. 1199 c.c., il creditore avrebbe notevoli difficoltà ad individuare i fatti positivi contrari al mancato adempimento.

[45] Ad avviso di Cass. sez. un. n. 13533/2001 cit., "*appare artificiosa la ricostruzione della vicenda secondo la quale il creditore che lamenta un inadempimento inesatto manifesterebbe, per implicito, la volontà di ammettere l'avvenuto adempimento. In realtà, il creditore esprime una ben precisa ed unica doglianza, incentrata sulla non conformità del comportamento del debitore al programma negoziale, ed in ragione di questa richiede tutela, domandando l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento. D'altra parte, la diversa consistenza dell'inadempimento totale e dell'inadempimento inesatto non può giustificare il diverso regime probatorio. In entrambi i casi il creditore deduce che l'altro contraente non è stato fedele al contratto. Non è ragionevole ritenere sufficiente l'allegazione per l'inadempimento totale (massima espressione di infedeltà al contratto) e pretendere dal creditore la prova del fatto negativo dell'inesattezza, se è dedotto soltanto un inadempimento inesatto o parziale (più ridotta manifestazione di infedeltà al contratto). In entrambi i casi la pretesa del creditore si fonda sulla allegazione di un inadempimento alla quale il debitore dovrà contrapporre la prova del fatto estintivo costituito dall'esatto adempimento*".



non sussistono difficoltà inerenti alla prova di fatti negativi (sulle quali si fonda il principio di riferibilità della prova) atteso che l'inadempimento consiste, piuttosto, in un fatto positivo agevolmente dimostrabile dal creditore [46].

Per un primo orientamento dottrinale, il creditore che agisce per l'adempimento, o anche per la risoluzione e il risarcimento del danno, deduce l'altrui inadempimento non già come ulteriore fatto costitutivo da provare, ma quale circostanza (fatto lesivo del credito) necessaria solo per circostanziare la sua pretesa *ex* art. 163 n. 4 c.p.c. donde farne emergere l'interesse ad agire *ex* art. 100 c.p.c. nell'ambito di un unitario e complesso rapporto giuridico [47].

L'unica prova che grava sul creditore ha ad oggetto il titolo costitutivo dell'obbligazione dal quale sorge il diritto alla prestazione (e dunque all'utilità da esso derivante *ex* artt. 1225 e 1174 cod. civ.) e il suo succedaneo (ossia il risarcimento) [48].

L'omogeneizzazione e semplificazione e degli oneri di allegazione e prova sostenuta dalle Sezioni Unite, che sembra rinvenire la sua *ratio* nella disciplina dell'art. 2697 cod. civ. [49] e, soprattutto, in esigenze di certezza per gli operatori giuridici [50], non ha persuaso totalmente altra dottrina, specie con riferimento all'inesatto adempimento che imporrebbe al creditore di darne la prova (anche in applicazione del principio di vicinanza) [51] e alla uniformazione del regime probatorio per l'inadempimento di obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni profondamente diverse [52] (dal dare, al fare, anche professionale, alla violazione degli obblighi accessori e persino alla garanzia per i vizi).

Si è osservato che la generalizzazione del principio di presunzione di persistenza del diritto non ha solide basi normative [53] e l'esclusione dell'inadempimento dai temi di prova del creditore si espone alla critica se-

---

[46] Cfr. di recente sul punto Cass. 14 luglio 2022 n. 22244 in tema di obbligazione di una società di non rifornire altri clienti in un dato ambito territoriale dei prodotti concessi in esclusiva al proprio contraente; nello stesso senso, riprendono i principi di diritto formulati da Cass. sez. un. n. 13533/2001 cit., anche Cass. 28 luglio 2015 n. 15847 e Cass. 15 febbraio 2005 n. 2976.

[47] Cfr. V. MARICONDA, *op. cit.*, 1575.

[48] Cfr. M. ORLANDI, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, 2022, 1020 il quale osserva che nel danno contrattuale la prova del creditore è assorbita dal titolo costitutivo dell'obbligazione.

[49] V. MARICONDA, *op. cit.*, 1577.

[50] Cass. sez. un. n. 13533/2001 cit. al par. 2.1. della motivazione.

[51] U. CARNEVALI, *op. cit.*, 120; MEOLI, *op. cit.*, 364; in precedenza v. L. MENGONI, *op. cit.*, 1096; M. DE CRISTOFARO, *op. cit.* 605, 606; R. SACCO, *op. cit.*, 610; S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, *op. cit.* 120 ss. secondo cui il creditore quando contesta l'inesattezza dell'adempimento ammette di avere ricevuto la prestazione e ciò gli permette di provarla anche per la vicinanza della prova; cfr. anche in precedenza v. G. VERDE, *L'onere della prova*, *op. cit.*, 429 ss.; ricorda G. VILLA, *op. cit.*, che anche nel sistema tedesco il § 363 BGB, non modificato nel 2001, richiede al creditore che abbia accettato la prestazione, di provare che questa era incompleta o inesatta se intende far valere la responsabilità del debitore. Precisa, tuttavia, C. CASTRONOVO, Swinging malpractice*. Il pendolo della responsabilità medica*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2020, 876, 877 che l'adempimento inesatto non equivale a un adempimento costituendo anch'esso una ipotesi di inadempimento sicché non può ammettersi una diversa regola di ripartizione dell'onere probatorio come chiaramente stabilisce l'art. 1218 cod. civ. Nell'uno come nell'altro caso vi è una difformità tra condotta posta in essere dal debitore e risultato dovuto al creditore, donde la necessaria identità del regime probatorio.

[52] Cfr. di recente le riflessioni di C. SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione mette a punto e consolida il proprio orientamento in materia di onere della prova sul nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, in *Corr. giur.*, 3, 2020, 314, il quale cita Cass. sez. un. 3 maggio 2019 n. 11748 in materia di onere della prova nelle azioni edilizie e, in materia sanitaria, auspica un regime differenziato in ragione dell'oggetto della prestazione di volta in volta dedotta in obbligazione. Con riguardo alle prestazioni sanitarie ad alta vincolatività l'A. auspica che i principi di diritto formulati da Cass. 11 novembre 2019 n. 28991 vengano ulteriormente specificati nel senso di ammettere una prova presuntiva del nesso di causalità materiale tra inadempimento e danno (su tali profili si tornerà in dettaglio *infra*).

Cfr. anche G. VILLA, *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova meditazione sulla prova dell'inadempimento*, in *Corr. Giur.*, 2019, 750 ss.; L. MODICA, *op. cit.*, 280.

[53] G. VILLA, *op. ult. cit.*, 754 evidenzia che la presunzione di persistenza del diritto non è né una presunzione legale, né una presunzione semplice che, anzi, depone in senso opposto v. anche gli ulteriori autori citati nella precedente nota 29.



condo cui quando il creditore propone l'azione di adempimento non fa valere il diritto di credito in sé considerato, ma la mancata esecuzione della prestazione che realizza l'effetto della violazione della norma. L'attore ha l'onere di provare oltre al fatto costitutivo dell'obbligo anche il fatto che produce l'effetto della violazione. E ciò, a maggior ragione, ove invochi un effetto giuridico [54] diverso, come il risarcimento del danno, con riferimento al quale l'inadempimento è un fatto costitutivo imprescindibile per l'insorgenza del nuovo diritto [55].

L'onere del creditore di provare l'inadempimento trova conferma nelle obbligazioni negative le quali, diversamente da quanto sostenuto dalla giurisprudenza, non possono nascere già soddisfatte, perché altrimenti il credito sarebbe prematuramente estinto; piuttosto il creditore è chiamato a dimostrare che il debitore ha tenuto un comportamento difforme dall'obbligo assunto (*sub specie* di conservazione della situazione preesistente), così come in tutte le altre obbligazioni [56].

---

[54] Cfr. in prospettiva generale v. S. RUPERTO, *La dinamica giuridica*, Torino, 2019, 113 ss. secondo cui «l'efficacia giuridica si svolge al di fuori della dimensione temporale e si traduce in vicende di doveri o di *anti*-doveri. L'attribuzione della qualifica di *doverosità* a una data condotta, e di *anti-doverosità* alle condotte difformi da quella qualificata come doverosa, rappresenta il tipo di vicenda costitutiva del dovere. Simmetricamente, la cessazione di una o di entrambe le qualifiche, prevista da una norma giuridica sempre all'accadere di un fatto, è catalogabile come vicenda estintiva». Dalla stipulazione di un contratto che abbia, ad esempio, ad oggetto la esecuzione di una data prestazione fare a carico di una parte, discendono quali effetti: l'attribuzione della qualifica di doverosità al comportamento futuro del debitore, consistente nel fare indicato dalle parti; e la qualifica di anti-doverosità a tutti i comportamenti difformi da quelli indicati. Se la parte successivamente adegua il suo contegno a quello dovuto, il successivo fatto-adempimento determina un nuovo effetto, ossia quello estintivo delle qualifiche di doverosità e antidoverosità; se invece la prestazione non è eseguita o viene eseguita non correttamente, il fatto-inadempimento, non produce l'effetto estintivo dell'obbligazione originaria, ma determina una nuova obbligazione, che si aggiunge alla precedente di risarcire il danno *ex* art. 1218 c.c.; se la prestazione non è eseguita perché impossibile per una causa non imputabile alla parte, il fatto-impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile determina solo l'effetto estintivo dell'obbligazione originaria *ex* art. 1256 c.c.; ove invece la prestazione non è eseguita che per ritardo o altra causa a lui imputabile diviene impossibile, il fatto-inadempimento e il fatto impossibilità sopravvenuta per causa imputabile al debitore, determinano l'effetto estintivo dell'obbligazione originaria e l'effetto costitutivo della nuova obbligazione di risarcire il danno (artt. 1218 e 1256 c.c.).

[55] Osservava L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e «obbligazioni di mezzi» (Studio critico)*, in *Scritti II. Obbligazione e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, 222 e 223 "*Quando domanda il risarcimento dei danni, il creditore non fa valere semplicemente l'obbligazione, bensì l'obbligazione in quanto inadempiuta; vale a dire non già l'adempimento come fatto estintivo viene in considerazione, ma piuttosto l'inadempimento come fatto costitutivo della pretesa, e pertanto è compito dell'attore provarlo. Più precisamente, siccome l'inadempimento presuppone l'esistenza attuale dell'obbligazione, spetta al creditore provare il fatto costitutivo dell'obbligazione e lo stato di insoddisfazione del suo diritto: raggiunta questa prova, che a rigore non è la prova definitiva dell'inadempimento ma soltanto della materialità dell'inadempimento, tocca al debitore dimostrare che si è verificato un fatto estintivo diverso dall'adempimento, in particolare che la prestazione è divenuta impossibile senza sua colpa. Rispetto alla prova dell'inadempimento, prodotta dall'attore, la prova del caso fortuito ha valore di controprova, giacché dimostra che i fatti, fissati dal creditore insoddisfatto, non hanno sostanza di inadempimento: una volta accertata l'estinzione o la quiescenza dell'obbligazione, non si può parlare di inadempimento*". Cfr. in analoga prospettiva G. VISINTINI, *op. cit.*, 909 ss.

Per l'affermazione che l'inadempimento sia un tema di prova del creditore in quanto ulteriore fatto costitutivo del diritto alla risoluzione del contratto, all'adempimento e al risarcimento del danno si veda in giurisprudenza Cass. 31 dicembre 2019 n. 32126.

[56] M. SIRAGUSA, *op. cit.*, 103 ss. per il quale l'inadempimento è sempre fatto costitutivo della pretesa del creditore e l'orientamento espresso dalla giurisprudenza realizza una inversione tra realtà giuridica e materiale. Il diritto di credito non può nascere soddisfatto, perché altrimenti vi sarebbe estinzione dell'obbligo; anche nelle obbligazioni negative la soddisfazione del creditore è pur sempre legata alla condotta conservativa della realtà preesistente del debitore che si protrae nel tempo successivo alla costituzione dell'obbligo, sicché non vi sono differenze tra obbligo di fare e non fare sul piano giuridico, ma solo su quello materiale.

Cfr. anche G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1987, 472 ss. per la quale alle obbligazioni negative sono inapplicabili soltanto le disposizioni sulla mora; per il resto esse non soggiacciono a uno statuto normativo divergente e dunque è applicabile interamente la disciplina dell'art. 1218 cod. civ. e del relativo onere della prova, senza alcun regime differenziato.



In termini più generali, la ripartizione dell'onere probatorio non dovrebbe essere condizionata dalla natura fenomenica (positiva o negativa) del fatto da provare, ma dalla fattispecie legale che disciplina il rapporto; se il fatto costitutivo è negativo spetterà comunque all'attore provarlo perché l'art. 2697 cod. civ. non soffre di eccezioni; e così anche per le eccezioni fondate su fatti (impeditivi) negativi, la cui prova graverà sul convenuto [57].

Le eventuali difficoltà probatorie nella rappresentazione del fatto potranno essere superate grazie al principio di non contestazione *ex* art. 115 c.p.c. (ove riguardi fatti noti alla controparte) [58], al potenziamento dell'art. 210 c.p.c. (specie nei rapporti asimmetrici) con valutazione rigorosa della mancata esibizione ai sensi dell'art. 116 c.p.c. [59] e al ricorso alla prova presuntiva *ex* art. 2729 cod. civ., con eventuale abbassamento [60] del grado di verosimiglianza necessario al convincimento del giudice anche sulla scorta di massime di esperienza e fatti notori; si potrà altresì ricorrere al giuramento decisorio [61] nei limiti consentiti dall'art. 2739 cod. civ.

Il criterio della vicinanza della prova non dovrebbe autorizzare deroghe alla disciplina dell'art. 2697 cod. civ., bensì operare in via sussidiaria se le previsioni normative non offrono indicazioni univoche nell'identificare i fatti costituivi del diritto in modo tale che, tra i molteplici significati ricavabili dalla disposizione che riconosce l'interesse di cui è invocata la tutela, si dovrebbe selezionare quello che individua i fatti costitutivi (o estintivi) in relazione alla maggiore accessibilità dei mezzi di prova da parte dell'attore (o del convenuto) per non rendergli impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto *ex* artt. 47 CDFUE e 24 e 111 cost., analogamente a quanto disposto dall'art. 2698 cod. civ. per i patti che modificano le regole di ripartizione dell'onere della prova [62].

---

[57] Cfr. Cass. 22 marzo 2021 n. 8018 relativa al caso in cui una società, che aveva trasportato dei beni successivamente derubati, veniva convenuta in giudizio dalla compagnia di assicurazione di altra società con azione di rivalsa di quanto dalla stessa già versato alla società assicurata contro il rischio di furto. A tale azione di rivalsa della compagnia assicuratrice la convenuta aveva opposto una eccezione secondo la quale la compagnia di assicurazioni aveva assunto contrattualmente l'impegno di rinunciare alla rivalsa in caso di mancata assicurazione del vettore, così come avvenuto nella specie e non contestato dalla stessa attrice. La S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva accolto la domanda di rivalsa sul rilievo che la convenuta non aveva provato il fatto posto a fondamento della eccezione (ancorché consistente nella mancata stipulazione, da parte della stessa compagnia assicuratrice, di alcuna polizza assicurativa) perché il fatto negativo avrebbe potuto essere dimostrato mediante dimostrazione di un fatto positivo contrario o anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo per il fatto dedotto in giudizio; cfr. parimenti Cass., 11 gennaio 2017, n. 500; richiamano lo stesso principio di diritto, tra le altre, App. Milano 27 maggio 2022 n. 1838; App. Roma 17 giugno 2022 n. 2211; App. Bari 7 luglio 2022 n. 1150, entrambe in *Onlegale*. In dottrina v. L. MODICA, *op. cit.*, 268.

[58] Secondo la S.C. l'onere di contestazione – la cui inosservanza rende il fatto pacifico e non bisognoso di prova – sussiste soltanto per i fatti noti alla parte, non anche per quelli ad essa ignoti cfr. ad es. Cass. 4 gennaio 2019 n. 87; Cass. 18 luglio 2016 n. 14652; Cass. 13 febbraio 2013 n. 3576. Il principio è ampiamente ripreso anche da Cass. sez. un. 15 novembre 2022 n. 33645 in mot. Cfr. anche C.M. BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 2021, 145, 146.

[59] Cfr. G. GIOIA, *op. cit.*, 226 ss. la quale osserva che sebbene la mancata esibizione non equivalga alla prova dei fatti di causa, nondimeno potrebbe rilevare quale indizio grave, preciso e concordante che concorrerebbe a formare il convincimento del giudice di merito, talora persino isolatamente considerato.

[60] F. PIRAINO, *Travisamenti pretori in tema di esonero dalla responsabilità contrattuale tra causalità e vicinanza della prova*, in *Foro it.*, 2020, 2013.

[61] S. PATTI, *Prova. Disposizioni generali*, *op. cit.* 56.

[62] Osserva G. VILLA, *op. ult. cit*., 755 che se la vera *ratio decidendi* delle Sezioni Unite del 2001 è il principio di vicinanza della prova grazie al quale si identifica la parte che è meglio in grado di ricostruire i fatti perché dispone delle informazioni rilevanti per la decisione, in caso di inesatto adempimento dovrebbe aversi una maggiore elasticità alla luce del principio di parità delle armi tra contendenti. Attraverso l'analisi economica del diritto l'A. reputa che la soluzione delle Sezioni Unite, di far gravare la prova dell'adempimento sul debitore, sia quella preferibile perché a costo tendente a zero solo nelle ipotesi di inadempimento integrale e di ritardo nell'adempimento in quanto il fatto di avere adempiuto normalmente risulta da fatti e documenti nella disponibilità del debitore che emette a prescindere dal giudizio (ad es. fatture, documenti merci, etc.). Più complessa e articolata è la soluzione in caso di inesatto



Così intesa la vicinanza alla prova, con riguardo all'art. 1218 cod. civ. e al "silenzio" sulla prova dell'inadempimento, sembra che le Sezioni Unite abbiano fatto corretta applicazione dell'indicato principio conformemente alla disciplina dell'art. 2697 cod. civ.

Una lacuna riscontrabile nella citata sentenza delle Sezioni Unite risiede invece nell'assenza di statuizioni sul nesso di causalità e sulla colpa che costituiscono elementi di centrale rilevanza nei giudizi di responsabilità professionale, donde il problema dell'eventuale loro assorbimento nell'allegazione dell'inadempimento da parte del creditore o nella prova dell'adempimento o dell'impossibilità non imputabile di adempiere da parte del debitore. Secondo un autore, le indicate lacune deriverebbero dalla circostanza che le Sezioni Unite avrebbero avuto riguardo al modello tradizionale delle obbligazioni di dare con la conseguenza che i menzionati principi di diritto non sarebbero compatibili con le obbligazioni di fare professionale per le quali emergono gli ulteriori citati profili problematici [63].

2.3. – L'estensione dei principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite nel 2001 con riguardo alla responsabilità professionale, imponeva di superare la tradizionale dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato [64] che per lungo tempo ha influito sulla ripartizione dell'onere della prova.

Proprio perché l'obbligazione del professionista intellettuale (*ex* art. 2230 cod. civ.) era qualificata sempre "di mezzi", avente ad oggetto una prestazione di mera diligenza, l'onere della prova della colpa (e dunque dell'inesatto adempimento del debitore) gravava sul creditore [65]; al contrario, nelle obbligazioni di risultato (fondate sul contratto d'opera *ex* art. 2222 cod. civ.) [66], il creditore poteva limitarsi ad allegare il mancato raggiungimento del risultato dovuto (inadempimento), gravando sul debitore l'onere di provare il fatto positivo (ad es. caso fortuito) che ne aveva reso impossibile il raggiungimento e interrotto il nesso causale tra la condotta e l'inadempimento [67].

La crisi della distinzione dogmatica in esame [68], che riduceva il campo di applicazione dell'art. 1218 cod. civ. [69], talora attenuata da presunzioni giurisprudenziali [70], è stata confermata da altra pronuncia delle Sezioni

---

adempimento, specie se si estrinseca in una pluralità di condotte attive ed omissive. Ad esempio, quando si chiede al medico di provare l'adempimento si esige la prova sia di comportamenti positivi (adozione delle procedure previste e delle diagnosi doverose), sia di comportamenti negativi (non avere commesso errori tecnici durante l'attività sanitaria). Secondo l'A., occorrerebbe allora disarticolare i temi di prova imponendo al creditore l'onere di provare la violazione degli obblighi negativi e di allegare la violazione di quelli positivi. Non è detto che la parte più vicina alla prova sia sempre il debitore (ad es. se si intende far valere la responsabilità dell'amministratore di una società, cessato dall'incarico per irregolarità contabili che risultano dalle scritture in possesso della società).

[63] Tale lettura restrittiva del precedente delle Sezioni Unite è sostenuta in particolare da G. TRAVAGLINO, *Nesso causale e prova presuntiva*, in *Il ragionamento presuntivo*, *op. cit.*, 318 e 319.

[64] Su tale distinzione cfr., tra gli altri, R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, V, Paris, 1925, 538 ss.; H. MAZEAUD, *Essai de classificaton des obligatons: obligations contractuelles et extra-contractuelles; «obligations déterminées» et «obligation générele de prudence et diligence»*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1936, 29; F. BERNHÖFT, *Kauf, Miethe und verwandte Verträge*, nei *Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs eines BGB für das deutsche Reich*, dir. E. I. Bekker e O. Fisher, XII, Berlino, 1889, 17; H. A. FISHER, *Vis major im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung* in *Jherings Jahrbücher*, 37, 1897, 262; A. TUNC, *Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenz*a, in *Nuova riv. di dir. comm.*, *dir. Dell'economia, dir. sociale,* 1947-1948, I, 135 (riproduzione in italiano dello studio già pubblicato in *sem. jur.*, 1945, I, 126 ss.); F. LEONE, *La negligenza nella colpa extracontrattuale e contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1915, 100 ss.; G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 423.

[65] G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e resp.*, 3, 2018, 351.

[66] Cfr. in argomento per tutti G. GIACOBBE, voce *Professioni intellettuali*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987, 1067.

[67] Cfr. chiaramente Cass. 10 dicembre 1979 n. 6416 in mot.

[68] Per la critica alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e risultato si rinvia per tutti a L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e*



Unite [71] relativa a una ipotesi di responsabilità di un ingegnere progettista e direttore dei lavori. Le Sezioni Unite hanno osservato che sebbene l'obbligazione inerente all'esercizio di attività professionale e, tra queste, quella del direttore dei lavori [72], sia generalmente qualificabile come obbligazione "di mezzi" e perciò di mera diligenza, talvolta la giurisprudenza di legittimità, in presenza di doveri professionali quali quelli di accertare con precisione i confini, le dimensioni e le altre caratteristiche dell'area sulla quale la costruzione dovrà essere realizzata [73], di sondare il suolo o il sottosuolo su cui deve sorgere l'opera [74] e di redigere un progetto conforme oltre che alle regole tecniche anche alle norme giuridiche che disciplinano l'edificabilità [75], attribuisce all'obbligazione del professionista le caratteristiche dell'obbligazione di risultato [76], analogamente a quanto accade per la prestazione del chirurgo estetico e dell'odontoiatra. La distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato ha dunque natura relativa e mobile e viene sovente utilizzata dalla giurisprudenza per risolvere problemi di ordine pratico tra cui la distribuzione dell'onere probatorio e per individuare il contenuto

---

«obbligazioni di mezzi» (Studio critico), *op. cit.*, 141 ss.; cfr. anche, senza pretese di esaustività, V. De Lorenzi, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1993, 397 ss.; Id, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Contr. impr.*, 2016, 456 ss.; M. Fortino, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1984, 113 ss.; L. Nivarra, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto sulla giurisprudenza*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 513 ss.; A. Di Majo, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*, in *Corr. giur.*, 2005, 38 ss.; A. Nicolussi, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi, in Eur. e dir. priv.*, 2006, 797 ss..; Id., *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e resp.,* 2008, 871 ss.; F. Piraino, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 106 ss.; Id, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni ''di risultato'' e delle obbligazioni ''di mezzi'': la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, in *Contratti*, 2014, 891 ss.; G. Sicchiero, *Dalle obbligazioni "di mezzi e di risultato" alle "obbligazioni governabili o non governabili"* in *Contr. imp.*, 2016, 1414 e ss.; C. Castronovo, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 1 ss.; Id, *La responsabilità civile*, Milano, 2018, 554 ss.

Per una rivalutazione della distinzione ai fini del riparto dell'onere probatorio v. N. Roldan Alzate, *Inadempimento e ripartizione dell'onere probatorio*, Padova, 2016, 57 ss.; E. Scoditti, *op. cit.*, 268 ss.; sulla perdurante vitalità della distinzione cfr. anche E. Carbone, *Sviluppi in tema di onere probatorio e adempimento delle obbligazioni*, in *Giur. It.*, 2018, 2557 ss. e ivi ulteriori riferimenti.

Per la valorizzazione della distinzione solo ai fini della distribuzione del rischio della causa ignota v. ampiamente G. D'Amico, *La responsabilità* ex recepto *e la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale,* Napoli, 1999, 105 e ss.

[69] La distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato ha ridotto la sfera di operatività dell'art. 1218 cod. civ. perché, con riguardo alle prime, ha operato l'art. 1176 cod. civ. sulla premessa che le obbligazioni di mezzi avevano ad oggetto soltanto una prestazione diligente senza promessa di un risultato. Perciò, osserva A. Plaia, *La responsabilità del medico e l'argomento statistico*, in *Contratti*, 2020, 342, col superamento dell'indicata dicotomia si è avuta la piena applicazione dell'art. 1218 cod. civ. con il regime più rigoroso per il debitore e il superamento di contaminazioni della responsabilità contrattuale con quella aquiliana.

[70] Si allude alla nota distinzione tra inventi routinari e di difficile esecuzione introdotta da Cass. 21 dicembre 1978 n. 6141 in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 953 ss. Cfr. in argomento anche M. Faccioli, *Presunzioni giurisprudenziali e responsabilità sanitaria*, in *Contr. imp.*, 2014, 79 ss., nonché alla presunzione *re ipsa loquitur*.

[71] Cass. S.U. 28 luglio 2005, n. 15781 in *Eur. dir. priv.*, 2006, 2, 781 ss. con nota di A. Nicolussi *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*; in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 8-9, 712 ss. con nota di L. Follieri, *Obbligazioni di mezzi e di risultato nella prestazione del progettista-direttore dei lavori*.

[72] Cass. 5 agosto 2002 n. 11728; Cass. 27 febbraio 1996 n. 1530; Cass. 28 gennaio 1995 n. 1040; Cass. 22 dicembre 1994 n. 11067; Cass. 19 luglio 1993 n. 8033; Cass. 21 luglio 1989 n. 3476; Cass. 7 maggio 1988 n. 3389; Cass. 8 aprile 1977 n. 1346; Cass. 7 febbraio 1975 n. 475; Cass. 10 dicembre 1974 n. 4159; Cass. 22 aprile 1974 n. 1156; Cass. 22 marzo 1968 n. 905; Cass. 16 ottobre 1961 n. 2169.

[73] Cass. 21 luglio 1989 n. 3476; Cass. 29 marzo 1979 n. 1818.

[74] Cass. 16 settembre 1993 n. 11290; Cass. 5 gennaio 1976 n. 1.

[75] Cass. 16 febbraio 1996 n. 1208; Cass. 19 luglio 1993 n. 8033.

[76] Cass. 28 gennaio 2001 n. 15124; Cass. 29 marzo 1979 n. 1818.



dell'obbligazione (di diligenza o di risultato) ai fini dell'imputabilità della responsabilità attraverso la valorizzazione di obblighi di informazione, di avviso e di protezione integrativi ancorati a principi di buona fede, indispensabili per il corretto adempimento della prestazione; obblighi che trasformano il contenuto dell'obbligazione professionale, normalmente di diligenza, in obbligazione di risultato (si pensi alla chirurgia estetica [77]).

Si tratta di una distinzione che ad avviso delle Sezioni Unite non ha motivo di esistere poiché qualsiasi obbligazione, sia pure in proporzioni variabili, richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato [78] e in ciascuna obbligazione assumono rilievo sia il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo obbligatorio sia l'impegno che il debitore deve profondere per ottenerlo sicché uniche sono le regole di ripartizione dell'onere probatorio ai sensi dell'art. 1218 cod. civ. anche con riguardo alla responsabilità professionale.

2.4. – I principi di diritto espressi nel 2001 sono stati richiamati e ulteriormente specificati dalle Sezioni Unite nel 2008 [79] sempre in tema di responsabilità professionale (nella specie, sanitaria). Ribadito il superamento della dicotomia obbligazioni di mezzi e di risultato la quale, priva di basi normative, non può avere riflessi sulla ripartizione degli oneri probatori [80], la S.C. ha chiarito che il creditore non può limitarsi ad allegare un qualunque inadempimento per conseguire il risarcimento del danno, così come affermato da Cass. sez. un. n. 13533/2001, in quanto è necessario che l'inadempimento dedotto in giudizio ne costituisca causa (o concausa) efficiente; deve trattarsi, dunque, di un inadempimento "qualificato" e cioè di uno o più specifici fatti addebitati al convenuto, astrattamente efficienti alla produzione del danno lamentato dall'attore [81].

---

[77] Cass. 8 aprile 1997 n. 3046.

[78] Cass. sez. un. 28 luglio 2005 n. 15781 cit.; in dottrina, tra i più autorevoli, L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e «obbligazioni di mezzi» (Studio critico)*, *op. cit.*, 141 ss.

[79] V. Cass. sez. un. 11 gennaio 2008 n. 577, con note di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e resp*., 2008, 871 ss.; R. DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*, ivi, 1002 ss.; M. GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, ivi, 1002 ss.; R. CALVO, *Diritti del paziente,* onus probandi *e responsabilità della struttura sanitaria*; in *La resp. civ.* 2008, 397 ss.; M. DRAGONE, *Le sezioni unite, la «vicinanza alla prova» e il riparto dell'onere probatorio*, ivi, 698 ss.; M. GAZZARA, *Le Sezioni Unite fanno il punto di tema di prova della responsabilità sanitaria*; in *Giur. it*., 2008, 2197 ss.; A. CIATTI, *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*, ivi, 1655 ss.; C. MIRIELLO, *Nuove e vecchie certezze sulla responsabilità medica*, ivi, 1653 ss.; M.G. CURSI, *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*, ivi, 2197 ss.; M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi/di risultato*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 856 ss.; G. VETTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 393 ss.

L'indicata decisione, al punto 5.5. della motivazione, ha ribadito che "*il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c. in materia di responsabilità contrattuale (in conformità …* [alla] *distinzione strutturale tra responsabilità contrattuale e da fatto illecito) è identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, ex art. 1453 c.c., sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale, ex art. 1218 c.c., senza richiamarsi in alcun modo alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*".

[80] Cfr. sempre Cass. sez. un. n. 577/2008 punti 5.1. – 5.4. della motivazione. La sentenza condivide il superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e risultato affermata già da Cass. sez. un. 28 luglio 2005 n. 15781 cit.; il principio è stato ripreso anche da Cass. 13 aprile 2007 n. 8826.

[81] Osserva R. PUCELLA, *Inadempimento «qualificato», prova del nesso di causa e* favor creditoris, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 1088 ss. che ad esempio si tratterà dell'allegazione da parte del creditore "*della difformità qualitativa o quantitativa dei beni acquistati; la lamentata assegnazione del lavoratore a mansioni non corrispondenti alla categoria; in ambito medico la contestazione al sanitario della «adozione di tecniche non sperimentate in luogo di protocolli ufficiali e collaudati, [della] mancata conoscenza del-*



Tale allegazione fa gravare sul debitore l'onere di dimostrare l'esatta esecuzione della prestazione, e dunque che l'inadempimento dedotto dalla controparte non vi è stato, oppure che la mancata o inesatta esecuzione prestazione dipenda da una causa a lui non imputabile [82]. Il danneggiato è pertanto duplicemente avvantaggiato; non solo perché beneficia dell'allegazione (e non già della prova) dell'altrui inadempimento, ma anche perché è esentato dal provare, in concreto, la sequenza causale che ha condotto al danno di cui chiede ristoro, diversamente da quanto accade nella responsabilità professionale dell'avvocato ove, invece, la giurisprudenza esige che il cliente dimostri nel caso specifico, sia pure in termini probabilistici, quale sarebbe stato l'esito del giudizio allorché fosse stata tenuta la condotta omessa o diligente del professionista [83]. Nella prospettiva adottata dalle Sezioni Unite del 2008, dunque, il rischio della causa ignota grava sul debitore che non abbia assolto il proprio onere probatorio [84].

La giurisprudenza successiva, tuttavia, non si è sempre uniformata all'indirizzo in esame reputando il nesso causale un ulteriore elemento costitutivo della fattispecie che il danneggiato ha comunque l'onere di provare per ottenere il risarcimento del danno [85].

---

l'evoluzione, in una determinata branca, della metodica interventistica nota invece al constans atque diligens homo» o, ancora, la lamentata violazione di doveri accessori, come quello di informazione. Così il paziente che imputi a negligenza della struttura sanitaria l'infezione da epatite virale contratta in esito ad un intervento chirurgico assolverà all'onere probatorio allegando quale inadempimento del debitore l'utilizzo di sangue infetto nel corso della emotrasfusione; nulla più".

[82] Così Cass. sez. un. n. 577/2008 cit., al punto 6.1. della motivazione.

Ricorda M. FACCIOLI, *op. cit.*, 100 che l'oggetto della prova liberatoria gravante sul convenuto è mutato rispetto agli orientamenti precedenti della S.C. perché, oltre alla prova della diligenza utilizzata dal sanitario, il debitore avrebbe dovuto anche dimostrare che l'insuccesso del trattamento fisse dovuto a un fattore imprevisto e imprevedibile oppure alla preesistenza di una particolare condizione fisica del malato non accertabile con la diligenza professionale (cfr. Cass. 28 maggio 2004 n. 10297; Cass. 21 giugno 2004 n. 11488; Cass. 13 aprile 2007 n. 8826); l'A. ricorda anche che, diversamente da quanto sostenuto dalle Sezioni Unite nel 2008, sul danneggiato è sempre gravato l'onere di provare il nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del convenuto e l'evento di danno dedotto in giudizio dall'attore. La presunzione di esistenza del nesso causale (salva prova contraria) non è stata seguita da tutta la giurisprudenza di legittimità (ad es. Cass. 31 luglio 2013 n. 18341), ma è stata affermata in materia di omissioni o inesattezze della cartella clinica (Cass. 26 gennaio 2010 n. 1538) e di trattamenti sanitari di facile esecuzione (Cass. 16 gennaio 2009 n. 975).

[83] Cfr. sempre R. PUCELLA, op. loc. cit.

[84] Cfr. in dottrina G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e resp.*, *op. cit.*, 351 ss.

Non condivide questa lettura di Cass. sez. un. n. 577/2008 E. IANNELLO, *Responsabilità sanitaria e causalità: tra inadempimento e fatto illecito. Reali e apparenti discontinuità nella evoluzione giurisprudenziale*, in Quaderno SSM Corso P22043, Napoli, Castel Capuano 26 maggio 2022, 17 e nota 31 per ulteriori riferimenti. Secondo l'A. le Sezioni Unite non hanno superato l'orientamento delle sezioni semplici che faceva gravare sul danneggiato l'onere della prova del nesso causale, ma escluso che a fini probatori potesse rilevare la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato e quindi che nel primo caso gravasse sul creditore l'onere di provare che il mancato conseguimento del risultato era dipeso da scarsa diligenza del debitore e nel secondo che spettasse invece al debitore dimostrare che il mancato risultato era dipeso da causa a lui non imputabile. Il dissenso rispetto all'orientamento delle sezioni semplici ha riguardato, secondo l'A., solo il contenuto dell'onere della prova "*o, più propriamente ancora, il grado di probabilità idoneo a giustificare il convincimento della sussistenza del nesso causale*".

[85] Hanno applicato il principio enunciato dalle Sezioni Unite del 2001, oltre a Cass. S.U. n. 577/2008, tra le altre, Cass. 30 settembre 2014 n. 20547; Cass. 12 dicembre 2013 n. 27855; Cass. 21 luglio 2011 n. 15993; hanno invece fatto gravare sul creditore la prova del nesso di causalità tra il fatto costituente inadempimento e l'evento dannoso, Cass. 16 gennaio 2009, n. 975; Cass. 11 maggio 2009 n. 10743; Cass. 9 febbraio 2010 n. 2847; Cass. 9 ottobre 2012 n. 17143; Cass. 31 luglio 2013 n. 18341; Cass. 12 settembre 2013, n. 20904; Cass. 20 ottobre 2015, n. 21177.

Si veda poi la celebre Cass. 26 luglio 2017 n. 18392 con note di G. D'AMICO, *La prova del nesso di causalità materiale e il rischio della c.d. causa ignota nella responsabilità medica*, in *Foro it.* 2018, I, 1348; D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?* in *Danno e resp.* 2017, 696; R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta?* in *Danno e resp*. 2018, 5 ss.



3. – Secondo il più recente orientamento della S.C. [86], il creditore di una prestazione professionale (nei casi esaminati, prevalentemente a carattere sanitario) è tenuto non soltanto a provare il titolo e ad allegare l'inadempimento, ma altresì a provare il nesso di causalità cd. materiale tra la condotta del professionista e l'evento dannoso, nonché la causalità cd. giuridica tra il danno evento e quello conseguenza *ex* art. 1223 cod. civ.

Nella generalità delle obbligazioni di dare e fare (non professionale) la causalità materiale, che attiene al collegamento naturalistico fra fatti da accertare sulla base delle cognizioni scientifiche del tempo ovvero su basi logico-inferenziali [87], può essere distinta solo teoricamente dall'inadempimento attesa la diversità concettuale tra eziologia e imputazione; in concreto, però, essa non è separabile dall'inadempimento perché quest'ultimo corrisponde già "*alla lesione dell'interesse tutelato dal contratto e dunque al danno evento*" [88].

Nell'ambito delle obbligazioni di diligenza professionale, e in particolare in quelle del sanitario e dell'avvocato, è invece possibile distinguere l'interesse "presupposto" (ad es. guarigione dalla malattia o vittoria della causa) che, benché non dedotto in obbligazione, è comune alle parti e rileva al livello della causa del contratto, dall'interesse "strumentale" alla prestazione richiesta. La violazione delle *leges artis* nell'esecuzione della prestazione "strumentale" richiesta al debitore potrebbe non essere causa dell'evento dannoso il quale potrebbe prodursi per ragioni diverse dall'inadempimento [89].

Per tale ragione, diversamente da quanto accade nelle obbligazioni di dare o fare non professionale in cui l'evento dannoso coincide con l'inadempimento, il creditore è tenuto a provare che la condotta del professionista (e non altro) sia stata la causa dell'evento dannoso.

Ritorna così la distinzione tra obbligazioni di mezzi (ora denominate obbligazioni di diligenza professionale) e di risultato [90] esplicitamente affermata soprattutto con riferimento alla responsabilità dell'avvocato [91].

---

[86] Tale orientamento è cristallizzato da Cass. 11 novembre 2019 nn. 28991 e 28992 ed è ripreso, tra le altre, successivamente da Cass. 31 agosto 2020 n. 18102; Cass. 26 novembre 2020 n. 26907; Cass. 29 marzo 2022 n. 10050; Cass. 25 gennaio 2023 n. 2353.

[87] Secondo la giurisprudenza di legittimità, nell'illecito civile/inadempimento la cosiddetta "causalità materiale" presenta "rilevanti analogie" con quella penale (artt. 40 e 41 cod. pen.) perché in entrambi i casi si accerta che una condotta (omissiva o commissiva) produce un fatto (il reato e il danno-evento) cfr. ad es. Cass. 11 novembre 2020 n. 25288; Cass. 27 settembre 2018 n. 23197; Cass., sez. un., 11 gennaio 2008 nn. 576 e 581.

Nella causalità omissiva, l'accertamento del nesso eziologico segue le medesime regole e si fonda su un giudizio controfattuale che sostituisce alla condotta omessa il comportamento alternativo dovuto (causalità ipotetica) onde verificare se la condotta doverosa avrebbe assicurato apprezzabili probabilità di evitare il danno-evento v. ad es. Cass. 14 ottobre 2019 n. 25778; Cass. 19 novembre 2004 n. 21984.

[88] Cfr. sempre la giurisprudenza citata alla nota 86.

[89] Per la distinzione tra interesse strumentale e interesse finale v. *amplius* L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e «obbligazioni di mezzi» (Studio critico)*, in *Scritti II. Obbligazione e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, 141 ss.

[90] In Cass. n. 28991/2019 e Cass. n. 28992/2019 cit. non vi è alcun riferimento espresso a tale distinzione anche se ad essa si fa richiamo. Cfr. in particolare F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, in *Foro it.*, Speciali, 1, 2020, 178 secondo il quale "*le sentenze in commento riesumano la distinzione in obbligazioni di "risultato" e obbligazione di "mezzi" guardandosi bene, però, dall'adottare la nota nomenclatura*".

[91] Per l'attuale orientamento della S.C. le obbligazioni inerenti all'esercizio dell'attività professionale sono, di regola, obbligazioni di mezzi e non di risultato, in quanto il professionista, assumendo l'incarico, si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non a conseguirlo. Pertanto, nel giudizio di responsabilità del professionista, rilevano le modalità dello svolgimento della sua attività in relazione la parametro della diligenza fissato *ex* art. 1176 comma 2 cod. civ. che è quello della diligenza di media attenzione e preparazione cfr. Cass. 7 novembre 2019, n. 28629; Cass. 28 settembre 2019 n. 23449; Cass. 29 settembre 2017 n. 22849; Cass. 22 marzo 2017 n. 7309; Cass. 14 febbraio 2017 n. 3765; Cass. 16 febbraio 2016 n. 2954; Cass. 5 agosto 2013 n. 18612; Cass. 5 febbraio 2013 n. 2638; Cass. 18 luglio 2002 n. 10454; Cass. 8 agosto 2000 n. 10431; meno recentemente v., *ex multis*, Cass. 14 agosto 1997 n. 7618; Cass. 18 novembre 1996 n. 10068; Cass. 25 marzo 1995 n. 3566; Cass. 8 maggio 1993 n. 5325; Cass. 19 maggio 1988 n. 3463; Cass. 3 agosto 1968 n. 2791. Nella giurisprudenza di merito v. ad es. Trib. Milano 3 settembre



La S.C. ha dunque creato una *summa divisio*: per le obbligazioni di dare e di fare (non professionale) il nesso causale è assorbito, sia pure in astratto, nell'allegazione dell'inadempimento (v. *retro*) e dunque non va provato dal creditore. La suindicata distinzione tra interesse strumentale e interesse presupposto, impone invece al creditore di una prestazione di fare professionale, anche la prova del nesso causale cd. materiale poiché esso costituisce un ulteriore elemento della fattispecie di responsabilità in quanto il danno evento (ad es. la lesione della salute o la mancata vittoria della causa) potrebbe dipendere non già dalla inosservanza rispetto delle *leges artis*, ma da una causa diversa dall'inadempimento.

Tale relazione può essere dimostrata anche per presunzioni deducendola da fatti noti [92]. Secondo la giurisprudenza più recente il ricorso alla prova presuntiva va agevolato perché in grado di attenuare la condizione di maggiore difficoltà probatoria in cui normalmente versa il creditore della prestazione professionale rispetto al creditore di qualunque altra prestazione [93]. Sembra dunque avvertita l'esigenza di coniugare l'inasprimento degli oneri di allegazione e prova, sovente decisivo nel contenzioso in ambito professionale, ove la causalità è di frequente incerta, con agevolazioni del ricorso alla prova presuntiva e a massime di comune esperienza.

2019 n. 7957 Trib. Trapani 28 agosto 2019; Trib. Brescia 10 gennaio 2019; Trib Sassari 27 febbraio 2018; Trib. Milano 11 settembre 2017; Trib. Roma 11 aprile 2016 e Trib. Trento 29 marzo 2016.

Il professionista non può garantire l'esito favorevole auspicato dal cliente, né può desumersi l'inadempimento dal mancato raggiungimento del risultato sperato cfr. Cass. 22 febbraio 2021 n. 4655 in mot.; Cass. 10 giugno 2016 n. 11906; Cass. 20 maggio 2015 n. 10289.

Per affermare la responsabilità dell'avvocato, il creditore cliente dovrà provare la diversa difesa che il professionista avrebbe dovuto adottare dalla quale sarebbero conseguiti vantaggi al cliente (Cass. n. 4655/2021 cit. e Cass. 11 agosto 2005 n. 16846) tenendo comunque conto del fatto l'avvocato deve considerarsi responsabile nei confronti del proprio cliente, ai sensi degli artt. 2236 e 1176 cod. civ. in caso di incuria o di ignoranza di disposizioni di legge ed, in genere, nei casi in cui, per negligenza o imperizia, compromette il buon esito del giudizio, mentre nelle ipotesi di interpretazione di leggi o di risoluzione di questioni opinabili, deve ritenersi esclusa la sua responsabilità, a meno che non risulti che abbia agito con dolo o colpa grave (Cass. n. 4655/2021 cit. e Cass. 10 giugno 2016 n. 11906).

Grava sull'avvocato l'onere probatorio di aver osservato il suo obbligo di diligenza qualificata ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1176, comma 2, e 2236 cod. civ. e perciò di aver sollecitato, dissuaso e informazione il cliente su tutte le questioni di fatto e di diritto, comunque insorgenti, ostative al raggiungimento del risultato o comunque produttive del rischio di effetti dannosi; di averlo sconsigliarlo dall'intraprendere o proseguire il giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole (Cass. n. 4655/2021 cit.).

Tuttavia, anche un accertamento dell'inadempimento dell'avvocato non determina una sua responsabilità risarcitoria tutte le volte in cui difetta la prova del nesso di causalità gravante sul cliente tra la condotta inadempiente e il danno lamentato cfr. Cass. n. 4655/2021 cit.; Cass. 6 luglio 2020 n. 13873 del 2020 e Cass. 5 febbraio 2013 n. 2638.

Accanto alle tradizioni obbligazioni di "mezzi", possono darsi ipotesi di obbligazioni "di risultato" gravanti sul professionista forense, quali ad esempio quelle inerenti all'attività di redazione dei pareri *pro veritate*; in tal caso il professionista si obbliga a fornire al cliente tutti gli elementi di valutazione necessari e gli opportuni suggerimenti al fine di adottare decisioni consapevoli, all'esito di un apprezzamento ponderato dei costi e dei benefici così Cass. 14 novembre 2002 n. 16023; cfr. anche Cass. 23 febbraio 2011 n. 4422 che ha escluso la responsabilità dell'avvocato incaricato di presentare la denuncia di successione che non abbia informato i clienti della possibilità di accettare l'eredità con beneficio di inventario.

[92] V. *ex multis* Cass. nn. 28991/2019 cit. e Cass. n. 28992/2019 cit.; Cass. 15 giugno 2020 n. 11599; Cass. 25 agosto 2020 n. 17696; Cass. 11 novembre 2020 n. 26905; Cass. 26 novembre 2020 n. 26907; Cass. 29 marzo 2022 n. 10050; Cass. 25 gennaio 2023 n. 2353.

[93] Cass. n. 26907/2020 cit. secondo cui la prova presuntiva può estendersi anche al nesso di causalità giuridica; cfr., altresì Cass. 14 novembre 2019 n. 29498.

Così, ad esempio, la S.C. ha confermato la decisione di merito secondo cui non avendo la paziente alcuna infezione all'occhio prima del suo accesso in ospedale per l'operazione e avendo subito a causa della operazione il bendaggio dell'occhio su cui potevano intervenire, per la rimozione delle medicazioni e la loro sostituzione, soltanto i medici e il personale dell'ospedale, l'infezione dalla quale era risultata affetta all'uscita dell'ospedale era dovuta, secondo un ragionamento probabilistico, ad una falla nella attuazione dei protocolli di sepsi Cass. 15 giugno 2020 n. 11599.



3.1. – Il nuovo orientamento sostenuto dalla S.C. non convince sotto diversi profili.

In primo luogo non sembra sussistere uno statuto normativo differenziato per le obbligazioni di diligenza professionale che possa ripercuotersi sui temi di prova del creditore, in virtù del quale grava sul danneggiato, in aggiunta all'allegazione di un inadempimento astrattamente efficiente alla produzione del danno [94], l'onere di provare preliminarmente il nesso di causalità materiale tra condotta del debitore ed evento di danno [95] il cui mancato assolvimento impedisce di valutare il comportamento del professionista e fa ricadere sul cliente il rischio della causa ignota.

A differenza dell'illecito civile *ex* art. 2043 cod. civ., nella struttura dell'art. 1218 cod. civ. – unica norma che disciplina la responsabilità contrattuale e quindi anche quella dei professionisti intellettuali – l'inadempimento al vincolo contrattuale è un dato presupposto e il tema di prova grava tutto sul debitore il quale, per liberarsi dalle sue conseguenze (risarcimento dei danni) è tenuto a provare o che difetta lo stesso presupposto della prima parte della norma e cioè l'inadempimento [96] ovvero che, pur sussistendo, si è verificato per una causa esterna, imprevedibile e/o inevitabile non a lui imputabile (seconda parte della norma) [97].

---

[94] Non sembra che la Terza Sezione della S.C. si sia discostata dall'orientamento di Cass. sez. un. n. 577/2008 cit. in punto di allegazione dell'inadempimento.

[95] Sull'autonoma rilevanza del nesso causale materiale in ambito contrattuale si registra un forte dibattito dottrinale che non può essere approfondito in questa sede.

Sia sufficiente osservare che, per una parte della dottrina, il nesso causale cd. materiale (o di fatto) individua il soggetto fatto responsabile nell'illecito aquiliano in presenza di una interferenza occasionale tra due o più soggetti, ma analoga problematica non emerge nella responsabilità contrattuale ove il mancato soddisfacimento dell'interesse del creditore è ascrivibile, in forza del vincolo giuridico preesistente, direttamente al debitore cfr. C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice*, *op. cit.*, 881, 884. L'obbligazione risarcitoria, in altri termini, deriva non già da un rapporto autonomo, ma da uno stadio patologico del rapporto giuridico preesistente, F. PIRAINO, *Causalità e responsabilità contrattuale (tenzone tra un giudice e un professore). Parte II: la causalità materiale e obbligazioni di* facere *professionale*, in *Foro it.*, 11, 2022, 322, 323; cfr. anche Cfr. anche A. PROCIDA MIRABELLI di LAURO, *La terza sezione e la strana teoria dell'inadempimento ... extracontrattuale*, in *Danno resp*., 2019, 252.

Perciò la tesi del doppio ciclo causale, uno relativo all'evento dannoso (cd. causalità costitutiva) e uno relativo alla impossibilità di adempiere (cd. causalità estintiva) è autocontraddittoria perché la prima sequenza causale esclude la seconda e viceversa. Una volta dimostrato, ad esempio, che l'aggravamento o l'insorgenza della patologia nel paziente dipendono causalmente dalla condotta del professionista o da un aspetto organizzativo della struttura, è inconcepibile la prova dell'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore così C. CASTRONOVO, op. ult. cit., 884.

Cfr. anche R. SIMONE, *Ombre e nebbie di San Martino: la causalità materiale nel contenzioso sanitario (nota a Cass. 11 novembre 2019, nn. 28992 e 28991)*, in *Foro it*., 2020, I, 218.

[96] Cfr. G. D'AMICO, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2019, 24; I.A. CAGGIANO, *La prova liberatoria*, in *Il regime probatorio della responsabilità per inadempimento*, *op. cit.*, 411 ss. la quale osserva, peraltro, che nelle applicazioni concrete la prova liberatoria della impossibilità non imputabile è quasi sempre neutralizzata dall'accertamento dell'esatto adempimento del debitore.

Cfr. anche F. PIRAINO, *Travisamenti pretori*, *op. cit.*, 2000 ss. Secondo l'A. "*i danni risarcibili in sede di responsabilità contrattuale sono ... ora inclusi nell'oggetto dell'obbligazione* [danni primari o intrinseci], *ora correlati ai primi con un grado di probabilità tale da poterli considerare perdite ulteriori di carattere tipico* [danni consequenziali o estrinseci]", donde non sussisterebbe alcuno spazio autonomo per la causalità materiale rilevante solo in sede aquiliana.

[97] Cfr. G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, 15, 16, 17 il quale evidenzia che l'adempimento include le attività preparatorie all'esecuzione della prestazione e perciò costituisce inadempimento anche il non avere previsto ed evitato cause che possano ostacolare l'esatta esecuzione della prestazione dovuta. L'A. propone i seguenti esempi: l'improvvisa interruzione della corrente elettrica che ha impedito al sanitario di svolgere correttamente l'intervento chirurgico in una sala operatoria priva di un gruppo elettrogeno che prevenisse prudentemente evenienze del genere e l'improvvisa indisponibilità di farmaci sul mercato necessari a praticare una terapia secondo i protocolli vigenti dovuta al negligente mancato ripristino delle scorte di quei prodotti farmaceutici.

Cfr. anche A. M. BENEDETTI, *Verso una "medicalizzazione" della responsabilità contrattuale? Esercizi di (discutibile) riscrittura dell'art. 1218 c.c.*, in *Giustiziacivile.com*, 28 gennaio 2020, 7 il quale osserva che "*la professionalità della prestazione (e del debitore) riduce l'area degli eventi straordinari e imprevedibili che, da soli, possono aver determinato i danni conseguenza, rendendo così più difficile al debitore sottrarsi al risarcimento*".



Sembra inoltre difficile conciliare la posizione espressa dalle Sezioni Unite (nel 2001 e poi nel 2008) in punto di mera *allegazione* dell'inadempimento con l'onere della prova del cd. nesso di causalità materiale da parte del creditore.

Se, come precisa la stessa S.C., il nesso eziologico costituisce un giudizio *a posteriori* tra fatti e non una categoria *a priori*, oggettivamente accertabile, sicché la prova del nesso di causa, in realtà, si incentra sui fatti materiali, rispetto ai quali si fonda il ragionamento ricostruttivo (nomologico/deduttivo) del nesso [98], allora il problema dell'accertamento della causalità non può scindersi dal primo polo della relazione causale, ossia dai fatti che concretano l'inadempimento [99].

Offrire la prova in concreto del collegamento causale tra più eventi, implica non già la mera allegazione, ma la dimostrazione dei fatti posti alla base della sequenza, a partire dalla condotta del debitore che si assume inadempiente [100], ancorché mediante il ricorso alla prova presuntiva (ad es. individuazione del comportamento tenuto, difformità da quello esigibile dal professionista in concreto, anche alla luce delle linee guida e raccomandazioni ove esistenti, assenza di fattori alternativi prevalenti più probabili rispetto al trattamento errato con riguardo all'evento di danno, lesione conseguentemente subita [101]).

L'affermazione del predetto principio di diritto sembra perciò esigere, nella sostanza, una vera e propria prova (sia pure indiretta *ex* art. 2729 cod. civ.) dell'inadempimento (dannoso) da cui la sequenza causale prende avvio [102], in difformità dei principi di distribuzione dell'onere probatorio previsti dagli artt. 2697 e 1218 cod. civ. per come affermati dalle Sezioni Unite (v. *retro* i par. 2.1 e 2.4).

Il ricorso alla prova presuntiva *ex* art. 2729 cod. civ. [103], valorizzato dalla S.C., si fonda su inferenze logiche, le quali muovono da indizi gravi, precisi e concordanti per risalire al fatto ignoto da provare [104] (nella

---

Nel senso che la causa non imputabile vada intesa come fatto non dipendente dalla colpa del debitore, come prescrive la Rel. n. 571 al c.c., v. I.A. CAGGIANO, *op. cit.*, 386 ss.

[98] Cfr. Cass. 20 febbraio 2018 n. 4024.

[99] M. MAGLIULO, R. PARDOLESI, *op. cit.*, 269.

[100] M. MAGLIULO, R. PARDOLESI, *op. cit.*, 265, 266.

[101] Osserva G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, *op. cit.*, 354 "*dare la "prova" di quest'ultimo* [ossia del nesso causale] *significherebbe – naturalmente – dover dimostrare una sequenza concreta di eventi (sino a quello finale, che rappresenta il danno), tra i quali sia possibile istituire (e dimostrare l'esistenza di) nessi di collegamento e/o di derivazione. Ma come si fa a "provare" (in concreto) tali nessi se non si sono prima "provati" (perché non si era tenuti a farlo), nel loro effettivo e specifico svolgimento, i singoli fatti della sequenza (e, in particolare, il fatto che si pone all'origine della sequenza medesima)?*". L'onere di allegazione dell'inadempimento e delle conseguenze dannose non può che corrispondere a un onere di allegazione del nesso di causalità come sostenuto dalle sezioni unite, diversamente si creerebbe una evidente incoerenza logica. Cfr. parimenti A. PLAIA, *op. cit.*, 350.

[102] Cfr. nella stessa prospettiva sostenuta dagli autori citati in precedenza L. MODICA, *op. cit.*, 296; F. PIRAINO, *Causalità e responsabilità contrattuale*, *op. cit.*, 344. Sotto il profilo processuale cfr. G. GIOIA, *op. cit.*, 231 ss. la quale osserva che in mancanza di indicazione degli specifici fatti che concretano l'inesatto adempimento, necessari anche per l'accertamento del nesso eziologico, la domanda risarcitoria sarebbe nulla per carente *causa petendi ex* art. 163, n. 4 c.p.c.

[103] Cfr. in dottrina F. MACARIO, *Prova del nesso di causalità e responsabilità medica: una pregevole sentenza della Cassazione*, in *Foro it.*, Speciali, I, 2020, 162 ss. che condivide l'orientamento della S.C. ed evidenzia la centralità della CTU e della prova presuntiva nelle controversie più complesse. Nello stesso senso v. anche E. IANNELLO, *op. cit.*, 42 ss.

[104] Precisa G. TRAVAGLINO, *Nesso causale e prova presuntiva*, in *Il ragionamento presuntivo*, *op. cit.*, 278 che il risultato della prova presuntiva si sostanzia "*nell'affermazione/negazione della verità di un fatto come conseguenza indiretta e probabile di un altro fatto*".

Per i requisiti della prova presuntiva v. per tutte Cass. sez. un. un., 24 gennaio 2018 n.1785 in mot. Sulla necessità che i fatti posti alla base del ragionamento presuntivo siano provati cfr. Cass. 13 maggio 2011 n. 10527. Quanto alla valutazione degli elementi indiziari cfr. Cass. 7 febbraio 2019 n. 3643.

Evidenzia S. PATTI, *Le presunzioni semplici*, *op. cit.*, 18 ss. che le parti devono poter interloquire con armi pari sulla esistenza, sulla forza probante e sulla concludenza degli indizi che fondano il ragionamento presuntivo sicché l'A. critica la giurisprudenza che costruisce presunzioni semplici manifestate solo momento della decisione senza assicurare il contraddittorio alle parti *ex* art. 101 c.p.c. valorizzando fatti desunti dagli elementi obiettivi acquisiti in giudizio.



specie, la condotta del professionista quale causa del danno-evento dedotto dal paziente); il requisito della precisione indiziaria impone allora al danneggiato, non già di dedurre un inadempimento qualsiasi, bensì di descrivere puntualmente e dimostrare plurime circostanze di fatto indizianti certe dalle quali muovere il ragionamento presuntivo, tra cui non possono omettersi i diversi profili in cui si concreta l'errore (commissivo e/o omissivo) del professionista [105].

Anche il requisito della gravità indiziaria che attiene alla idoneità dimostrativa del singolo fatto indiziante rispetto a quello da provare, non può prescindere dai profili dell'inesatto adempimento (ad es. l'omissione pluriennale di diagnosi in tanto rileva eziologicamente, in quanto l'esito fausto/infausto della patologia, come quello dedotto dal paziente, dipenda scientificamente dalla tempestività diagnostica).

La concordanza, nel postulare la valutazione complessiva di tutti gli indizi raccolti in giudizio (sia favorevoli che sfavorevoli al creditore) tali da condurre alla affermazione dell'esistenza/inesistenza del fatto ignoto (da provare in termini di preponderanza dell'evidenza), imporrà anch'essa al cliente di fare riferimento prudenzialmente sia agli errori compiuti dal professionista sia all'assenza di cause alternative più probabili del danno rilevanti in giudizio (ad es. assenza di condizioni di salute preesistenti che potessero condurre all'esito infausto, a prescindere dal ritardo diagnostico).

In altri termini, affinché possano trovare applicazione, in concreto, i requisiti della prova presuntiva l'attore deve avere già precostituito degli elementi circa l'inadempimento che, in molti casi, per acquistare forza probatoria richiedono esclusivamente qualche chiarimento e l'avallo del CTU. Sono solo le modalità concrete di svolgimento della prestazione che possono far presumere la causazione del danno ad opera del professionista [106].

Se si volge lo sguardo alla responsabilità professionale dell'avvocato, sembra, in effetti, che una parte della giurisprudenza non discorra semplicemente di allegazione, ma di prova dell'inadempimento (ossia delle circostanze che concretano l'errore professionale) [107] e, ancor prima di quanto emerso in ambito sanitario, ponga particolare attenzione alla prova del nesso causale tra il danno e la difettosa o inadeguata prestazione professionale, ancorché sulla base dell'equivoca matrice aquiliana della responsabilità [108] o della dicotomia obbligazioni di mezzi e risultato.

---

[105] Ad es. il giorno x il professionista non ha diagnosticato una patologia trascurando colposamente indici sospetti della sua esistenza visibili dai referti; l'anno successivo lo stesso professionista, pur avvedendosi di un mutamento della massa precedente, ha effettuato pratiche diagnostiche obsolete omettendo gli approfondimenti diagnostici dovuti secondo la letteratura scientifica; il paziente venuto a conoscenza della patologia in stato terminale, non presentava alcuno stato patologico preesistente, né è stato esposto a fattori di rischio alternativi che potessero condurre alla patologia non diagnosticata.

[106] G. GIOIA, *op. cit.*, 233 ss., la quale ricorda che, sotto il profilo processuale, la completezza della domanda sarebbe imprescindibile anche per la proposizione del ricorso per accertamento tecnico preventivo ex art. 696 *bis* c.p.c. a fini conciliativi valorizzato in ambito sanitario dall'art. 8 L. n. 24/2017.

[107] Cfr. ad es. Cass., 18 aprile 2007 n. 9238 secondo cui incombe sul cliente, il quale assume di aver subito un danno, l'onere di provare, oltre alla fonte negoziale del rapporto, la difettosa o inadeguata prestazione professionale, l'esistenza del danno e il rapporto di causalità tra la difettosa o inadeguata prestazione professionale e il pregiudizio subito; il professionista è invece tenuto a dimostrare l'esatto adempimento *ex* art. 1176 cod. civ. o la impossibilità di adempiere per causa a sé non imputabile *ex* art. 1218 cod. civ, ferma la limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 cod. civ. V. anche Cass. 29 settembre 2009 n. 20828; Cass. 6 gennaio 2009 n. 25271 e Trib. Milano 20 febbraio 2020, n. 1640, in *DeJure*. In senso opposto, più di recente, v. però Cass. 7 gennaio 2021 n. 56 in *Danno e resp.*, 4, 2021, 421 ss. con nota critica di M. GUASTADISEGNI, *La responsabilità dell'avvocato per inesattezza dell'inadempimento: analisi critica e prospettive*, secondo la quale al cliente spetta soltanto l'onere di allegare l'omissione dell'avvocato (nella specie, relativa alla tardiva produzione di documenti rilevanti in un procedimento arbitrale), mentre grava sul professionista provare l'esatto adempimento ossia di avere osservato la dovuta diligenza nell'adempimento dell'incarico, estesa anche ai doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione.

[108] Cfr. M. GUASTADISEGNI, *op. cit.*, 493 e 494 che discorre di un microsistema complesso e contraddittorio dove coesistono i due modelli di responsabilità perché convivono profili soggettivistici (diligenza professionale) e oggettivistici (obblighi di risultato come quelli informativi).



In definitiva, seppure la giurisprudenza in tema di inesatto adempimento dell'obbligazione di fare professionale continui a discorrere formalmente di *allegazione* dell'inadempimento, sembra che, in realtà, ne esiga la prova nella misura in cui impone al creditore di provare la necessaria derivazione causale del danno dal comportamento inesatto del debitore, sia pure in via presuntiva; ed è tale profilo, quello della inadeguatezza della prestazione professionale che non consente di soddisfare il credito [109], a concretare l'elemento essenziale (e dunque costitutivo) perché sorga la responsabilità.

Non sembra inoltre corretto, come attualmente sostiene la Suprema Corte, che in tutte le obbligazioni del professionista manchi sempre un risultato finale "certo" [110] individuabile in quelle caratterizzate dalla natura vincolata dell'attività da prestare [111], come le prestazioni dell'agente immobiliare [112], dell'ingegnere o architetto nella redazione di un progetto [113] e diversamente da quanto accade per alcune prestazioni professionali dell'avvocato [114].

Se è corretto affermare che in molteplici ipotesi anche il professionista si obbliga a raggiungere un risultato vincolato e predeterminato *ex ante*, non sembra vera la reciproca e cioè che la prestazione professionale sia priva di un risultato "finale" o, meglio, come sostiene attualmente la S.C., che il risultato finale perseguito dai contraenti (guarigione dalla malattia o vittoria della causa) comune alle parti, si colloca al di fuori del rapporto obbligatorio, il cui unico oggetto è la perizia del debitore *ex* art. 1176, comma 2 cod. civ. strumentale al raggiungimento dell'interesse finale o presupposto.

In ogni obbligazione, sia pure in quantità variabili, sono sempre compresenti la diligenza intesa come impegno e regola di comportamento del debitore e un risultato [115] *ex* art. 1174 cod. civ.; il risultato perseguito dal creditore costituisce, difatti, una utilità aggiuntiva alla condotta strumentale del debitore – non potendo identificarsi con essa – e alle utilità già presenti nella propria sfera giuridica [116] (salvo che negli obblighi di protezione, ove reputati configurabili [117]).

Risultato che ben può essere concordato e predeterminato *ex ante* tra le parti: si pensi alla medicina estetica o alla prevenzione di talune gravi patologie (come quelle oncologiche). In questi casi il paziente si rivolge al medico (o alla struttura sanitaria) per ottenere, ad esempio, un naso diverso o per prevenire/scoprire precocemente l'insorgenza di un carcinoma tramite specifici programmi di screening.

---

[109] Cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, *op. cit.*, 188, 222, 223.

[110] Si veda infatti per il maestro di sci quanto affermato da R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Sulla fine della storia del facere professionale*, in *Foro it.*, 5, 2020, 1608 ss. i quali, nell'annotare Cass. 18 febbraio 2020 n. 4009, osservano che appare difficile ravvisare profili di incertezza o esiti ingovernabili nella esecuzione della prestazione del maestro di sci, diversamente da quella di un medico o di un avvocato cui si estende l'orientamento in esame.

[111] Cass. 13 ottobre 2017 n. 24074; Cass. 17 giugno 2016 n. 12516; Cass. 29 luglio 2010 n. 17694; Cass. 29 settembre 2009 n. 20806.

[112] Cass. 16 aprile 2021 n. 10158.

[113] Cass. 16 ottobre 2020 n. 22576.

[114] Cass. 20 maggio 2015 n. 10289; Cass. 28 febbraio 2014 n. 4790; Cass. 7 febbraio 2014 n. 2863; Cass. 5 agosto 2013 n. 18612; Cass. 14 agosto 1997 n. 7618.

[115] Cfr. chiaramente Cass. sez. un. 28 luglio 2005 n. 15781 cit.; in dottrina cfr. *amplius* L. MENGONI, *op. cit.* 141 ss.; cfr. anche G. SICCHIERO, *Dalle obbligazioni "di mezzi e di risultato" alle "obbligazioni governabili o non governabili"*, *op. cit.*, 1414 ss.

[116] Cfr. F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale*, *op. cit.*, 185, 186, il quale significativamente osserva che la S.C. ridisegna la responsabilità contrattuale per inadempimento delle obbligazioni di fare professionale invocando concetti propri della responsabilità aquiliana "*come un problema di imputazione oggettiva e soggettiva di un danno provocato da una catena di eventi messa in moto dall'imperizia del debitore, invece che come un problema di recupero per equivalente di un risultato dovuto e non conseguito*".

[117] Cfr. in prospettiva critica alla teoria degli obblighi di protezione e alla teoria della obbligazione senza prestazione le acute riflessioni di M. ORLANDI, *op. cit.*, 1003 ss.



L'eventuale inadempimento produce allora un evento di danno certo che sarà di volta in volta, a carattere estetico ovvero biologico per aggravamento delle condizioni di salute del paziente.

Tenuto conto del fatto che ormai ciascuna patologia ha un suo specifico protocollo di cura, tale risultato potrà essere desunto dalle percentuali statistiche di successo del sistema di cura praticato [118].

Se, ad esempio, un intervento chirurgico di appendicite o di cataratta eseguito a regola d'arte si risolve nella pressoché totalità dei casi con esito positivo, il risultato richiesto dal creditore e promesso dal medico-chirurgo (o struttura) e quindi concordato tra le parti, sarà la completa guarigione del paziente che si è sottoposto a tale intervento.

Non sempre però è possibile pervenire alla guarigione.

Vi sono ancora malattie incurabili per le quali la medicina riesce soltanto ad assicurare una più lenta progressione ovvero a eliminare la sintomatologia dannosa.

Si pensi alle cure palliative in caso di malattia oncologica nello stadio finale. Qui non è ipotizzabile una guarigione, ma un risultato più modesto e limitato: evitare l'insorgenza di sintomatologie dolorose per garantire al paziente affetto da una patologia a esito infausto una migliore qualità della vita.

Lo stesso vale per la prestazione dell'avvocato.

Non sempre il cliente si avvale di tale prestazione per vincere la causa, ma anche per ottenere risultati più modesti: ad esempio, per conseguire un rigetto soltanto parziale della domanda proposta nei suoi confronti o addirittura soltanto per guadagnare tempo al fine di recuperare la provvista necessaria a far fronte al pagamento giudizialmente richiesto.

Insomma, il risultato della prestazione sanitaria o legale è interno al rapporto cliente-professionista e variabile a seconda delle circostanze del caso concreto.

L'indirizzo giurisprudenziale criticato sembra trascurare altresì che tra il cliente e il professionista intercorre un rapporto giuridico da cui insorgono in capo al debitore della prestazione professionale una serie di obblighi conoscitivi e informativi.

Prima di scegliere la strategia difensiva o il trattamento terapeutico, l'avvocato e il sanitario sono tenuti ad acquisire tutte le informazioni necessarie per predisporre la miglior difesa e la miglior cura [119]; a individuare i profili di rischio a cui il creditore è esposto attraverso esame della documentazione o la richiesta di indagini strumentali e, soltanto dopo aver svolto tali attività, sono in grado di rappresentare al cliente i rischi, le strategie astrattamente adottabili nel caso concreto e le percentuali di successo (totale o parziale) conseguenti alla scelta dell'una o dell'altra per conseguire il miglior risultato.

Non a caso, il cliente dovrà prestare il proprio consenso informato alla proposta di trattamento sanitario o della strategia difensiva previa valutazione di tutti i rischi connessi individuati con specifico riferimento al caso concreto. Il vantaggio che eventualmente seppur con margini di rischio il professionista ritiene di poter realizzare, una volta accettato, diviene il risultato della sua prestazione.

---

[118] G. D'Amico, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di "assestamento"*, in *Foro it.*, Speciali, 1, 2020, 156, osserva che "*l'alta vincolatività che caratterizza le procedure di accertamento e di cura di alcune patologie consente di istituire una presunzione di responsabilità, nel senso della sussistenza di un sicuro nesso causale (salva soltanto l'esimente del caso fortuito) tra il mancato risultato e la violazione delle* leges artis *da parte del debitore… dire che l'allegazione di un inadempimento del debitore non comporti la prova del danno evento significherebbe smentire che ci si trovi di fronte a prestazioni "ad alta vincolatività" … ossia a prestazioni in cui il "risultato" (positivo) consegue sempre alla prestazione diligente e perita, onde l'inadempimento è di per sé eziologicamente determinante*".

[119] In particolare, attraverso l'anamnesi, il sanitario individua eventuali profili di rischio del paziente per familiarità, allergie, eccetera.



Del resto, che il risultato sia interno al rapporto lo si desume altresì dal fatto che qualora non siano configurabili serie possibilità di utilità, il professionista è tenuto a dissuadere il cliente dal prestare il consenso all'esecuzione di prestazioni altamente rischiose [120].

Il raggiungimento del risultato da parte del debitore può a sua volta presentare margini di rischi variabili; potranno verificarsi ipotesi di obbligazioni per loro natura ingovernabili, ad altissimo rischio a causa dell'incertezza e imperfezione dell'arte, in cui l'inadempimento non dipende tanto da negligenza o incapacità da parte di chi la esercita, bensì piuttosto da *error scientiae* [121] da differenziare dalle obbligazioni governabili in cui l'incidenza del rischio di raggiungimento del risultato può essere quasi nullo (obbligazioni routinarie) o relativamente elevato (obbligazioni non routinarie).

È con l'art. 2236 cod. civ. che il legislatore ha sciolto il "nodo gordiano" dei rapporti tra diligenza e responsabilità professionale escludendo che per le sole obbligazioni non governabili o altamente rischiose possa valere la responsabilità per colpa lieve [122].

La (parziale) limitazione di responsabilità del professionista intellettuale nella soluzione di problemi che implichino il ricorso al sapere tecnico incerto risponde infatti al contemperamento di due opposte esigenze: quella «di non mortificare l'iniziativa del professionista, col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso, e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista» [123].

La norma speciale dettata dall'art. 2236 cod. civ. [124] ha dunque portata circoscritta e non deroga la disciplina dell'art. 1218 cod. civ. con riguardo agli oneri probatori.

---

[120] Cfr. sul dovere dell'avvocato di dissuadere il cliente dall'intraprendere una causa temeraria v. Cass. 23 giugno n. 13008 o infondata v. Cass. 12 maggio 2016 n. 9695; Cass. 2 luglio 2010 n. 15717.

Cfr. anche sulla estensione (e limiti) del dovere di consiglio ovvero di dissuasione in ambito notarile v. ad es. Cass. 15 febbraio 2022 n. 4911; Cass. 29 luglio 2019 n. 20297; Cass. 24 ottobre 2017 nn. 25111 e 25113; Cass. 18 maggio 2017 n. 12482; Cass. 13 giugno 2017 n. 14618.

[121] Sulla distinzione obbligazioni governabili e non governabili si rinvia diffusamente a G. SICCHIERO, *op. cit*., 1393 e ss. ivi ulteriori riferimenti dottrinali.

[122] L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964, III, 27 ss.

[123] Così la Relazione al Codice Civile n. 917.

[124] Secondo Cass. 20 ottobre 2014 n. 22222 all'art. 2236 cod. civ. non va assegnata rilevanza alcuna ai fini della ripartizione dell'onere probatorio, incombendo in ogni caso al medico dare la prova della particolare difficoltà della prestazione, giacché la norma in questione implica solamente una valutazione della colpa del professionista in relazione alle circostanze del caso concreto. Anche secondo Cass. 25 settembre 2012 n. 16254 la diligenza esigibile dal professionista o dall'imprenditore, nell'adempimento delle obbligazioni assunte nell'esercizio delle loro attività, è una diligenza speciale e rafforzata, di contenuto tanto maggiore quanto più sia specialistica e professionale la prestazione a loro richiesta. Nella controversia concernente l'inadempimento contrattuale del professionista, pertanto, questi, per andare esente da un giudizio di condanna, ha l'onere di provare che l'insuccesso è dipeso da causa a lui non imputabile anche quando la prestazione richiestagli richiedeva la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, posto che problemi speciali esigono dal professionista una competenza speciale. Né a tale conclusione osta l'art. 2236 cod. civ., il quale non esonera affatto il professionista-debitore da responsabilità nel caso di insuccesso di prestazioni complesse, ma si limita a dettare un mero criterio per la valutazione della sua diligenza. Cfr. anche Cass. 13 aprile 2007 n. 8826; Cass. 9 novembre 2006 n. 23918; Cass. 22 aprile 2005 n. 8546; Cass. 28 maggio 2004 n. 10297; Cass. 21 giugno 2004 n. 11488. Cfr. anche più di recente Cass. 15 giugno 2018 n. 15732 e Cass. 19 maggio 2020 n. 9181, entrambe in mot. e in tema di appalto.

Per il rapporto di integrazione per complementarietà e non già di specialità tra artt. 1176 e 2236 cod. civ. v. Cass. 25 gennaio 2001 n. 499.

In dottrina cfr. per tutti G. MUSOLINO, Sub. art. 2236, in *Codice Civile. Commentario*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 2014, 498 ss. e ivi ulteriori riferimenti. L'A., attraverso una interpretazione sistematica e storica dell'art. 2236 c.c., osserva che, sotto il profilo soggettivo, "*incorre in colpa grave il professionista che non adotta le cautele e mostra di ignorare e non applicare le cognizioni che ogni professionista di quel settore (ed eventualmente in possesso di quella specializzazione) deve adottare e conoscere. Non necessariamente, dunque, si tratta di eventi e mancanze eccezionali, macroscopiche in assoluto: in tale accezione rientra ogni disattenzione*



L'indicata disposizione esclude la responsabilità del professionista limitatamente alla imperizia tecnica [125] e solo nella soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà [126], la cui prova grava sul convenuto perché lo specialista [127] conosce le regole dell'arte e la particolare situazione del caso concreto; per tutte le altre ipotesi, invece, il professionista risponde egualmente anche per colpa lieve (da imprudenza e da negligenza) [128].

Dall'art. 2236 cod. civ., pertanto, non può ricavarsi una disciplina differenziata con riguardo al regime probatorio della responsabilità professionale rispetto all'art. 1218 cod. civ. poiché quando il debitore invoca l'art. 2236 cod. civ. deduce semplicemente un fatto impeditivo della responsabilità che ha l'onere di provare in giudizio per giovarsi dell'effetto favorevole della richiamata disposizione.

Il regime probatorio della responsabilità per inadempimento resta identico sia nelle prestazioni in cui il debitore invoca i problemi tecnici di speciale difficoltà *ex* art. 2236 cod. civ., sia nelle prestazioni routinarie in cui il risultato è pressoché certo e pertanto idonee a fondare una presunzione di inadempimento [129], sia in quelle non routinarie perché tale dicotomia è stata abbandonata dalla giurisprudenza della Suprema Corte [130] che ha a più riprese affermato "*sotto il profilo della ripartizione degli oneri probatori* [va superata] *ogni distinzione tra interventi "facili" e "difficili", in quanto l'allocazione del rischio non può essere rimessa alla*

---

e ignoranza che normalmente non ci si attende da un professionista di pari livello"; sotto il profilo oggettivo, la disposizione viene in rilievo ove "*l'opera liberale, comporta l'individuazione e la soluzione di questioni complesse e incerte …*" ove "*la peculiarità dell'oggetto segna il discrimine nella valutazione dell'inadempimento, facendo scattare la limitazione di responsabilità, addebitabile nei soli casi di dolo o di colpa grave*".

[125] Corte cost. 28 novembre 1973 n. 166; Cass. 1° agosto 1996 n. 6937 in mot.

[126] Cfr., recentemente, Trib. Mantova, sez. I, 24 maggio 2022 n. 430 in *Dejure* secondo cui l'inadempimento del contratto di mandato professionale dell'avvocato non può essere desunto dal solo mancato raggiungimento del risultato utile avuto di mira dal cliente, ma deve essere valutato alla stregua dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale ed in particolare al dovere di diligenza richiesto dalla natura dell'attività esercitata *ex* art. 1176, comma 2, c.c., a meno che la prestazione professionale da eseguire in concreto non riguardi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, nel qual caso la responsabilità del professionista è attenuata, configurandosi solo nel caso di dolo o colpa grave (art. 2236 c.c.). In materia di responsabilità sanitaria, cfr. Cass. n. 6141/1978 cit. secondo cui l'art. 2236 cod. civ. è invocabile nei casi "*non ancora sperimentati o studiati a sufficienza, o perché non ancora dibattuti con riferimento ai metodi terapeutici da seguire*" (ad es., Covid 19 nella prima fase della pandemia).

[127] La S.C. ha chiarito che tanto più è specialistica e professionale la prestazione richiesta, tanto maggiore dovrà essere la scrupolosità del professionista nell'adempimento e la sua diligenza qualificata *ex* art. 1176, comma 2 e 2236 cod. civ. (cfr. tra le tante Cass. 6 maggio 2020 n. 8494 in tema di responsabilità dell'avvocato; Cass. 4 novembre 2013 n. 24801, Cass. 9 ottobre 2012 n. 17143 Cass. n. 8826/2007 cit. in tema di responsabilità sanitaria; Cass. 20 luglio 2005 n. 15255 in tema di responsabilità del direttore dei lavori) e che, di conseguenza, il professionista deve, da un canto, valutare con prudenza e scrupolo i limiti della propria adeguatezza professionale, ricorrendo anche all'ausilio di un consulto (se la situazione non è così urgente da sconsigliarlo); e, da altro canto, adottare tutte le misure volte ad ovviare alle carenze strutturali ed organizzative incidenti sugli accertamenti diagnostici e sui risultati dell'intervento, e laddove ciò non sia possibile, deve informare il paziente, financo consigliandogli, se manca l'urgenza di intervenire, il ricovero in altra idonea struttura (Cass. n. 22222/2014 cit.; Cass. n. 8826/2007 cit.; Cass. 5 luglio 2004 n. 12273; Cass. 21 luglio 2003 n. 11316; Cass. 16 maggio 2000 n. 6318).

[128] Cfr. F. PIRAINO, *Causalità e responsabilità contrattuale (tenzone tra un giudice e un professore). Parte II: la causalità materiale e obbligazioni di* facere *professionale*, in *Foro it*., 11, 2022, 329 nel replicare a G. TRAVAGLINO, *Nessi di causa e prova presuntiva*, in *Il ragionamento presuntivo*, *op. cit.*, 320 e ad E. SCODITTI, *op. cit.*, 268.

[129] Cfr. precedente nota 118. Tuttavia, per G. D'AMICO, *L'onere della prova*, *op. loc. cit*., sembra che con riguardo alle prestazioni non routinarie, il creditore abbia sempre l'onere di provare il nesso di causalità tra inadempimento e danno. La distinzione, secondo l'A., rileva sotto il profilo della diversa ripartizione della causa ignota. Nel caso di prestazioni ad alta vincolatività o routinarie, il rischio della causa ignota grava sul debitore, in quello delle prestazioni non routinarie, invece, grava sul creditore. Per G. D'AMICO, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, *op. cit.*, 20 ss., nelle obbligazioni di mezzi, la prova *prima facie* dell'adempimento da parte del debitore farebbe gravare sul creditore l'onere di allegare e provare la causa che ha prodotto il danno (diversa da quell'adempimento) che avrebbe potuto essere prevista e/o evitata dal debitore ovvero che i suoi effetti potevano essere quanto meno attenuati dallo stesso debitore. Nelle obbligazioni di risultato graverebbe sempre sul debitore l'onere di provare la causa estranea che ha reso impossibile il conseguimento del risultato dovuto e predeterminato *ex ante*.

[130] Cass. 18 settembre 2015 n. 18307, Rel. Scarano.



maggiore o minore difficoltà della prestazione [131] *... Appare ... incoerente ed incongruo richiedere al professionista la prova idonea a vincere la presunzione di colpa a suo carico quando trattasi di intervento di facile esecuzione o routinario* [132]*, e addossare viceversa al paziente l'onere di provare l'inadempimento quando l'intervento è di particolare o speciale difficoltà ...* [133]*, in contrasto con il principio di generale favor per il creditore-danneggiato cui l'ordinamento è informato* [134].

In tali circostanze è infatti indubitabilmente il medico specialista a conoscere le regole dell'arte e la situazione specifica – anche in considerazione delle condizioni del paziente – del caso concreto, avendo pertanto la possibilità di assolvere all'onere di provare l'osservanza delle prime e di motivare in ordine alle scelte operate in ipotesi in cui maggiore è la discrezionalità rispetto a procedure standardizzate".

Pertanto, a prescindere dalla natura routinaria della prestazione, quando non è raggiunto il risultato concordato, interno al rapporto, può configurarsi quella presunzione di inadempimento che, in adesione ad autorevole dottrina [135], la Suprema Corte intravede nelle prestazioni routinarie.

Ne consegue che in caso di insuccesso, in applicazione della regola generale *ex* artt. 1218 e 2697 cod. civ. di ripartizione dell'onere probatorio fondata sul principio di c.d. vicinanza (o di riferibilità) alla prova [136], al pari di quanto accade nelle prestazioni routinarie e nei casi di speciale difficoltà, per liberarsi dalla conseguente responsabilità il professionista è tenuto a provare la causa diversa, non a lui imputabile, che ha determinato nel caso concreto il fallimento della sua scelta e, di conseguenza, il rischio della causa ignota non potrà che ricadere sul debitore.

L'esposta conclusione è avallata dalla stessa giurisprudenza della Suprema Corte nella parte in cui sostiene che le linee guida non sono né tassative, né vincolanti, non potendo prevalere sulla libertà del medico, sempre tenuto a scegliere la miglior soluzione per il paziente e che se il loro rispetto può escludere una responsabilità per imperizia, non incide sul diverso profilo di una responsabilità per imprudenza [137].

Conformemente a quanto affermato dalle Sezioni Unite del 2001 e del 2008, dunque, il creditore è tenuto soltanto a provare il titolo e il danno-conseguenza nonché ad allegare un inadempimento qualificato del debitore idoneo a produrre il danno-evento.

Tuttavia, se all'esito dell'istruttoria non sarà raggiunta la prova dell'inadempimento contestato perché il debitore è riuscito a provare il proprio adempimento, la domanda andrà rigettata non già per difetto di prova del nesso di causalità materiale tra la condotta e il danno, bensì per allegazione di un inadempimento insussistente [138].

---

[131] In senso conforme, Cass. 13 aprile 2007 n. 8826; Cass. 28 maggio 2004 n. 10297; Cass. 21 giugno 2004 n. 11488 richiamate in motivazione da Cass. n. 18307/2015 cit.

[132] Cass. 9 ottobre 2012 n. 17143; Cass. 21 luglio 2011 n. 15993; Cass. 7 giugno 2011 n. 12274. Cfr. anche Cass. 24 maggio 2006 n. 12362; Cass. 11 novembre 2005 n. 22894 richiamate in motivazione da Cass. n. 18307/2015 cit.

[133] In senso conforme, Cass. 28 maggio 2004 n. 10297; Cass. 10 maggio 2000 n. 5945; Cass. 19 maggio 1999 n. 4852; Cass. 16 novembre 1988 n. 6220; Cass. 18 giugno 1975 n. 2439 richiamate in motivazione da Cass. n. 18307/2015 cit.

[134] Cass. 20 febbraio 2006 n. 3651 richiamata in motivazione da Cass. n. 18307/2015 cit.

[135] G. D'Amico, *L'onere della prova*, *op. loc. cit*.

[136] Cass. n. 18307/2015 cit.; Cass. 9 novembre 2006 n. 23918; Cass. 21 giugno 2004 n. 11488; Cass. sez. un. 23 maggio 2001 n. 7027; Cass. sez. un. n. 13533/2001 cit.; Cass. 13 settembre 2000 n. 12103.

[137] Cass. 9 maggio 2017 n. 11208.

[138] Cfr. M. Franzoni, *Onere della prova e il processo*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2020, 195 ss., spec. 198 e 200 secondo il quale la cd. causalità in fatto collega il responsabile all'evento dannoso e, nel caso di responsabilità contrattuale, tale profilo concerne l'inadempimento; se, all'esito della CTU, l'evento di danno risulta non riconducibile causalmente alla condotta perita del debitore, vuol dire che il creditore non ha dato prova dell'inadempimento. Perciò la *ratio decidendi* di Cass. 11 novembre 2019 n. 28991 e 28992, avrebbe potuto essere diversa; esclusione della responsabilità del debitore non già perché il creditore non ha provato il nesso di cau-



Neppure sembra condivisibile l'affermazione contenuta nelle decisioni della S.C. qui criticate secondo cui l'interesse presupposto o finale costituisce ad un tempo causa del contratto che fuoriesce dall'oggetto dell'obbligazione che riguarderebbe soltanto l'interesse strumentale.

Se la causa costituisce la sintesi degli effetti in concreto programmati dalle parti, obiettivizzati nel regolamento contrattuale e tramite esso perseguiti, la riconosciuta rilevanza dell'interesse sotto il profilo causale implica che lo stesso formi oggetto dell'impegno condiviso dalle parti e assunto attraverso le rispettive obbligazioni.

Appare inconcepibile che l'interesse finale assuma un rilievo sulla causa del contratto sia pure come motivo comune e non esplichi alcun effetto sull'ampiezza dell'obbligazione [139]; se esso risulta incluso (o presupposto) dalle parti, entra a far parte del regolamento contrattuale [140] come avviene nel caso di danno non patrimoniale da inadempimento [141], eventualmente come obbligo di protezione [142]. Perché il danno da inadempimento sia risarcibile occorre che l'interesse leso costituisca una utilità dovuta dal debitore (ancorché determinabile a posteriori) inclusa nel vincolo obbligatorio.

Qualora fosse esterno ad esso, quella lesione non produrrebbe alcuna obbligazione risarcitoria, appunto perché il debitore avrebbe leso un interesse correlato a risultato non dovuto sul piano obbligatorio [143].

È stato inoltre acutamente rilevato in dottrina [144] che anche qualora non fosse stato pre-individuato il risultato atteso dal creditore, l'accertamento dell'inadempimento avviene attraverso un giudizio teleologico a posteriori in cui si compara il risultato prodotto dalla condotta del professionista contestato dal danneggiato con quello astrattamente conseguibile; attraverso una valutazione controfattuale che deve tener conto dei fattori esogeni che di volta in volta si sono manifestati, in grado di condizionare l'esito del risultato non pre-individuato, si ricercano possibili condotte alternative (il cui onere grava sul convenuto), supportate dal sapere scientifico e soltanto in caso di coincidenza tra il risultato ottenuto e quello conseguibile, potrà concludersi che quello realizzato dal debitore era il miglior risultato possibile.

Se, invece, si individuano condotte alternative in grado di far conseguire un risultato migliore (guarigione, attenuazione della patologia, vittoria della causa) rispetto a quello conseguito, ecco allora che è accertato l'inadempimento.

Il risultato dovuto viene infatti identificato a posteriori con il fine che si sarebbe ottenuto adottando mezzi diversi da quelli impiegati dal debitore.

---

salità materiale (o di fatto), ma perché ha allegato un evento che non è risultato essere un inadempimento, poiché in causa il convenuto ha fornito la prova dell'adempimento.

[139] R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di* facere *professionale: paziente in castigo*, in *Foro it.*, Speciali, 1 2020, 136 e ss.

[140] Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 452 ss.

[141] Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale innanzi alle Sezioni Unite*, in *Foro it.* 2009, I, 120 ss.

[142] L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 491 ss.

[143] F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, *op. cit*., 181 e 182.; ID, *Causalità e responsabilità contrattuale*, *op. cit*., 326. Sotto diversa angolazione osserva A. M. BENEDETTI, *op. cit*., 7 che l'interesse del creditore descritto dall'art. 1174 cod. civ. è uno solo, quello cui corrisponde la prestazione oggetto dell'obbligazione. L'eventuale bene giuridico sotteso a quell'interesse rileva nel diverso contesto della causa (o dell'oggetto) del contratto, ma non incide sull'accertamento degli elementi costitutivi della responsabilità contrattuale e sulla ripartizione dell'onere della prova.

[144] F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, *op. cit.*, 192 ss. In senso contrario A. PLAIA, *op. cit.*, 346 ss.; N. RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, in *NGCC*, 2020, 327 ss. per i quali invece il nesso eziologico (ancorché unitario e relativo alla dimensione del danno risarcibile) non è assorbito nell'inadempimento e va comunque provato dal danneggiato; cfr. però anche le repliche di F. PIRAINO, *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, in *Danno e resp*, 2020, 575 ss.



In definitiva, a meno di non voler riconsiderare i principi di diritto espressi dalle Sezioni Unite, come pure sostenuto da parte della dottrina (v. *retro* par. 2.2), il creditore non dovrebbe essere tenuto a fornire alcuna prova dell'inadempimento (sia pure, nella sostanza e indirettamente, tramite quella del nesso causale materiale), neppure attraverso presunzioni e, in ogni caso, una volta superata la distinzione tra prestazioni routinarie e non routinarie, anche per queste ultime, dovrebbe configurarsi quella presunzione di inadempimento che, a fronte di una allegazione qualificata dell'inadempimento, onera il debitore a fornire la prova liberatoria.

4. – In materia di responsabilità del datore di lavoro *ex* art. 2087 cod. civ., la distribuzione dell'onere probatorio è sostanzialmente analoga al nuovo statuto della responsabilità del professionista intellettuale (su cui v. *retro*).

Esclusa la natura oggettiva della citata responsabilità in quanto collegata alla violazione degli obblighi di comportamento imposti da norme di legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche del momento, non potendosi esigere da parte del datore di lavoro la predisposizione di misure idonee a fronteggiare le cause di infortunio imprevedibili [145], il lavoratore che agisce per il risarcimento dei danni è tenuto non soltanto ad allegare l'inadempimento datoriale, ma a provare, oltre al danno subito, anche la nocività dell'ambiente di lavoro inteso come rischio specifico cui è esposto in dipendenza dello svolgimento delle sue mansioni [146], nonché il nesso eziologico tra nocività e danno, pur restando esclusa la prova dell'inadempimento e cioè la dimostrazione della violazione, da parte del datore di lavoro, di specifiche misure antinfortunistiche – anche innominate – [147]. Soltanto all'esito dell'indicata prova (anche presuntiva), sorge per il datore di lavoro l'onere di dimostrare di avere adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del pregiudizio dedotto e provato in giudizio dal lavoratore [148].

Anche nell'ambito delle azioni risarcitorie da *mobbing*, che ha fonte contrattuale *ex* art. 2087 cod. civ. ed extracontrattuale *ex* art. 2043 cod. civ., spetta al danneggiato-lavoratore fornire una prova particolarmente rigorosa: non la semplice colpa del datore di lavoro e quindi fatti specifici lesivi, bensì, per la particolare configurazione della fattispecie [149], il dolo specifico del datore stesso e perciò che i singoli fatti lesivi, in sé illegittimi o anche legittimi, sono unificati da un disegno persecutorio preordinato alla prevaricazione [150]. Il

---

[145] Cass. 17 gennaio 2022 n. 1269; Cass. 25 gennaio 2021 n. 1509; Cass. 23 maggio 2019 n. 14066; Cass. 29 marzo 2019 n. 8911.

[146] Cass. 14 ottobre 2019 n. 28516 precisa che gli indici della nocività dell'ambiente lavorativo non sono altro che i concreti fattori di rischio specifico, circostanziati in ragione delle modalità della prestazione lavorativa, tali da differenziare la posizione del lavoratore che svolge quelle particolari mansioni rispetto al rischio generico cui va incontro qualunque individuo. Pertanto, nel caso di aggressione di un ferroviere all'interno del treno da parte di due malavitosi, va rigettata la domanda di risarcimento danni *ex* art. 2087 cod. civ. avanzata dal lavoratore aggredito qualora questi non abbia provato il verificarsi di precedenti analoghi fatti delittuosi che avrebbero dovuto indurre il datore di lavoro ad apprestare speciali misure di sicurezza, trattandosi, in difetto della relativa omissione e prova, di rischio generico.

[147] Cass. 23 marzo 2022 n. 10115; Cass. 19 ottobre 2018 n. 26495.

[148] Oltre alla giurisprudenza citata alla nota precedente, cfr. Cass. 13 marzo 2018 n. 12808; Cass. 16 giugno 2017 n. 14865; Cass. 29 gennaio 2013 n. 2038; Cass. 17 febbraio 2009 n. 3788; Cass. 25 agosto 2003 n. 12467.

[149] L'elemento oggettivo del *mobbing* è integrato dai ripetuti soprusi legati tra loro dall'intento persecutorio nei confronti della vittima, così C.d.S. 19 gennaio 2021 n. 591.

[150] Per TAR Lazio 23 marzo 2012 n. 2973 e TAR Lazio 2 luglio 2012 n. 6008, poiché elemento costitutivo del *mobbing* è un sovrastante disegno persecutorio, una volta ricondotta la controversia risarcitoria nell'alveo della responsabilità contrattuale *ex* art. 1218 cod. civ., il lavoratore danneggiato deve provare la condotta illecita e il nesso di causalità tra questa e il danno subito e il datore di lavoro l'assenza di una colpa a sé riferibile.



danneggiato dovrà inoltre provare l'evento lesivo e il nesso eziologico tra i fatti lesivi e il pregiudizio alla sua integrità psico-fisica [151], gravando invece in capo al datore di lavoro la prova di aver posto in essere tutte le misure necessarie per tutelare l'integrità psico-fisica del lavoratore [152].

Ulteriore discostamento dai principi enunciati dalle Sezioni Unite in punto di allegazione dell'inadempimento sembrerebbe ravvisarsi con riguardo alla impugnazione dei licenziamenti individuali, ove però è la legge a far gravare sul datore di lavoro l'onere probatorio della giusta causa o del giustificato motivo posto a fondamento del recesso (art. 5 L. n. 604/1966).

Difatti, il datore di lavoro che lamenta l'inesatto adempimento del proprio dipendente ha l'onere di provare il fondamento delle proprie doglianze, la giusta causa o il giustificato motivo (soggettivo e oggettivo) di recesso e, quindi, l'inadempimento del debitore (o la sussistenza di motivi oggettivi), persino se oggetto di prova sia un fatto negativo (ad es. licenziamento intimato per mancata prestazione da parte del dipendente delle 40 ore settimanali previste contrattualmente) [153] conformemente all'esplicita previsione normativa suindicata.

È opportuno osservare che in tema di licenziamento discriminatorio, nonostante la discriminazione sia elemento costitutivo della fattispecie, sussistono notevoli agevolazioni probatorie previste dalla legge in attuazione del diritto eurounitario estensibili, secondo parte della giurisprudenza [154], anche al licenziamento per ritorsione o per rappresaglia [155] nullo perché fondato su motivo illecito *ex* art. 1345 cod. civ. nel quale, una volta che il datore di lavoro abbia dimostrato la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo, il lavoratore dovrà provare che il motivo lecito addotto dal datore di lavoro è insussistente e che l'unica ed effettiva ragione di recesso è la ritorsione [156].

---

[151] Cass. 17 gennaio 2014 n. 898; Cass. 21 gennaio 2014 n. 1148; Cass. 9 giugno 2020 n. 10992; e Cass. 29 dicembre 2020 n. 29767; Trib. Roma, sez. lav., 15 gennaio 2020 n. 10057 in *Dejure*.

[152] V. nota precedente.

[153] Cass. 3 giugno 2015 n. 13380.

Sulla necessità che il datore di lavoro provi la giusta causa o il giustificato motivo di licenziamento, la giurisprudenza è ampiamente consolidata. Cass. 16 novembre 2020 n. 25977 precisa che la violazione dell'art. 2697 cod. civ. si configura soltanto nell'ipotesi che il giudice abbia attribuito l'onere della prova a una parte diversa da quella che ne è gravata mentre qualora abbia erroneamente valutato le risultanze istruttorie e affermato che la parte non ha assolto l'onere probatorio su essa gravante, si è in presenza di un vizio di motivazione sindacabile in sede di legittimità ai sensi dell'art. 360, n. 5 c.p.c.; per Cass. 26 aprile 2022 n. 13064, ai sensi dell'art. 5 l. n. 604/1966, in materia di licenziamento disciplinare intimato per lo svolgimento di altra attività, lavorativa o extralavorativa, durante l'assenza per malattia del dipendente, grava sul datore di lavoro la prova che la malattia in questione sia simulata ovvero che la predetta attività sia potenzialmente idonea a pregiudicare o ritardare il rientro in servizio del dipendente medesimo; per Cass. 9 marzo 2021 n. 6497, nell'ipotesi di licenziamento per inidoneità fisica sopravvenuta del lavoratore e in presenza dei presupposti di applicabilità dell'art. 3, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 216/2003, il datore di lavoro ha l'onere di provare la sussistenza delle giustificazioni del recesso, ai sensi dell'art. 5 l. n. 604/1966, dimostrando non solo il sopravvenuto stato di inidoneità del lavoratore e l'impossibilità di adibirlo a mansioni, eventualmente anche inferiori, compatibili con il suo stato di salute, ma anche l'impossibilità di adottare accomodamenti organizzativi ragionevoli, con la possibilità di assolvere tale ultimo onere mediante la deduzione del compimento di atti o operazioni strumentali all'avveramento dell'accomodamento ragionevole, che assumano il rango di fatti secondari presuntivi, idonei a indurre nel giudice il convincimento che il datore di lavoro abbia compiuto uno sforzo diligente ed esigibile per trovare una soluzione organizzativa appropriata in grado di scongiurare il licenziamento, avuto riguardo a ogni circostanza rilevante nel caso concreto.

[154] Trib. Cassino, sez. lav., 4 marzo 2021 n. 202 in *Dejure*.

[155] Il licenziamento per ritorsione è l'ingiusta e arbitraria reazione e una ingiustificata vendetta a un comportamento legittimo del lavoratore colpito (ritorsione diretta) o di un'altra persona ad esso legata e pertanto accomunata nella reazione (ritorsione indiretta). Trattasi di licenziamento nullo quando il motivo ritorsivo, come tale illecito, sia stato l'unico determinante dello stesso, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1418, 2° comma, 1345 e 1324 cod. civ. Siffatto tipo di licenziamento è stato ricondotto, data l'analogia di struttura, alla fattispecie di licenziamento discriminatorio, vietato dagli artt. 4 l. n. 604/1966, 15 l. n. 300/1970 e 3 l. n. 108/1990 – interpretate in maniera estensiva – che ad esso riconnettono le conseguenze ripristinatorie e risarcitorie di cui all'art. 18 l. n. 300/1970. Cfr. App Roma, sez. lav., 30 settembre 2020 n. 1898 in *Dejure*.

[156] Cass. 14 marzo 2013 n. 6501; Cass. 27 febbraio 2015 n. 3986; Cass. 14 novembre 2016 n. 23149; Cass. 17 novembre 2017 n.



Nel licenziamento discriminatorio, invece, alla natura discriminatoria può accompagnarsi un altro motivo legittimo (ad esempio economico) la cui presenza, diversamente da quanto accade nel licenziamento ritorsivo, non esclude la nullità del recesso [157].

In tema di licenziamento discriminatorio, all'esito della dimostrazione della giusta causa o del giustificato motivo da parte del datore di lavoro, l'onere di provare la discriminazione di genere posta a carico del lavoratore è regolato dall'art. 40 del d.lgs. n. 198/2006 [158]. Per la giurisprudenza, la citata disposizione non stabilisce una inversione dell'onere probatorio [159], ma un'attenuazione del regime ordinario che, in linea con l'art. 19 della Direttiva 2006/54/CE, pone a carico del convenuto (nella specie, il datore di lavoro), l'onere di fornire la prova dell'inesistenza della discriminazione, solo una volta che il ricorrente abbia fornito al giudice elementi di fatto idonei a fondare la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori [160].

Con riguardo alla responsabilità del lavoratore per i danni procurati al datore di lavoro da negligente svolgimento delle proprie mansioni, spetta al datore di lavoro (creditore) provare la fattispecie di inadempimento e del nesso di causalità tra la condotta del dipendente e il danno e al lavoratore la non imputabilità della violazione delle regole del rapporto e il grado di diligenza dovuto, variabile secondo le peculiarità del singolo rapporto di lavoro [161].

Anche in materia di sanzioni disciplinari in cui viene in rilievo un inadempimento del lavoratore a un suo obbligo di diligenza o di fedeltà, grava sul datore di lavoro l'onere di provare l'inadempimento e cioè la mancanza contestata al dipendente e a quest'ultimo la dimostrazione che il mancato adempimento della prestazione è dovuto a causa diversa da un suo difetto di diligenza [162].

In materia di demansionamento che la giurisprudenza riconduce a un inesatto adempimento dell'obbligo gravante sul datore di lavoro ai sensi dell'art. 2103 cod. civ., è quest'ultimo, quale debitore, tenuto a provare l'esatto adempimento del suo obbligo, o attraverso la prova della mancanza in concreto del demansionamento, ovvero attraverso la prova che è giustificato dal legittimo esercizio dei poteri imprenditoriali o disciplinari oppure, in base all'art. 1218 cod. civ., a fornire la prova di un'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile [163].

27325; Cass. 16 agosto 2018 n. 20742. Cass. 17 ottobre 2018 n. 26035 ha confermato la decisione di merito che, con motivazione logica e coerentemente ancorata ai dati di fatto accertati, aveva desunto il carattere ritorsivo dei licenziamenti da plurimi, gravi e concordanti "elementi presuntivi puntualmente allegati e provati dagli odierni reclamanti", quali la persistenza nella struttura aziendale dell'unità Servizi Generali, l'illegittimità della procedura di mobilità del 2014 coinvolgente unicamente i dipendenti per cui è causa, l'adozione di criteri di scelta atti a consentire una selezione assolutamente discrezionale dei lavoratori da licenziare; cfr. altresì Cass. 16 febbraio 2021 n. 4055.

[157] Cass. 5 aprile 2016 n. 6575; Cass. 7 novembre 2018 n. 28453; Cass. 27 gennaio 2022 n. 2414.

[158] L'art. 40 d.lgs n. 198/2006 dispone: "*Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione*".

[159] Cass. 2 novembre 2021 n. 31054.

[160] Cass. 12 ottobre 2018 n. 25543; Cass. 3 febbraio 2016 n. 2113.

[161] Cass. 8 luglio 2021 n. 19529 e Cass. 12 gennaio 2018 n. 663.

[162] Cass. 10 dicembre 2015 n. 24938.

[163] Il lavoratore è tenuto ad allegare gli elementi di fatto significativi dell'illegittimo esercizio del potere datoriale, non anche quelli idonei a dimostrare in modo autosufficiente la fondatezza delle pretese azionate; il datore di lavoro è tenuto a prendere posizione, in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti posti dal lavoratore a fondamento della domanda e può allegarne altri, indicativi, del legittimo esercizio del potere direttivo, fermo restando che spetta al giudice valutare se le mansioni assegnate siano dequalificanti, potendo egli presumere, nell'esercizio dei poteri, anche officiosi, a lui attribuiti, la fondatezza del di-



5. – Dall'esame degli orientamenti sopra citati emerge che il creditore è tenuto a provare l'inadempimento del debitore nelle obbligazioni negative ai sensi dell'art. 1222 cod. civ. e in talune fattispecie espressamente previste dalla legge come nel caso dei licenziamenti individuali per giusta causa o giustificato motivo (art. 5 l. n. 604/1966) se si valorizza la qualità di creditore della prestazione del datore di lavoro.

Fuori da tali principali ipotesi, nella più recente giurisprudenza il regime probatorio unitario della responsabilità per inadempimento delineato dalle Sezioni Unite tende a differenziarsi nei casi di inadempimento o inesatto adempimento delle obbligazioni di fare professionale e nell'ambito della responsabilità del datore di lavoro *ex* art. 2087 cod. civ. (anche da *mobbing*).

Seppur non condivisibile (v. *retro* par. 3.1), la ricostruzione giurisprudenziale più recente, attraverso l'ampio richiamo alle presunzioni *ex* art. 2729 cod. civ., impone la prova del nesso causale cd. materiale e fa gravare sul creditore l'onere non solo di allegare, ma anche di dar prova delle specifiche circostanze di fatto dalle quali possa ricavarsi, in via inferenziale, che il comportamento del debitore (asseritamente inadempiente) abbia cagionato l'evento dannoso. Senonché la concreta applicazione dei requisiti della prova presuntiva, finisce, nella sostanza, per imporre al creditore la dimostrazione indiretta dell'inadempimento (o meglio, dei fatti che concretano l'inesatto adempimento).

Soltanto con riguardo alle prestazioni di fare dal risultato vincolato (o predeterminato *ex ante*), la prova del nesso eziologico richiesta dalla giurisprudenza più recente è data *prima facie* dall'idoneità *ex se* del comportamento allegato dal creditore a causare il pregiudizio dedotto in giudizio [164]. Non tutte le obbligazioni di fare professionale sono però a esito incerto; in tal caso è di fatto riesumata, a fini probatori, la dicotomia obbligazioni di mezzi (ora di diligenza professionale ovvero dall'esito incerto) e di risultato (ora di dare o fare non professionale ovvero dall'esito vincolato) priva di basi normative, che impone al creditore di fornire la prova dell'inadempimento, sia pure con l'attenuazione derivante dall'uso massivo e talora imprevedibile [165] di presunzioni.

In realtà, poiché l'art. 1218 cod. civ. ha struttura semplificata che sottintende un rapporto obbligatorio già costituito e inadempiuto di cui disciplina lo stadio patologico e non fa alcun accenno alla causalità materiale, a differenza di quanto accade nell'art. 2043 cod. civ., il creditore del risarcimento ha l'onere di provare soltanto il titolo e il danno conseguente all'inadempimento e la prova del titolo gli dà diritto di ottenere l'*utilitas* derivante dall'esatta esecuzione della prestazione concordata e condivisa col debitore, a meno che questi dimostri un fatto estintivo o impeditivo della pretesa risarcitoria.

---

ritto fatto valere anche da fatti non specificamente contestati dall'interessato, nonché da elementi altrimenti acquisiti o acquisibili al processo così Cass. 28 luglio 2020 n. 16129; v. anche Cass. 3 marzo 2016 n. 4211; cfr. altresì App. Catanzaro, sez. lav., 29 luglio 2021 n. 859 in *Dejure* secondo cui in tema di contenzioso per demansionamento, spetta al lavoratore creditore allegare l'inesattezza dell'adempimento della controparte datoriale e dunque, nel caso di adibizione a mansioni inferiori a quella della propria qualifica, indicare quali siano i compiti di cui egli assume il carattere dequalificante. E l'onere della prova dell'esatto adempimento, che grava sul datore di lavoro-debitore, è logicamente successivo a quello di allegazione che si sostanzia nell'indicazione dei compiti che il lavoratore denuncia dequalificanti. Se, perciò, il lavoratore non assolve al suo onere di allegazione, non scatta l'onere della prova del datore di lavoro.

[164] Cfr. Cass. 29 marzo 2022 n. 10050 in mot. in *Foro it.*, 7-8, 2022, con nota di R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Responsabilità sanitaria, nessi di causa e narrative*, 2482 ss.

[165] Evidenzia il rischio che la costruzione di presunzioni, senza un'adeguata compenetrazione di regole scientifiche e giuridiche, possa condurre ad eccessi di discrezionalità giudiziaria S. PATTI, *Le presunzioni semplici*, *op. cit.*, 25. Come s'è osservato in precedenza, v'è anche l'ulteriore rischio che le presunzioni vengano costruite al momento della decisione in assenza di contraddittorio preventivo tra le parti.

JUS CIVILE



CAROLINA LEGGIERI

Professoressa a contratto – Università degli Studi di Foggia

RIFLESSIONI SUL RAPPORTO TRA OBBLIGAZIONE E AZIONE NEL CONTRATTO PRELIMINARE

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. Natura giuridica del contratto preliminare. – 3. Preliminare e definitivo: individuazione del profilo causale. – 4.* Segue. *La funzione del preliminare. – 5.* Segue. *Il valore del definitivo e la sua causa. – 6. Contratto preliminare ed esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto. – 7. Contratto preliminare ad effetti anticipati. – 8. Preliminare-definitivo, trascrizione e insolvenza.*

1. – Il fondamento della scarna disciplina codicistica relativa al contratto preliminare è rappresentato dal rapporto tra obbligazione ed azione, di bettiana memoria. I due articoli che lo contemplano attengono l'uno all'aspetto "sostanziale" (il requisito formale del contratto fonte dell'obbligazione, art. 1351 cod. civ.), e l'altro all'aspetto "processuale" (l'azione di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto, art. 2932 cod. civ.). La previsione originaria del Codice Civile del '42 si è arricchita grazie all'intervento del legislatore, che lo ha dapprima novellato, introducendo la trascrizione del preliminare di vendita avente ad oggetto beni immobili, e successivamente ha emanato leggi di settore a tutela del promissario acquirente, come in caso di fallimento del promittente venditore nell'acquisto di beni immobili da costruire. In questo nuovo scenario, sorto dalla prassi, ci si interroga sull'autonomia privata, sul potere delle parti di poter rinegoziare un contenuto obbligatorio in ragione delle nuove regole dettate dal codice della crisi di impresa. Quello che veniva considerato un rapporto tra privati, dunque, si scontra con la nuova previsione normativa, che prevede la standardizzazione dei contratti relativi sia alle garanzie connesse ai preliminari di immobili da costruire (fideiussione) sia all'assicurazione obbligatoria del costruttore, che dovranno essere definiti nel contenuto da un decreto ministeriale.

2. – Le multiformi applicazioni del contratto preliminare, determinate da una sua ampia elasticità, e, al contempo, da una scarna disciplina codicistica [1], supportata da una crescente normativa di settore sono state oggetto di indagini dottrinali e giurisprudenziali [2].

[1] Il contratto preliminare, inesistente nel codice del 1865, ma già ampiamente utilizzato nella prassi del tempo (tale che L. COVIELLO, scrisse già nel 1896 la monografia dal titolo *Il contratto preliminare*, Milano), ha avuto, sulla scia del *Vorvetrag* elaborato dai Pandettisti tedeschi, un espresso riconoscimento nel codice 1942. Tuttavia, nel nuovo Codice Civile manca una definizione, essendone, invece, disciplinati espressamente alcuni aspetti (la forma, art. 1351 cod. civ. e l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo



Il contratto preliminare, lungi da essere un fenomeno unitario [3], rappresenta una varietà di atti [4], non solo per quel che concerne gli interessi concreti da realizzare, ma anche per le caratteristiche strutturali [5]. Rientra nella "formazione progressiva del contratto" [6], di cui il preliminare rappresenterebbe il "primo anello della catena": per effetto di tale fenomeno, i normali effetti non si producono tutti immediatamente, "perché tale è l'intento delle parti" [7].

È lo strumento negoziale maggiormente applicato ai contratti di alienazione, in particolare alla compravendita immobiliare e segnatamente a quelle non rare ipotesi in cui gli effetti reali non possono procedere contestualmente a quelli obbligatori. Tuttavia, restringere il campo di applicazione alla sola vendita immobiliare non sarebbe di ausilio ad un'analisi rapida del fenomeno, in quanto vi sono più varianti o sottotipi di accordi preliminari di vendita, come il preliminare unilaterale e quello bilaterale, il preliminare c.d. puro ed il preliminare ad effetti anticipati; il preliminare eseguibile in forma specifica (*ex* art. 2932 cod. civ.) ed il preliminare c.d. debole (ossia sfornito di tale tutela); il preliminare trascrivibile (ai sensi dell'art. 2645-*bis* cod.

---

di concludere il contratto nel caso di inadempimento, art. 2932 c.c.) ed implicitamente altri (artt. 2643, n. 14, 2652, n. 2, 2684, n. 6 e 2690, n. 1). In dottrina: A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir., I tematici – Contratto*, Milano, 2021, 460; IDEM, *Contratto preliminare,* in *Digesto Disc. Priv*., sez. civ., Torino, 1989, 278, F. MESSINEO, *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, in *Enc. dir*., X, 1962, 166; IDEM, *Il contratto in genere*, I-II, in *Trattato Cicu – Messineo*, Milano, 1968-1972, 556; L. MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953; IDEM, *Esecuzione specifica*, in *Enc. dir*., XV, Milano, 1966, 524; IDEM, *Obbligazione e azione da contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1970, 1173; IDEM, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir*., XXIX, Milano, 1979, 509; V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in *I contratti in generale*, *Trattato Sacco*, I, 2006, 274; V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, 651; C. SASSO, *Il contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1970, 1549 ss.

[2] Per le rassegne giurisprudenziali ed i contributi dottrinali sul tema del preliminare: F. COGGI, *Il contratto preliminare negli ultimi dieci anni di giurisprudenza*, in *Quadrimestre*, 1987, 693 ss.; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 415 ss.; IDEM, *Contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ*., 1993, II, 225 ss.; L. GARDANI CONTURSI LISI, *La compravendita*, in W. BIGIAVI (diretta da), *Giur. sist. dir. civ. comm*., Torino, 1970, 40 ss. e 1985, 33 ss.; C. SASSO, *Il contratto preliminare nella dottrina e nella giurisprudenza*, Milano, 1971; R. SPECIALE, *Il contratto preliminare*, in *I contratti in generale*. *I requisiti del contratto*, III, in W. BIGIAVI (fondata da), G. ALPA, M. BESSONE (a cura di), *Giur. sist. dir. civ. comm.*, Torino, 1991, 1791ss.

[3] Già Coviello nella descrizione del contratto preliminare utilizzò l'espressione "multiforme atteggiarsi" di un accordo, in considerazione del suo combinarsi con differenti contratti (assunti come definitivi) dai "diversi e variabili contenuti", in L. COVIELLO, *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896, 9, ripresa da F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm*., 1916, II, 308.

[4] Sul punto, in particolare si evidenzia la differenza tra compromesso, promessa di vendita contratto preliminare. Talora, il termine "compromesso" è adoperato per indicare un contratto definitivo (quindi, non preliminare), ma accompagnato dall'impegno di tradurre in nuova forma il contratto medesimo (cosiddetta riproduzione). In genere, però, il termine "compromesso", è adoperato per indicare il documento che racchiude il preliminare; e, quindi, è in funzione della prova del preliminare. In dottrina: A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Digesto Disc. Priv.,* cit., 278, nota n. 2, dove si precisa che tale terminologia è utilizzata per distinguere la scrittura privata dall'atto pubblico; G. BOZZI, *I contratti preparatori,* in *Trattato dei contratti Rescigno-Gabrielli*, 2007, 108 e 109; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato Iudica– Zatti*, Milano, 2001, 651; M. FARINA, *Contrattazione preliminare, e autonomia negoziale*, Napoli, 2018, 107; C. SASSO, *Il contratto preliminare*, cit., 1549 ss.

[5] U. MORELLO, Culpa in contrahendo, *accordi e intese preliminari (un classico problema rivisitato*), in AA.VV., *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive. Quarant'anni di legislazione, dottrina, esperienze notarili e giurisprudenza*, II, Milano, 1986, 131 ss.

[6] L. MONTESANO, *Contratto preliminare,* cit., 20 e ss., richiama la ricostruzione operata da Carnelutti e dalla tradizione germanica H. ROTH, *Der Vorvertrag*, *Eine zivilistische Studie unter besonderer Berücksichtigung von Art. 22 des schweizerischen Obligationenrechts*, Bern, 1928.

[7] F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, cit., 308; IDEM, *Ancora sulla formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir comm*., 1917, I, 339. Tale espressione era intesa nel senso che le parti giungevano ad un accordo sugli elementi essenziali, che veniva regolato dagli usi o dall'equità. Per "formazione progressiva del contratto", dunque, si intendevano solo due modi della formazione del contratto, non anche due tipi di contratto: IDEM, *Ancora sulla formazione*, cit., 1917, 340; V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, cit., 278; R. SPECIALE, *Il contratto preliminare*, cit., 1796.



civ.) e quello inopponibile ai terzi. A loro volta ognuno di questi modelli annovera al suo interno altre figure particolari, come, ad esempio, nel contratto preliminare di beni immobili trascrivibile, dove oltre alla disciplina generale inizialmente introdotta per la tutela del promissario con la l. 28 febbraio 1997, n. 30, si è aggiunta una ulteriore disciplina specifica, con il d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122 [8], vale a dire quella che attiene alla tutela dell'acquirente di immobile da costruire che sia stato travolto dal dissesto economico del costruttore. A questo si aggiunga, anche, la nota *querelle* sul preliminare di preliminare (preliminare "aperto" ovvero preliminare "chiuso") [9].

---

[8] A. LUMINOSO, *La vendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2014, 651 ss.

[9] Una particolare articolazione nella figura del preliminare si rinviene nella recente prassi commerciale, in particolare nel settore dell'intermediazione mobiliare, con il preliminare di preliminare. Si tratta, in realtà, della proposta di acquisto predisposta mediante modulistica dall'intermediario, che contiene tutti gli elementi essenziali della compravendita. All'atto della sottoscrizione del predetto modulo il promissario acquirente versa una somma di denaro a titolo di caparra confirmatoria, ma l'accordo, sebbene rinvii espressamente al c.d. "preliminare formale" (che non potrà essere modificato nei suoi elementi essenziali già definiti nel preliminare di preliminare), si perfeziona mediante accettazione della proposta da parte del promittente venditore. La negoziazione avviene attraverso diverse fasi: formulazione di una proposta d'acquisto da parte del mediatore, firmata dal promittente acquirente e accettata dal promittente venditore; formalizzazione dell'accordo in un preliminare c.d. "formale" o "chiuso", con il versamento di una parte del prezzo, e, infine, la sottoscrizione del rogito notarile di compravendita. Inizialmente ritenuto inammissibile dalla giurisprudenza, successivamente ha trovato riconoscimento nel nostro ordinamento, sebbene manchi una norma specifica. In dottrina favorevoli la preliminare "aperto" e, dunque, all'ammissibilità del preliminare di preliminare: A. DI MAJO, *La "normalizzazione" del preliminare*, in *Corr. giur.*, 1997, 131; G.E. NAPOLI, *Il contratto preliminare del preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 81; IDEM, *Il riconoscimento giurisprudenziale del contratto preliminare del preliminare*, cit., 1252 ss.; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 971; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016, 1228. Parte della dottrina ritiene che il preliminare debba considerarsi "chiuso", nel senso che non si possa configurare un momento contrattuale anteriore al preliminare, negando di fatto l'esistenza di un preliminare del preliminare: G. GABRIELLI, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mano dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, in *Riv. not.*, 1994, 30 ss.; IDEM, *Contratto preliminare*, cit., 5; per altra parte della dottrina è ritenuto persino inutile: P. CARBONE, *Contratto preliminare di preliminare: un contratto inutile?*, nota a Trib. Napoli, 20 febbraio 1995, n. 2039, in *Dir. giur.*, 1995, 464. In giurisprudenza: Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, in *Not.*, 2010, 40, con nota di A. CHIANALE, *Il preliminare di preliminare:* intentio certa sese obligandi. Per una trattazione più completa sul preliminare di preliminare in generale si veda G. D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, 41; M. FARINA, *Contrattazione preliminare,* cit., 208 e ss; IDEM, *Preliminare di preliminare e genesi del vincolo contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 1281; M. SEMERARO, *Contrattazione preliminare e autonomia negoziale: preliminare di preliminare e causa in concreto*, in *Giust. civ.*, 2016, 333. Nella giurisprudenza di legittimità, dove lo stesso è inserito all'interno del processo di formazione del contratto nella fase delle trattative e come tale non vincolante, si veda in via esemplificativa: Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Contratto in genere*, n. 383; in *Nuova giur. civ.*, 2009, I, 998, con nota di M.G. SALVADORI, *La validità del c.d. preliminare di preliminare: una questione (non ancora) risolta*; in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 81, con nota di G. NAPOLI, cit.; nella giurisprudenza di merito nel senso del riconoscimento della validità del preliminare di preliminare: App. Firenze, 12 maggio 2009, in *Contratti*, 2009, 997; nel senso della invalidità del preliminare del preliminare: Trib. Perugia, 28 maggio 2014, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *cit.*, n. 402; in *Rass. giur. umbra* 2015, 88, con nota di C. LAZZARO, *Osservazioni in tema di preliminare di preliminare*. In tempi più recenti, la giurisprudenza ha rivisto la sua posizione, ammettendo (con tutta una serie di limitazioni) la validità di una "dichiarazione preliminare d'obbligo" ed evidenziando la necessità di compiere non una valutazione astratta, bensì specifica della funzione espletata dall'operazione negoziale, in considerazione proprio della nozione di "causa concreta" (Cass., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Foro it.*, 2015, I, 2016). Anche nel più recente orientamento della Suprema Corte si afferma che "un accordo in virtù del quale le parti si obblighino a concludere un successivo contratto che preveda anche solamente effetti obbligatori (e con l'esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento)" è qualificato "come 'preliminare di preliminare', alla luce di Cass., SS.UU. n. 4628/2015" e che lo stesso è "valido ed efficace e configura un interesse delle parti, meritevole di tutela, ad una formazione progressiva del contratto, fondata su una differenziazione dei contenuti negoziali", tuttavia non costituisce un vincolo al pari del preliminare, tale da far sorgere in capo al mediatore il diritto alla provvigione (Cass., 16 maggio 2022 n. 15559, in *https://www.foroplus.it*), infatti "la conclusione dell'affare…richiede il compimento di un'operazione di contenuto economico che si risolva in un'utilità di carattere patrimoniale e, cioè, di un atto …in virtù del quale si costituisca un vincolo che dia diritto di agire per l'adempimento dei patti stipulati o, in mancanza, per il risarcimento del danno: non essendo, certo, sufficiente la mera presentazione, per il tramite del mediatore, di una proposta di acquisto che il venditore non abbia accettato", Cass., 21 maggio 2021, n. 14080, in *https://www.foroplus.it*.



Sempre nell'ottica della difficile *reconductio ad unum* della fattispecie contrattuale – vendita immobiliare, se si considerano gli interessi concreti da realizzare e le caratteristiche strutturali del contratto, si denota altresì la coesistenza delle diverse figure caratterizzate da diversi schemi causali e da diversi gradi di "realità", come ad esempio nel preliminare di vendita ad effetti anticipati [10], in cui le parti si obbligano al pagamento del prezzo (promissario acquirente) e alla consegna del bene (promittente venditore). Sebbene l'effetto traslativo della vendita si verificherà al momento della conclusione del contratto definitivo, già con il contratto preliminare sono soddisfatti gli interessi delle parti (il promittente venditore avrà già ottenuto il pagamento del prezzo ed il promissario acquirente sarà già in possesso dell'immobile). Alla luce di quanto esposto, il preliminare non può essere qualificato quale mero *pactum de contrahendo*, in quanto all'originaria obbligazione di *facere* si è aggiunta quella di *dare*, tipica del contratto definitivo [11]. La dottrina ha da sempre posto grande attenzione all'inquadramento del contratto preliminare sia nel processo di formazione del contratto in generale, sia quale contratto causale "che produce l'obbligazione di trasferire la proprietà o altro diritto reale e che viene adempiuto per mezzo di un successivo negozio traslativo" [12].

Il preliminare, dunque, non genera un mero "obbligo a contrarre" [13], ma, all'interno della formazione progressiva [14] del contratto rappresenta la regola sostanziale "di un programma destinato, per ragioni di bilanciamento e garanzia, a realizzarsi gradualmente nel tempo" [15]. Nel predetto programma si crea un collegamento in progressione cronologica tra due contratti: preliminare (che determina il contenuto del definitivo e ne obbliga le parti alla conclusione) e definitivo [16]. In questo ultimo non sussiste il rapporto tra proposta e ac-

---

[10] Sul punto in via esemplificativa: R. ALESSI, *Il c.d. preliminare di vendita ad effetti anticipati*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1972, II, 438 ss.; D. CAVICCHI, *La natura del potere del promissario acquirente sul bene ricevuto in consegna,* in *Contratti*, 2008, 995, nota a Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, Padova, 1999; E. GABRIELLI, *Il "preliminare ad effetti anticipati" e la tutela del promissario acquirente*, nota a Cass., sez. un., 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Dir. comm.*, 1986, II, 314; A. LENER, *Contratto "preliminare", esecuzione anticipata del "definitivo" e rapporto intermedio*, in *Foro it*., 1977, I, 669 ss.; F. LONGOBUCCO, *Contratto preliminare "ad effetti anticipati" e accordo atipico di cessione del possesso: una questione di interpretazione*, in *Giur. it*., 2011, 3, 552 ss.; I. L. NOCERA, *Contratto preliminare, possesso e detenzione: analisi morfologico-funzionale del c.d. ad effetti anticipati*, in *Nuova giur. civ.*, 2010, 7-8, 715 ss.; S. PATTI, *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2008, II, 284; G. SCALITI, *Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, 1046, nota a Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930; F. SCAGLIONE, *Contratto preliminare e comodato strumentale*, in *Giur. it.,* 2009, 1160.

[11] A. LUMINOSO, G. PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998, 115.

[12] A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.,* cit., 460; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile,* Napoli, ristampa 2012, 216, inserisce il contratto preliminare tra i "negozi accessori" ed in particolare tra quelli "preparatori", come la procura, in quanto questi negozi richiedono il requisito legale di forma del negozio principale (sul punto si vedano i richiami di dottrina e giurisprudenza in nota 3) e proprio tale requisito che impedisce ad un contratto nullo per difetto di forma di essere convertito in un preliminare (252).

[13] G.B. FERRI, *In tema di formazione del contratto e di negozio formale* per relationem, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, 198, definisce il preliminare "come un prolungamento delle trattative e come una realtà che, pur differenziandosi da esse, rappresenta una ibrida forma di passaggio tra la fase delle trattative e la completa definizione del contratto". Nella recente dottrina l'espressione "obbligo a contrarre" è utilizzata per indicare la pluralità delle forme giuridiche contrattuali del preliminare; con tale espressione se ne indica la duplice veste di obbligo a trattare ovvero come obbligo a trasferire: R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare e la modularità del vincolo a contrarre*, in *Liber amicorum per A. Luminoso*, Milano, 2013, 61.

[14] R. RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967, 60 e 97 non preferisce parlare di formazione progressiva, in quanto sarebbe inesatto collegare la promessa ad uno degli ordinari atti prenegoziali; la provvisorietà e la strumentalità sono considerati aspetti del carattere preparatorio del preliminare.

[15] R. DE MATTEIS, *Contratto preliminare – Vendita di più beni – Vendita definitiva di alcuni*, nota a Cass., 18 novembre 1987, n. 8486, in *Nuova giur. civ. comm*., 1988, I, 541.

[16] M. FRAGALI, *Dei contratti in generale,* in M. D'AMELIO, E. FINZI (diretto da) *Commentario al codice civile*, *Obbligazioni,* I, Firenze, 1948, 408.



cettazione, essendo la proposta formulata *per relationem* [17]. Il preliminare, dunque, crea un rapporto collocabile tra le situazioni giuridiche strumentali, in quanto "per esso sorge il titolo per la costituzione di una situazione giuridica (finale)" [18].

Da questa breve analisi emerge che l'autonomia negoziale incide in maniera preponderante nel rapporto preliminare-definitivo, tale che già la fase della contrattazione preliminare rappresenta un momento decisivo della formazione progressiva, in quanto nella stessa sono stabiliti gli elementi diversi in relazione alla pluralità degli interessi che le parti intendono soddisfare. La funzione del contratto preliminare è quella di "vincolare le parti …a dare, entro una certa data, forma definitiva a quell'assetto di interessi su cui esse sono già d'accordo" [19].

Tuttavia, la prassi e la crescente produzione normativa di settore hanno evidenziato la "parcellizzazione delle regole, le quali…si presentano sempre più caratterizzate da discontinuità e frammentarietà e sempre meno suscettibili di essere ricondotte a sistema" [20] e tanto in ragione dell'esigenza di tutela del promissario acquirente, infatti l'oggetto del contratto "è costituito da beni immobili che in alcuni casi, essendo diretti a soddisfare bisogni fondamentali della persona (come, ad esempio, quelli destinati ad abitazione e ancor più ad abitazione principale o sede principale dell'impresa), richiedono una speciale disciplina protettiva a favore del promissario acquirente. Protezione che va contemperata peraltro con la tutela dei creditori del promittente alienante ed in particolare delle banche che molto spesso intervengono nell'operazione erogando mutui ipotecari a favore del costruttore o dell'acquirente" [21]. Pertanto, ai fini della nostra indagine, occorrerà svolgere un'analisi nella più ampia operazione unitaria preliminare – definitivo per meglio inquadrare il fenomeno attuale.

3. – Il contratto preliminare e quello definitivo rientrano in un'unica operazione economica, sono due contratti distinti e separati nel tempo, sebbene legati tra loro [22]. L'esame degli stessi va svolto sia in ordine al loro rapporto unitario, così come inizialmente concepito dai *conditores* del Codice Civile del '42, sia in ordine alla loro distinta autonomia, nonostante il collegamento. Nel primo caso la divergenza di contenuti tra i due contratti va valutata caso per caso [23], diversamente, nella seconda ipotesi, va valutato il rapporto di prevalenza dell'uno sull'altro, secondo due diverse soluzioni: prevalenza del preliminare (secondo la tesi della "intangibilità del preliminare"), ovvero prevalenza al definitivo (secondo l'opposta tesi dell'assorbimento del preliminare nel definitivo").

In giurisprudenza la questione è stata risolta essenzialmente in favore della prevalenza del definitivo, co-

[17] A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, Milano, 1966, 98.

[18] S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, in VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile,* Torino, s.d. (ma 1963), 281.

[19] V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, cit., 274.

[20] A. LUMINOSO, *I contratti preliminari: dalla legge fallimentare al codice della crisi di impresa,* in *Contratto e impresa*, 2020, 1061 ed in particolare 1084, 1085, dove evidenzia che "anche i compilatori del codice della crisi hanno colto il carattere multiforme del fenomeno arricchendo…il numero delle fattispecie prese in considerazione e dandone atto nella rubrica dell'art. 173 nella quale, opportunamente, viene usato non il singolare ma il plurale «Contratti preliminari»".

[21] IDEM, *I contratti preliminari,* cit., 1084, dove si evidenzia altresì che il contratto preliminare "è per sua natura particolarmente complessa, inserendosi essa, sotto il profilo strutturale, in una combinazione negoziale articolata in due fasi, e presentando, sottoil profilo funzionale, una tipologia variabile".

[22] L. MONTESANO, *Contratto preliminare,* cit., 22, ritiene che non si possa parlare di una duplice causa (quella del preliminare e quella del definitivo).

[23] V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 660.



me unica fonte del regolamento di interessi, mentre il preliminare è stato relegato a contratto strumentale alla conclusione del definitivo. Tuttavia, ai fini interpretativi, lo stesso riserva una sua rilevanza in caso di difformità tra preliminare e definitivo [24]. In questa ultima ipotesi gli obblighi e le prestazioni presenti nel preliminare sarebbero ricompresi, per presunzione, nel definitivo, sebbene quest'ultimo non le menzioni, purché la predetta presunzione di conformità, del nuovo accordo, alla volontà delle parti risulti da atto scritto ed il contratto abbia ad oggetto beni immobili [25]. Pertanto, una volta concluso il definitivo, non sarà più possibile impugnare il preliminare, essendo ormai esaurito il rapporto che da esso ne è derivato.

4. – La valorizzazione del contratto preliminare quale unica vera fonte sostanziale negoziale nella sequenza preliminare-definitivo in luogo della funzione meramente strumentale alla conclusione del definitivo, assegnata dal Codice Civile, è stata sostenuta prevalentemente dalla dottrina.

Secondo una prima ricostruzione il definitivo sarebbe un atto dovuto e solutorio, un mero atto di adempimento del preliminare, che "per forma e sostanza sarebbe potenzialmente definitivo" [26], l'unica differenza rispetto all'adempimento risiederebbe nella circostanza che in veste di debitori si presentano entrambi i contraenti. Il definitivo, dunque, avrebbe una mera funzione di "documentazione successiva" del preliminare, al quale sarebbe subordinata l'efficacia dell'assetto contrattuale dallo stesso delineato [27]. La prevalenza del preliminare è avvalorata dall'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto, con la sen-

---

[24] Secondo Cass., 21 dicembre 2017, n. 30735, in *Foro it.*, Rep. 2017, voce *cit.*, n. 348, l'unica fonte dei diritti e delle obbligazioni è il contratto definitivo, mentre il preliminare, in considerazione della sua natura obbligatoria (obbligo reciproco alla stipulazione del definitivo) resta superato da questo ultimo. Tale orientamento richiama Cass., 25 febbraio 1982, n. 1196, in *Foro it.,* Rep. 1982, voce *cit.,* n. 123; 8 giugno 1983, n. 3931, *ivi*, 1983, voce *cit.*, 254. Nella ricostruzione di Cass., 13 maggio 1982, n. 3001, in *Giust. civ*., 1982, I, 2697 ss.; 7 maggio 1986, n. 3058, in *Foro pad.*, 1987, I, 351 ss.; Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930, in *Foro it.*, 2009, I, 3156, con nota di A. C. PUPPO, *Preliminare di vendita immobiliare con consegna anticipata e possesso «ad usucapionem»*; in *Giur. it.,* 2009, 1160 (m), con nota di F. SCAGLIONE, *Contratto preliminare e comodato strumentale*; in *Giust. civ*. 2008, I, 2768; in *Riv. dir. comm.*, 2009, II, 165, con nota di F. CALISAI, *Lo «smembramento» del contratto preliminare ad effetti anticipati alla luce della pronuncia delle sezioni unite: il promissario acquirente-comodatario (e quindi detentore) e il promittente venditore-mutuatario*; in *Rass. dir. civ.*, 2010, 531, con nota di A. CHIOSI, *Il contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati: tra collegamento negoziale e atipicità*. Per qualificare il fenomeno occorre accertare a quale momento le parti abbiano demandato l'effetto traslativo, non solo attraverso le parole utilizzate dai contraenti, ma anche attraverso l'esame delle clausole secondo il senso letterale e logico e nel loro complesso. Secondo una recente interpretazione "Il contratto preliminare, avendo superato lo stadio precontrattuale, costituisce un accordo perfettamente compiuto, benché proteso alla stipulazione di un ulteriore contratto, quello definitivo", Cass., 2 ottobre 2020, n. 20989, in *Foro it.,* Rep. 2020, voce *cit.,* n. 333. Tuttavia, in dottrina, nel caso di preliminare ad effetti anticipati R. ALESSI, *Il c.d. preliminare di vendita ad effetti anticipati*, cit., 440, evidenzia che bisogna stabilire fino a che punto i c.d. obblighi anticipati attribuiscano all'accordo il carattere di contratto preliminare; sul punto anche C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit.,186 ss.; A. LUMINOSO, G. PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., 114. Il principio dell'intangibilità del preliminare è stato superato in giurisprudenza per quel che concerne il rimedio della riduzione del prezzo per vizi e difformità del bene contestualmente alla pronuncia *ex* art. 2932 cod. civ. già da Cass., sez. un., 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Foro it.*, I, 697, con nota di F. MACARIO, *Garanzia per i vizi ed esecuzione coattiva del preliminare rettificato*; in *Giur. civ.*, 1985, I, 1636, con nota di A. DI MAJO, *La tutela del promissario acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*; in *Rass. dir. civ.*, 1987, 239, con nota di L. MONTESANO, *La sentenza* ex *art. 2932 c.c. come accertamento costitutivo dell'equivalenza tra contratto preliminare e contratto definitivo ad effetti differiti?*; in *Corriere giur.*, 1985, 627, con nota di V. CARBONE, *I vizi e le difformità della casa legittimano la riduzione del prezzo*; in *Arch. civ.*, 1985, 957; in *Vita not*. 1985, 257, in *Resp. civ.*, 1985, 615.

[25] Cass., 10 maggio 2018, n. 11297, in *Foro it.*, Rep. 2018, voce *cit*., n. 246.

[26] M. GIORGIANNI, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. civ*, 1961, 64 ss.; L. MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, cit., 511.

[27] L. MONTESANO, *Contratto preliminare*, cit., 84 e ss.



tenza costitutiva *ex* art. 2932 cod. civ. [28], che trasformerebbe "la potenzialità" del preliminare in atto, in quanto lo renderebbe "definitivo" [29]. Pertanto, il definitivo resterebbe un atto negoziale solo per quelle parti in cui i contraenti decidano di "innovare la disciplina del preliminare" [30].

Tali ricostruzioni sono avvalorate dall'art. 1351 cod. civ., che impone il requisito della forma [31] per la valida stipulazione del preliminare; infatti, "non si spiegherebbe l'imposizione di un requisito formale per un'attività anteriore ad esso" [32], se lo spostamento patrimoniale non scaturisse dal preliminare.

Altra ricostruzione che adatta la formazione progressiva del contratto allo schema *titulus e modus adquirendi*, riproponendo la scissione romanistico-germanica, secondo cui dal preliminare scaturirebbe un obbligo di dare e non di prestare il consenso (come una vera e propria vendita obbligatoria, seguita da un atto non contrattuale – il definitivo – costitutivo del diritto), giunge alla medesima conclusione, degradando il definitivo a mero atto documentativo e ricognitivo, negandogli persino la stessa natura contrattuale [33]. Questa tesi pone il suo fondamento sul regime pubblicitario, in quanto la trascrizione del preliminare sarebbe opponibile *ex se* anche se temporalmente limitata ai tre anni.

Questa ricostruzione non appare però accettabile e sembrerebbe avvalorare, invece, la ricostruzione secondo la quale il preliminare sarebbe strumentale alla conclusione del definitivo, il quale manterrebbe, in ogni caso, la propria autosufficienza. La trascrizione del preliminare avrebbe quindi una mera efficacia prenotativa. L'opponibilità e la produzione degli effetti reali rimarrebbero comunque su piani distinti, essendo i secondi collegati esclusivamente al contratto definitivo, ovvero ad un altro atto esecutivo del preliminare ed all'azione *ex* art. 2932 cod. civ. in caso di inadempimento.

In definitiva, si può affermare che assegnare al preliminare il ruolo di fonte unica degli effetti finali, privando il definitivo del suo contenuto negoziale, andrebbe contro la stessa volontà dei contraenti, i quali hanno come obiettivo prevalente il controllo sulla conformità del bene o dell'oggetto del contratto al programma contrattuale e non intendono posticipare gli effetti definitivi già prodotti, ma farli discendere da un contratto causalmente autonomo.

5. – A queste impostazioni si oppongono le tesi che valorizzano il contratto definitivo, sminuendo la funzione del preliminare.

Secondo queste ultime il preliminare, che ha natura obbligatoria, è inutile in quanto non avrebbe senso obbligarsi due volte [34].

In particolare, queste critiche sono state mosse nei confronti del preliminare di contratto reale, avendo questo ultimo ad oggetto non la stipulazione di un futuro contratto, ma la dazione della cosa. Preliminare e definitivo di contratto reale in realtà hanno contenuto differente, in quanto il primo non dà il

[28] Altri autori distinguono a seconda che il preliminare sia seguito da un definitivo o da una sentenza: nel primo caso configurerebbe un contratto preparatorio, nel secondo un contratto obbligatorio o un titolo reso definitivo dalla sentenza stessa, così L. MONTESANO, *Contratto preliminare*, cit., 11.

[29] L. MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, cit., 508.

[30] P. RESCIGNO, *Incapacità naturale ed adempimento*, Napoli, 1950, 117.

[31] In giurisprudenza, si ritiene che il requisito della forma debba essere rispettato anche per le modifiche apportate al preliminare: Cass., 7 gennaio 1984, n. 134, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *cit.*, n. 148.

[32] G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Cendon*, IV, 2, Torino, 1980, 202.

[33] A. CHIANALE, *Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, 95; IDEM, *Il preliminare di vendita immobiliare*, cit., 673 ss.; IDEM, *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento delle proprietà,* Torino, 1989, 49.

[34] L. COVIELLO, *Dei contratti*, cit., 89 e 110.



diritto alla consegna della cosa, ma solo a quello di pretenderla [35], il secondo realizza il trasferimento del bene.

Il limite, tuttavia, di queste due impostazioni è rappresentato dal fatto che il preliminare non è di per sé idoneo a generare l'acquisto di diritti reali o personali, in quanto non ha natura traslativa-costitutiva di diritti reali, ma solo natura obbligatoria, meramente personale, perché tale è la volontà delle parti, vale a dire obbligarsi alla conclusione di un contratto definitivo [36].

E tale argomentazione è corroborata dalla non applicabilità dell'art. 2930 cod. civ. (esecuzione forzata in forma specifica), al contratto preliminare, per il quale vi è la previsione dell'art 2932 cod. civ. [37], "la sentenza produce gli effetti del contratto non concluso". Tale rimedio è applicabile al solo contratto preliminare, non anche al definitivo (per il quale è applicabile il rimedio *ex* art. 2930 cod. civ. sopra richiamato), perché dal definitivo e solo dal definitivo scaturiscono gli effetti sostanziali.

Altra tesi, forse la più importante, quella "dell'assorbimento", nega la natura negoziale del preliminare e sostiene che, a seguito della conclusione del contratto definitivo, il preliminare viene "assorbito" da questo ultimo, uscendo "di scena" ed assumendo rilevanza solo quale mero antecedente storico [38].

Tale tesi è speculare a quella che afferma l'intangibilità del preliminare, con la conseguenza che le clausole non ripetute nel definitivo non si intendono implicitamente rinunciate, ma conservano pienamente la propria efficacia e pone non poche difficoltà interpretative in sede di giudizio. Infatti, in caso di difformità [39] dei due contratti ed in assenza di un esplicito accordo modificativo, si dovrebbe indagare sulla reale volontà delle parti, prima di considerare una novazione implicita del rapporto. Diversamente, accogliendo la teoria "dell'assorbimento", il giudice sarebbe esonerato dall'indagare circa l'effettiva volontà delle parti, in quanto, in assenza di patto contrario, sussisterebbe la presunzione della novazione del preliminare.

Risulta altresì preferibile considerare "il valore assorbente" del definitivo anche ai fini di un'economia processuale, in quanto evita azioni successive alla stipulazione del definitivo. Infatti, partendo dal presupposto che, se non fosse stata raggiunta un'intesa modificativa, le parti non avrebbero concluso il definitivo, e se prima della conclusione del definitivo una delle parti non ha sollevato alcuna eccezione di inadempimento né ha esperito azione di esecuzione specifica *ex* art. 2932 cod. civ. (che tiene luogo del contratto non concluso), non si potrebbe affermare che la volontà delle parti sia evidente e che consiste nella stipulazione del definitivo con le difformità rispetto al preliminare. Tuttavia, tale conclusione presuppone che il definitivo sia privo di vizi e sia stabile. Diversamente, nel caso in cui lo stesso risulta nullo o annullabile, il preliminare "resuscita" e la parte adempiente potrebbe esperire l'azione *ex* art. 2932 cod. civ. [40]. Il medesimo contratto preliminare assume particolare importanza anche in sede di interpretazione del contratto definitivo, qualora debba indagarsi sul comportamento complessivo delle parti anteriore alla stipula del contratto, ai sensi dell'art. 1362, comma 2, cod. civ.

---

[35] S. SATTA, *L'esecuzione*, cit., specialmente 19.

[36] A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.,* cit., 461 e 462, il quale ricostruisce l'*iter* logico attraverso il quale il contratto preliminare ha assunto la "veste di vendita obbligatoria" culminata con la trascrivibilità del contratto preliminare nel 1997.

[37] S. SATTA, *L'esecuzione*, cit., 75.

[38] A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir*., cit., 461; R. SPECIALE, *L'interpretazione del negozio notarile e le scritture antecedenti*, in *Riv. dir. civ.,* 1984, II, 640.

[39] Le difformità possono essere di tipo "omissivo" (quando delle clausole inserite nel preliminare non siano ripetute nel definitivo), "additivo" (quando viceversa, vengano aggiunti elementi nel definitivo non presenti nel preliminare) ovvero "modificativo" (quando le clausole inserite nel preliminare siano ripetute nel definitivo, ma con contenuto differente).

[40] Cass., 27 gennaio 1967, n. 236, *Foro it.*, Rep. 1967, *Successioni*, n. 95; 11 febbraio 1998, n. 1395, in *Giur. it.*, 1999, 638; 19 dicembre 2013, n. 28456, in *Vita not*., 2014, 270; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 241.



Da questa analisi si evince che la rilevanza del contratto preliminare emerge in sede ermeneutica, in quanto è utile a chiarire l'effettiva volontà delle parti.

In ordine alla natura del definitivo, in generale, si ritiene che abbia doppia natura.

Secondo tale impostazione il definitivo è caratterizzato dalla doppiezza della causa: *causa solvendi* e causa propria; *causa solvendi,* perché le parti lo concludono per adempiere all'obbligo assunto col preliminare; causa propria perché le parti lo concludono per scambiarsi bene contro prezzo. Se si dà prevalenza al primo elemento, si valorizza il preliminare, in quanto si considera l'appartenenza del definitivo alla sequenza preliminare-definitivo e quindi la sua dipendenza dal preliminare; diversamente se si punta sul secondo elemento, si valorizza l'autonomia del definitivo.

Dal punto di vista della causa il contratto preliminare ha una causa diversa da quella di qualsiasi contratto definitivo, in quanto la stessa è variabile a seconda della sua funzione economico – sociale [41], mentre la causa del contratto preliminare è unica, la stessa non può essere illecita perché la finalità di contrarre "in futuro" non può essere illecita [42].

L'opinione dominante, infine, nel ritenere che il definitivo di vendita abbia una doppia causa (solutoria ed interna), giunge alla conclusione che sussisterebbero due autonomi e distinti contratti che si susseguono con identico contenuto. Infatti, il contratto definitivo, dopo aver esaurito la funzione solutoria, realizza una nuova e diversa funzione, tipicamente negoziale [43], con una rinnovazione del giudizio di convenienza: il promittente acquirente con la dichiarazione di volontà, liberatasi dell'involucro dell'atto dovuto, esercita il controllo sugli eventuali vizi originari o sulle sopravvenienze, con possibilità di rifiutare la stipula del definitivo, qualora il controllo dia esito negativo [44].

6. – In ragione della particolare natura del preliminare, il Codice Civile prevede un'azione tipica [45] in caso di inadempimento: l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo *ex* art. 2932 cod. civ. [46].

La scelta di attribuire una tutela specifica al preliminare si evince chiaramente già dalla Relazione al Codice Civile [47], dove il contratto preliminare era associato al suo rimedio tipico (esecuzione specifica

---

[41] W. D'AVANZO, *Alcune considerazioni sul c.d. contratto preliminare*, in *Riv. not.*, 1949, 403; M. FRAGALI, *Dei contratti in generale,* cit., 408; TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali*, cit., 221.

[42] P. FORCHIELLI, *Contratto preliminare*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 687.

[43] R. NICOLÒ, *Adempimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1959, 557.

[44] G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 159 ss.

[45] G. GABRIELLI, V. FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare*, cit., 11: il rimedio *ex* art. 2932 cod. civ. "si aggiunge a quelli tradizionali, gli unici esperibili sotto l'imperio del Codice Civile del 1865". V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 667, nel considerare l'inadempimento del contratto preliminare valuta le forme di inadempimento che non attengono essenzialmente alla violazione dell'obbligo di "concludere il definitivo", ma anche delle "prestazioni dedotte nel definitivo"; in questa ultima ipotesi si applicheranno le regole generali fissate dal Codice Civile per l'inadempimento, come l'eccezione di inadempimento *ex* art. 1460 c.c., diversamente per la prima ipotesi il rimedio dell'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo. V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, cit., 298, evidenzia che il rimedio della risoluzione per inadempimento è applicabile, secondo la giurisprudenza, anche al contratto preliminare in ragione della autonomia di entrambi i contratti (preliminare e definitivo).

[46] G6-. ALPA, *Corso di diritto contrattuale*, Padova, 2006, 107; C.M. BIANCA, *op. cit.*, 185; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto*, in P. RESCIGNO (diretto da) *Trattato di diritto civile*, 2005, XX, 373; G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice Civile annotato con la dottrina e la Giurisprudenza,* sub. art. 2932 c.c., Napoli, 2010, 911; C. SASSO, *Il contratto preliminare*, cit., 1589.

[47] La Relazione al Codice Civile (in *G.U.*, 4 aprile 1942, n. 79-*bis*, ora riprodotta anastaticamente a cura del Consiglio Nazionale Forense, Istituto poligrafico e Zecca delle Stato, 2010) al n. 1187, stabilisce che "il caso dell'art. 2932 avrebbe potuto più propria-



dell'obbligo di concludere il contratto), costituendo un binomio inscindibile. Entrambi rappresentavano una novità rispetto al Codice Civile del 1865, nel quale la figura del contratto preliminare non era espressamente contemplata, sebbene venisse riconosciuta la prestazione del consenso come un *facere* infungibile [48]. Men che mai poteva essere contemplata una "esecuzione specifica" dell'obbligo di concludere il contratto, in quanto una sentenza che andasse a sostituire coattivamente un contratto non concluso, ledeva i principi dell'autonomia privata e della libertà del consenso. Gli unici rimedi concessi [49] per la violazione dell'obbligo di un *facere* infungibile erano la condanna all'adempimento e la risoluzione del contratto per inadempimento con la richiesta del risarcimento del danno [50]. Tuttavia, questi due rimedi presentavano dei limiti: da una parte la condanna all'adempimento mediante una sentenza che riproduceva l'obbligo di concludere un contratto era "meramente ripetitiva", dall'altra parte la risoluzione del contratto per inadempimento con l'equivalente monetario non sempre risultava "soddisfare appieno il debitore" [51].

Diversamente, con la creazione, nel Codice del 1942, del binomio contratto preliminare-esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto [52] mediante la previsione, all'art. 1351 cod. civ., dell'obbligo di forma del preliminare a quella che deve avere il definitivo, e nell'art. 2932 cod. civ. dell'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il definitivo, si è rafforzata la tutela del promissario acquirente. Tale impostazione era stata ampiamente sostenuta già in epoca antecedente al Codice del '42 da autorevole dottrina [53], la quale giustificava il rimedio dell'esecuzione specifica sul fondamento della fungibilità della prestazione, che consentiva di procedere ad un'azione coercitiva [54], come l'esecuzione specifica, la quale, in ragione del presupposto dell'inadempimento, ha natura esecutiva [55] e costitutiva [56] *ex* art. 2908 cod. civ. [57].

In ordine al rapporto tra contratto preliminare e contratto definitivo, la giurisprudenza, inizialmente si è uniformata al principio della "necessaria identità tra preliminare e definitivo" [58], successivamente ha superato questo rigore adottando il principio "dell'adattamento dell'esecuzione alla situazione effettiva ai fini dell'applicabilità del rimedio *ex* art. 2932 cod. civ." [59].

---

mente ricondursi alla categoria dell'art. 2908 (sentenze costitutive), ma è parso più opportuno inserirlo nel quadro dell'esecuzione in vista della sua finalità".

[48] MONTESANO, *Contratto preliminare,* cit., 15, in particolare nota n. 22.

[49] G. GABRIELLI, V. FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare*, cit., 11.

[50] F. MESSINEO, *Contratto preliminare,* cit., 188.

[51] G. GABRIELLI, V. FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare*, cit., 11, i quali ritengono che la "la decisione di introdurre l'esecuzione specifica sia stata coraggiosa, felice e necessaria: coraggiosa perché contrastata, a quel tempo, dall'orientamento dominante; felice perché di larghissima applicazione; necessaria perché la sua mancanza altererebbe la funzione del preliminare, riducendone la rilevanza".

[52] S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit*., 315.

[53] G. CHIOVENDA, *Dell'azione nascente da contratto preliminare*, in *Nuovi saggi di diritto processuale*, Napoli, 1912, 19, come richiamato da S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 374.

[54] S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica,* cit., 315.

[55] P. CALAMANDREI, *La sentenza come atto di esecuzione forzat*a, cit. 219, come richiamato da S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica,* cit., 374.

[56] G. CHIOVENDA, *Dell'azione nascente,* cit., 99, il quale riteneva che il giudice avesse il potere di "costituire un diritto", che potesse creare "quell'effetto giuridico a cui era diretto il contratto preliminare", come richiamato da S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica,* cit., 374. Un'ampia analisi delle posizioni di Coviello e Chiovenda è svolta da L. MONTESANO, *Contratto preliminare*, cit., 13 ss.

[57] L. BIGLIAZZI GERI, P.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, III, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 2003, 298.

[58] Cass., 20 gennaio 1976, n. 167, in *Foro it.*, 1976, I, 1002.

[59] Cass., 22 aprile 1980, n. 2679, in *Foro it.*, 1981, I, 177 e in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 914. Il principio è tutt'ora seguito dalla giurisprudenza: Cass., 11 aprile 2017, n. 9314, in *Vita not.*, 2017, 824, infatti, la modifica della destinazione urbanistica (da agricola ad edificatoria) di un terreno, oggetto del preliminare, non impedisce l'esperimento dell'azione *ex* art. 2932 c.c.



La predetta azione consente alla parte adempiente di rivolgersi al giudice per ottenere una sentenza che produca gli stessi effetti del contratto non concluso [60]. Tale sentenza ha natura costitutiva [61], è personale [62] e non integrativa del preliminare, poiché è inibito al giudice [63] di determinare l'oggetto rimasto indeterminato nel preliminare [64]. Infatti, lo stesso deve già contenere tutti gli elementi essenziali del definitivo [65]; tuttavia, in caso di non perfetta corrispondenza tra l'oggetto del contratto obbligatorio e la pronuncia del giudice, questo ultimo può emettere il provvedimento costitutivo, purché l'immobile possa essere individuato anche con elementi esterni e non ci siano rilevanti variazioni del bene [66]. L'intangibilità del preliminare è stata superata [67] dalla concezione dottrinale che non vede più il preliminare come semplice *pactum de contrahendo*, ma

---

[60] A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, 334 e ss.; L. Montesano, *La sentenza* ex *art. 2932 c.c. come accertamento costitutivo,* cit., 239 e ss.; R. Rascio, *Pronuncia costitutiva e poteri del giudice, in dir. giur.,* 1988, 778.

[61] G. Bozzi, *I contratti preparatori,* cit., 174; G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli (a cura di), *Codice civile commentato*, sub. art. 2932, 7119; A. Chianale, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.,* cit., 477; S. Mazzamuto, *L'esecuzione specifica,* cit., 381, il quale nel richiamare l'orientamento dominante circa la natura costitutiva della sentenza *ex* art. 2932 c.c., evidenzia altresì l'esclusività del rimedio codicistico, in ragione del connubio contratto preliminare-esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo; peraltro tale binomio è stato oggetto di analisi da parte della dottrina, in via esemplificativa L. Montesano, *Obbligazione e azione,* cit., 1173 e 1174, il quale affronta il problema della autonomia privata "giuridicizzata" dall'ordinamento. In giurisprudenza: Cass., 6 settembre 2019 n. 22343, in *Foro It*., Rep., 2019, voce *cit.*, n. 315.

[62] G. Bozzi, *I contratti preparatori,* cit., 169; A. Chianale, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.,* cit., 477; G. Cian, A. Trabucchi, *Commentario breve*, cit., 3797.

[63] C.M. Bianca, *op. cit.*, 194; Cass., 21 marzo 2014, n. 6786, *id.*, Rep. 2015, voce *cit.*, n. 398, in *Rass. forense*, 2014, 833, con nota di M. D'Auria, *Sulla interpretazione di una clausola risolutiva espressa prevista all'interno di un contratto preliminare di vendita di immobili da costruire*, la quale evidenzia che in caso di azione *ex* art. 2932 c.c., l'ammontare del prezzo pattuito dalle parti non potrà essere rivalutato dal giudice in sede giudiziale, salvo che le parti non abbiano previsto la rivalutazione in caso di ritardo già nel contratto preliminare, pertanto l'autonomia privata resta relegata solo al contratto preliminare.

[64] In una recente sentenza della Suprema Corte (Cass., 28 agosto 2020, n. 18043, in *Foro It*., Rep. 2020, voce *cit.*, n. 382), il potere di intervento del giudice, investito della domanda *ex* art. 2932 c.c., nel caso di contratto preliminare avente ad oggetto la divisione di edifici e terreni, resta limitato ad un dato oggettivo, vale a dire alla carenza della dichiarazione degli estremi della concessione edilizia relativa agli edifici e del certificato di destinazione urbanistica relativo ai terreni. Se mancano questi elementi non può procedere allo scioglimento della comunione, poiché trattasi di condizioni dell'azione, la cui mancanza è rilevabile d'ufficio. In giurisprudenza: Cass., 5 gennaio 2022, n. 254, in *Foro it.*, Rep. 2022, voce *cit.*, dove si evidenzia che, con riguardo ad ipotesi di preliminare di compravendita, qualora più soggetti si siano obbligati, con un'unica promessa, ad acquistare *pro indiviso* un immobile, l'adesione di uno dei promittenti compratori all'unilaterale recesso del promittente venditore non impedisce agli altri di chiedere l'emissione della sentenza costitutiva che tiene luogo del contratto non concluso *ex* art. 2932 c.c., rendendosi acquirenti dell'intero"; secondo il consolidato principio per cui "[l]a promessa di vendita di un bene in comunione è, di norma, considerata dalle parti attinente al bene medesimo come un unicum inscindibile e non come somma delle singole quote", Cass., sez. un., 8 luglio 1993, in *Foro it*., 1993, I, 3266 (m), con nota di E. Scoditti, «Quid iuris» *nell'ipotesi di promessa di vendita priva del consenso di tutti i comproprietari?*; *ibid.*, 2456, con nota di G. La Rocca, *Contratto preliminare di vendita e giurisprudenza: riflessioni critiche.*; in *Corriere giur.* 1993, 1320, con nota di V. Carbone, *Preliminare di bene indiviso sottoscritto da alcuni comproprietari: incompletezza del contratto o efficacia limitata alle quote?*; in *Giust. civ.,* 1993, I, 2037; in *Arch. civ.,* 1993, 1152. Sulla più ampia casistica dei beni indivisi si veda G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli (a cura di), *Codice civile commentato*, cit., 7127 e ss. Sul rapporto tra bene indiviso e pluralità di parti si veda A. Chianale, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.,* cit., 478; G. Perlingieri (a cura di), *Codice Civile annotato,* cit., 922.

[65] A. Chianale, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.,* cit., 463; V. Ricciuto, *La formazione progressiva del contratto*, cit., 286 e ss.; D. Rubino, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile Cicu-Messineo*, Milano, 1962, 34.

[66] A. Chianale, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.,* cit., 477 e ivi note di richiami, in particolare 170 e 171; F. Galgano, *Le obbligazioni in generale*, cit., 289, riporta dei casi giurisprudenziali in cui il giudice ha il potere di integrare, nella sentenza, gli elementi non indicati nel preliminare, quali l'indicazione dei dati catastali (purché risultanti dagli atti di causa), ovvero in caso di richiesta di riduzione del prezzo. In ordine ai dati catastali è stato ritenuto dalla Suprema Corte che, nel caso in cui non fosse "determinato, né altrimenti determinabile, il bene promesso in vendita, giacché identificato dalle parti mediante il rinvio, contenuto nel preliminare, ad una planimetria allegata al contratto, non prodotta", Cass., 19 novembre 2020, n. 26351, *Foro it.*, Rep. 2020, voce *cit.,* n. 375; Cass., 24 gennaio 2020, n. 1626, *ibid.*, n. 50; in *Contratti* 2020, 417, con nota di D. Balbino, *I limiti della determinazione dell'oggetto di un contratto preliminare di compravendita tramite il ricorso a elementi esterni*; in *Vita not.*, 2020, 785.

[67] F. Macario, *Garanzia per i vizi ed esecuzione coattiva*, cit., 1687, il quale, nel richiamare Cass., 28 novembre 1976, n. 4478



come negozio attraverso il quale le parti si impegnano a prestare il consenso necessario per la produzione degli effetti del definitivo. Pertanto, ai fini della sentenza sono valutabili anche i comportamenti inadempienti delle parti, successivi alla proposizione della domanda [68], sebbene l'organo giudicante debba comunque rispettare la volontà delle parti [69] e questo costituisce un limite invalicabile [70]. Tuttavia, il giudice può concedere contestualmente alla pronuncia della sentenza *ex* art. 2932 cod. civ. la riduzione del prezzo per vizi e difformità del bene [71].

La pronuncia costitutiva *ex* art. 2932 cod. civ., diversamente da quanto fissato dalla regola generale, secondo la quale tutte le pronunce giudiziali retroagiscono al momento della domanda, dispiega i suoi effetti solo *ex nunc*, vale a dire dal momento del loro passaggio in giudicato [72].

L'azione non può essere esperita, se preventivamente non è stata presentata l'offerta di concludere il definitivo, nella forma della lettera di sollecito, predisposta dalla parte adempiente, a presentarsi dinanzi ad un notaio per la conclusione del definitivo [73], senza che sia richiesta una preventiva messa in mora [74].

Secondo la dottrina l'eseguibilità in forma specifica non può essere applicata ad alcuni contratti preliminari, rimessi alla libera volontà delle parti, in ragione di quanto disposto dall'art. 2932 cod. civ., al comma 1 "qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo". In questa ipotesi l'unico rimedio concesso alla parte adempiente, in caso di inadempimento dell'altra parte, è il risarcimento del danno [75].

(in *Foro it.*, 1977, I, 669, con nota di A. LENER, *Contratto "preliminare", esecuzione anticipata del "definitivo" e rapporto intermedio*), che "costituisce il precedente, l'archetipo, …cui la giurisprudenza successiva si è sempre rifatta", ritiene che con la sentenza delle Sezioni Unite n. 1720/1985 (sopra richiamata, con la quale è stata riconosciuta al promittente acquirente di immobile da costruire ad opera del venditore la possibilità di domandare, contestualmente all'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto, la riduzione del prezzo per la presenza di vizi e difformità della cosa) vi sia stato attribuito carattere "in certo senso dinamico" alla "sequenza preliminare definitivo o, se si preferisce, alla fattispecie preliminare – sentenza costitutiva" e sia stata superata "la barriera dell'intangibilità del regolamento di interessi".

[68] G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato*, cit., 7125; G. BOZZI, *I contratti preparatori,* cit., 178.

[69] G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato*, cit., 7125; G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Commentario breve*, cit., 3793.

[70] G. BOZZI, *I contratti preparatori,* cit., 179.

[71] G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato*, cit., 7125. La difformità del bene può essere sollevata dopo la sentenza, anche se la parte è stata anticipatamente immessa nel possesso del bene: Cass., 27 maggio 2020, n. 9953, in *Foro it.*, Rep. 2020, voce *cit.*, n. 386; in *Giur. it.,* 2020, 2119, con nota di R. CALVO, *Preliminare e decorrenza dei termini capestro*.

[72] G. BONILINI, M. CONFORTINI, G. MARICONDA (a cura di), *Codice delle successioni e donazioni,* Torino, 2015, sub. art. 2932 cod. civ., 2; G. BOZZI, *I contratti preparatori,* cit., 172; G. GABRIELLI – V. FRANCESCHELLI, *op. cit.*, 12; F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di Diritto civile*, vol. II, Padova 2009, 286. In giurisprudenza: Cass., 12 giugno 2015, n. 12236, in *Foro it.*, Rep. 2015, voce *cit.*, n. 394; Cass., 28 luglio 2010, n. 17688, *id.*, Rep. 2010, n. 451; Trib. Bologna, 19 novembre 2008, in *Foro it.*, Rep. 2010, *Procedimento civile*, n. 318; in *Arch. loc. cond. e imm.,* 2009, 577, dove, peraltro si precisa che sino al passaggio in giudicato della sentenza è possibile esperire altre azioni, come ad esempio il rilascio dell'immobile in esecuzione del giudicato già formatosi sulla risoluzione del contratto di locazione.

[73] A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Dig. civ.,* cit., 287, e specialmente nota n. 97; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 246.

[74] C.M. BIANCA, *op. cit.*, 194; G. BONILINI, M. CONFORTINI, G. MARICONDA (a cura di), *Codice delle successioni,* cit., 7122; A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.,* cit., 477; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica*, cit., 422.

[75] Secondo la giurisprudenza di legittimità il risarcimento del danno dovuto al promissario acquirente, in caso di inadempimento del promittente venditore, consiste nella differenza tra il valore commerciale del bene ed il prezzo pattuito: Cass., 30 giugno 2021, n. 18498, in *Foro it.*, Rep. 2021, voce *cit.*, n. 376; Cass., 28 novembre 2017, n. 28375, in *Foro it.*, Rep. 2017, voce *cit.*, n. 350; secondo Cass., 28 luglio 2010, n. 17688, in *Contratti*, 2011, 136, con nota di M. MASTRANDREA, *Esecuzione in forma specifica ed offerta di adempimento della contro-prestazione*, ai fini del risarcimento del danno bisognerà calcolare oltre alla suddetta differenza anche quella relativa alla svalutazione monetaria intervenuta nelle more del giudizio.



Il binomio contratto preliminare (obbligo della forma al definitivo per il contratto preliminare – art. 1351 cod. civ.) ed esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo (*ex* art. 2932 cod. civ.) [76], come detto, cristallizza la ricostruzione avanzata da autorevole dottrina [77], anteriore al codice del '42, la quale giustificava l'azione esecutiva in ragione dalla fungibilità della prestazione [78]. L'inadempimento, presupposto della predetta azione (*ex* art. 2932 cod. civ.), conferisce alla stessa natura esecutiva [79] e natura costitutiva [80] (*ex* art. 2908 cod. civ.) [81].

In ordine alla natura esecutiva parte della dottrina [82] ritiene che la collocazione sistematica della tutela rappresenti un errore, in quanto l'esecuzione avviene non mediante un'attività materiale, ma mediante un provvedimento di cognizione, che produce gli effetti senza procedere all'esecuzione specifica in senso stretto [83]; l'inadeguatezza della nomenclature legislativa "esecuzione forzata" [84], è rappresentata dalla circostanza che la tutela *ex* art. 2932 cod. civ. non va a modificare "in maniera coattiva lo stato di fatto" [85], bensì produce gli effetti del contratto non concluso [86].

Altra parte della dottrina, invece, ritiene che la tutela *ex* art. 2932 cod. civ. abbia una funzione esecutiva, "assimilabile a quelle contenuta negli artt. 2930 e 2933 cod. civ.", in quanto lo scopo di tale azione è "quello di permettere all'avente diritto di conseguire quel risultato che costituisce il contenuto di un obbligo [87].

Per requisito della possibilità deve intendersi una "pratica attuabilità del comando giudiziale"; in assenza di questa condizione, vale a dire quando "la particolare situazione di fatto o di diritto impedisce che la sentenza possa realizzare il risultato del contratto definitivo" [88], non potrà essere esperita l'azione *ex* art. 2932 cod. civ., come nel caso in cui, *medio tempore*, il promittente venditore alieni il bene oggetto di preliminare [89] ovvero sia privato della proprietà del bene a seguito di espropriazione per pubblica utilità [90]; in questa

---

[76] S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica,* cit., 375, evidenzia la complessità della norma in ragione della "struttura oltremodo composita", che "è la spia di un travaglio dogmatico ancora incompiuto".

[77] G. CHIOVENDA, *Dell'azione nascente da contratto preliminare*, in *Nuovi saggi di diritto processuale*, Napoli, 1912, 19, come richiamato da S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 374, nota 1.

[78] G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato*, cit., 7119; A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Digesto Disc. Priv.,* cit., 286, che richiama la dottrina durante la vigenza del codice del 1865, la quale negavano l'applicabilità del rimedio dell'esecuzione forzata al contratto preliminare in ragione della "infungibilità ed incoercibilità della prestazione di facere assunta mediante il contratto preliminare"; L. MONTESANO, *Contratto preliminare*, cit., 15, il quale richiama la ricostruzione di G. CHIOVENDA, *Dell'azione nascente,* cit., 96 e ss.

[79] P. CALAMANDREI, *La sentenza come atto di esecuzione forzat*a, in *Studi in onore di Ascoli*, Messina, 1930, 219, il quale riconosceva al giudice anche poteri di integrazione, come richiamato da S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica,* cit., 374.

[80] G. CHIOVENDA, *Dell'azione nascente,* cit., 99; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica,* cit., 374; L. MONTESANO, *Contratto preliminare*, cit., 13 e ss.

[81] La sentenza va a costituire il contratto definitivo non concluso: L. BIGLIAZZI GERI, P. D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, cit., 298.

[82] G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato*, cit., 7119; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica*, cit. 374; G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice Civile annotato*, cit., 911.

[83] C.M. BIANCA, *op. cit.*, 196.

[84] S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 374.

[85] G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice Civile annotato*, cit., 911.

[86] S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 373.

[87] L. BIGLIAZZI GERI, P. D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, cit., 298.

[88] App. Palermo, 23 gennaio 1991, in *Temi siciliana*, 1991, 10. Un caso particolare costituisce la mancata dichiarazione, ai fini iva (d.P.R. n. 633 del 1972, tabella A, parte II, n. 21), della dichiarazione non di lusso del bene oggetto del preliminare; tale carenza non inficia il contratto preliminare in quanto può essere resa anche in sede di definitivo e "le fatture già emesse per eventuali acconti possono essere rettificate per consentire l'applicazione dell'aliquota ridotta sull'intero corrispettivo", Cass., 8 marzo 2017, n. 5943, in *Foro it*., Rep., 2017, voce *Valore aggiunto (imposta sul) (I.v.a)*, n. 241.

[89] Cass., 6 aprile 1995, n. 4013, in *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Cassazione civile*, n. 221.



ipotesi il promissario acquirente non potrà agire *ex* art. 2932 cod. civ. e chiedere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto (salvi gli effetti della trascrizione del preliminare di vendita di beni immobili). Altra ipotesi attiene alla vendita di beni immobili privi di concessione edilizia [91], per i quali il promissario acquirente non potrà esperire l'azione *ex* art. 2932 cod. civ., in quanto la vendita è priva di un requisito essenziale [92] del contratto definitivo, e non può essere emessa una sentenza costitutiva su un bene, di cui manchi un elemento essenziale ai fini del trasferimento. Tuttavia, se tale documentazione è prodotta in sede giudiziale si può procedere alla pronuncia giudiziale [93].

Nel caso in cui il bene oggetto del preliminare sia di proprietà di terzi, è possibile ottenere l'emissione della sentenza *ex* art. 2932 cod. civ., purché il promittente venditore ne sia divenuto proprietario prima dell'emissione della sentenza medesima [94]. Si tratterebbe di un contratto preliminare condizionato sospensivamente all'acquisto della proprietà in favore del promittente venditore. L'accertamento circa l'avveramento della condizione ai fini dell'emissione della sentenza *ex* art. 2932 cod. civ., è effettuata dal giudice [95].

Se una delle parti dovesse decidere di modificare il contratto definitivo con clausole non condivise dall'altra parte, che rifiuta di accettarle e di concludere il contratto definitivo, è possibile esperire l'azione *ex* art. 2932 cod. civ., ma la sentenza che sostituirà il contratto definitivo non potrà contenere le clausole unilateralmente predisposte [96].

È possibile paralizzare l'esecuzione specifica *ex* art. 2932 cod. civ., anche se esperita, mediante un'azione, in riconvenzionale, di risoluzione del preliminare per inadempimento [97].

Altra condizione prevista dall'art. 2932 cod. civ. per l'esperimento dell'esecuzione in forma specifica è che la stessa non sia esclusa dal titolo, infatti, le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, mediante una "univoca manifestazione di volontà delle parti" [98], possono escludere nel contratto preliminare che si possa ricorrere al giudice per ottenere una sentenza che sostituisca il contratto non concluso.

L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo differisce dalla domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento del diritto di proprietà, in quanto sono diverse sia il *petitum*, sia la *causa petendi*: la prima tende ad ottenere una pronuncia costitutiva, che nasce da un contratto obbligatorio; la seconda, invece, è volta ad una sentenza dichiarativa, che nasce da un negozio con efficacia reale [99].

---

[90] Cass., 10 marzo 2006, n. 5162, *id.,* Rep. 2006, voce *cit.*, n. 539.

[91] L. 28 febbraio1985, n. 47.

[92] Previsto a pena di nullità *ex* art. 17 della medesima legge, così come sostituito dall'art. 46, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

[93] Cass., 19 novembre 2020, n. 26351, cit.; Cass., 20 novembre 2007, n. 24150, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Cassazione civile*, n. 302.

[94] Cass.,19 ottobre 2021, n. 28856; in *Foro it.*, Rep. 2021, voce *cit.*, n. 375; Cass., sez. un., 18 maggio 2006 n. 11624, in *Foro it.* 2006, I, 2009; in *Corriere giur.* 2006, 1394, con nota di E. BOLONDI, *L'adempimento del contratto preliminare di vendita di un bene integralmente altr*ui; in *Vita not.* 2006, 802; in *Contratti* 2006, 975, con nota di E. CALICE, *Contratto preliminare di vendita di cosa altrui*; Cass., 22 giugno 2004, n. 11572, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *cit.*, n. 511.

[95] Cass., 6 settembre 2019 n. 22343, *id.*, Rep. 2019, voce *cit.*, n. 315; Cass., 17 gennaio 2003, n. 628, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, I, 1178; Cass., 20 giugno 2000, n. 8388, in *Urbanistica e appalti* 2000, 1194.

[96] Cass., 16 marzo 1984, n. 1818, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *cit.*, n. 194.

[97] G. BOZZI, *I contratti preparatori,* cit., 230. L'azione per inadempimento non derivante necessariamente dal rifiuto della stipulazione del definitivo, può essere esperita nel caso in cui il bene risulti difforme rispetto al dovuto, sul punto C.M. BIANCA, *Il contratto,* cit., 199. Per la casistica G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Commentario breve*, cit., 3795.

[98] A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.,* cit., 477; IDEM, *Contratto preliminare*, in *Dig. civ.,* cit., 286; G. GABRIELLI, V. FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare*, cit., 11.

[99] Cass., 8 febbraio 2010, n. 2723, *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Procedimento civile*, n. 266, Cass., 12 settembre 2003, n. 13420, in *id.,* Rep. 2003, voce *cit.*, n. 144; la questione relativa all'ammissibilità, in quanto *emendatio* e non *mutatio libelli*, del passaggio dalla domanda di pronuncia costitutiva *ex* art. 2932 cod. civ. alla domanda di pronuncia dichiarativa dell'effetto reale, è stata oggetto di



Il diritto alla stipula del definitivo è soggetto all'ordinario termine di prescrizione [100].

L'azione *ex* art. 2932 cod. civ., secondo la dottrina maggioritaria, non solo è esperibile nel caso in cui vi sia un inadempimento del preliminare (che costituisce la fattispecie principale), ma anche in presenza di obblighi derivanti da testamento [101], da offerta al pubblico [102] o dalla legge [103], mentre è precluso quando "la situazione di fatto o di diritto impedisce che gli effetti realizzino il risultato del contratto definitivo" [104].

La sentenza emessa ai sensi dell'art. 2932 cod. civ. "opera quale sanzione, o meglio una delle sanzioni dell'inadempimento della «obbligazione di concludere il contratto»" [105].

Altra questione esaminata dalla dottrina attiene al rapporto costituito con la sentenza che sostituisce il contratto definitivo non concluso. Secondo parte della dottrina la stessa avrebbe natura contrattuale [106] in quanto "gli effetti che la sentenza produce sono quelli previsti dal contratto" [107], sebbene non possa essere assoggettabile alla disciplina del contratto in quanto atto giudiziale [108] e come tale suscettibile di impugnazione nei modi fissati dall'ordinamento per le decisioni giudiziali [109]. In particolare, per il caso in cui il preliminare sia affetto da vizi gli stessi debbono essere eccepiti nel giudizio di esecuzione specifica, in quanto non inficiano la sentenza, la quale resta valida secondo il principio del giudicato (salvo i casi di revocazione) [110]. In caso di accoglimento della domanda giudiziale non è più ammissibile l'annullamento del preliminare [111].

---

querelles in giurisprudenza: Cass., 30 gennaio 2014, n. 2096, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 507, con nota di R. Muroni, *A margine di due recenti ordinanze interlocutorie della cassazione in tema di* mutatio libelli; Cass., sez. un., 15 giugno 2015 n. 12310, in *Foro it.*, 2015, I, 3174, con nota di A. Motto, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*; in *Corriere giur.,* 2015, 961, con nota di C. Consolo, *Le s.u. aprono alle domande «complanari»: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, in *Giur. it.*, 2015, 2101, con nota di G. Palazzetti, *Ammissibilità dei* nova ex *art. 183, 5° comma*. Le Sezioni Unite stabiliscono "l'ammissibilità della modifica, nella memoria prevista dall'art. 183 c.p.c., dell'originaria domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto con quella di accertamento dell'avvenuto effetto traslativo". Sul punto in dottrina: G. Cian, A. Trabucchi, *Commentario breve*, cit., 3794.

[100] G. Bozzi, *I contratti preparatori,* cit., 147; G. Cian, A. Trabucchi, *Commentario breve*, cit., 3796; G. Gabrielli, *Contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 241. In giurisprudenza: Cass., 22 marzo 2018, n. 7180, in *Foro it.*, voce cit., n. 296; Cass., 27 gennaio 2011, n. 1904, *id*., Rep. 2011, voce *cit.*, n. 455; Cass., 10 dicembre 2001, n. 15587, in *Contratti*, 2002, 653, con nota di V. Di Bona, *La prescrizione nel preliminare e il termine per la stipula del definitivo*; in *Corriere giur*., 2002, 1029, con nota di A. Forchino, *Preliminare di compravendita privo di termine per la stipula del contratto definitivo e prescrizione del diritto*; in *Giust. civ.*, 2002, I, 1918, secondo quest'ultima sentenza il giudice può, ai sensi dell'art. 1183 c.c., fissare il termine per la conclusione del definitivo, qualora la parte, cui era stata rimessa la facoltà di fissare un termine per la stipula del definitivo, temporeggi senza motivo.

[101] Obbligo di vendita in capo all'erede o legatario; sul punto si veda: F.D. Busnelli, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Comm. cod. civ.*, sub artt. 2930-2933, Torino, 1964, 376; G. Bonilini, *Autonomia testamentaria e legato*. *I legati così detti atipici*, Milano,1990, 222; Idem, *Il legato di contratto*, nota a Cass. 5 luglio 1994, n. 6333, in *Contratti*, 1994, I, 628 ss.

[102] G. Cian, A. Trabucchi, *Commentario breve*, cit., 3793.

[103] C.M. Bianca, *Il contratto,* cit., 203; L. Bigliazzi Geri, P. D. Busnelli, U. Natoli, *Diritto civile*, cit., 301; A. Di Majo, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. giur*., Roma, 1991, 1; G. Gionfrida, *Divagazioni su vecchi e nuovi casi giurisprudenziali (In tema di obbligo di concludere un contratto, di sentenza costitutiva e di contratto a favore di terzo)*, in *Foro it.*, 1970, V, 229.

[104] C.M. Bianca, *Il contratto,* cit., 193 e 194.

[105] L. Montesano, *Obbligo a contrarre*, cit., 509.

[106] G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli (a cura di), *Codice civile commentato*, cit., 7125; A. Chianale, voce *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.,* cit., 477; Idem, voce *Contratto preliminare*, in *Digesto Disc. Priv.,* cit., 286; G. Cian, A. Trabucchi, *Commentario breve*, cit., 3793; G. Gabrielli, V. Franceschelli, *Contratto preliminare*, cit., 12; S. Mazzamuto, *L'esecuzione specifica*, cit., 383 e 384 esamina approfonditamente la questione relativa alla natura negoziale degli effetti, soprattutto dall'emanazione della sentenza sino al suo passaggio in giudicato; Montesano, *Contratto preliminare*, cit., 133.

[107] C.M. Bianca, *Il contratto,* cit., 197; L. Montesano, *Obbligazione e azione,* cit., 1204.

[108] A. Chianale, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.,* cit., 477; V. Roppo, *Il contratto*, cit., 671.

[109] C.M. Bianca, *Il contratto,* cit., 197; A. Chianale, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.,* cit., 477.

[110] G. Bozzi, *I contratti preparatori,* cit., 177; V. Roppo, *Il contratto*, cit., 671. Secondo il principio fissato da Cass., 28 luglio 2010, n. 17688, cit., le pronunce costitutive *ex* art. 2932 c.c. sono fonte autonoma di rapporti giuridici e spiegano i loro effetti solo dal momento del loro passaggio in giudicato; pertanto, *medio tempore,* il promissario acquirente potrà rimuovere gli eventuali ostaco-



La sentenza, dunque, ha "natura di adempimento specificativo propria del definitivo" [112], accerta la "definitività" del preliminare e determina "l'inizio dell'effetto negoziale", in quanto gli effetti della stessa realizzano "gli stessi scopi e soddisfano gli stessi interessi cui era coordinato il doveroso, e non compiuto, 'definitivo'" e "ricevono in tutto e per tutto disciplina negoziale" [113].

La sentenza *ex* art. 2932 cod. civ. ha, dunque, "doppia natura" di "atto giurisdizionale" (in quanto sentenza) e "fonte di un rapporto contrattuale" (in quanto costituisce gli effetti del contratto definitivo) [114].

La domanda *ex* art. 2932 cod. civ., che abbia per oggetto il trasferimento della proprietà su beni immobili o mobili registrati, è soggetta a trascrizione ai sensi dell'art. 2652, 2° comma, cod. civ. e tale trascrizione ha effetto prenotativo, in quanto "la trascrizione della sentenza che accoglie la domanda prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il convenuto dopo la trascrizione della domanda", pertanto è necessario che avvenga la trascrizione della sentenza per risolvere il conflitto di interessi con altri acquirenti [115]. Tuttavia, se non viene trascritta la sentenza conclusiva della procedura, essendo la stessa definita con verbale di conciliazione, l'effetto retroattivo non potrà operare [116].

7. – Il contratto preliminare, quale contratto obbligatorio, non produce gli effetti reali propri del definitivo, come il trasferimento; tuttavia, nella prassi si è assistito e si assiste sempre più di frequente, e soprattutto nelle vendite immobiliari, in particolare per gli immobili da costruire o in corso di costruzione [117], alla stipula

---

li di natura formale (nella specie, approvazione del frazionamento) prima della sentenza costitutiva di trasferimento, posto che il giudice prenderà in considerazione non la situazione esistente al momento della domanda, bensì quella esistente al momento della pronuncia. Su questo ultimo aspetto si veda altresì G. BOZZI, *I contratti preparatori,* cit., 175 e F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, cit., 289.

[111] G. BOZZI, *I contratti preparatori,* cit., 176, l'azione di rescissione può essere esperita o con autonomo giudizio o in via riconvenzionale nell'esperimento dell'azione *ex* art. 2932 c.c.; F. MESSINEO, *Contratto preliminare*, cit., 183.

[112] L. MONTESANO, *Obbligazione e azione,* cit., 1204.

[113] IDEM, *ibid.*, anche 1205, dove si evidenzia, inoltre, sia la natura costitutiva delle sentenze in generale sia quella esecutiva, specificando che il termine "esecuzione" non attribuisce un "autonomo diritto potestativo che prescinde in tutto dallo svolgimento e dall'attuazione di quel contratto", ma attiene all'aspetto negoziale, nel senso che il bene non è ottenuto, come nell'esecuzione forzata, "per sola forza di processo", ma per "effetto di negozio". S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica*, cit., 380, nel riportare la dottrina contraria alla collocazione sistematica dell'art. 2932 c.c., richiama l'eccezione posta dalla stessa in ordine alla esecuzione specifica alla quale non potrebbe essere aggiunto l'aggettivo "forzata", in ragione dell'assenza del titolo esecutivo, che rappresenta il fondamento del processo esecutivo. Sul punto si veda anche G. BOZZI, *I contratti preparatori,* cit., 170 e ss.

[114] V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 671. G. BOZZI, *I contratti preparatori,* cit., 175, nel precisare il "triplice positivo accertamento dell'esistenza di un contratto preliminare, dell'adempimento o dell'offerta di adempimento e l'inadempimento del convenuto" mediante l'emanazione della sentenza *ex* art. 2932 c.c., distingue gli effetti della stessa distinguendoli in quelli giudiziali e quelli negoziali.

[115] G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato*, cit., 7126 evidenzia la differenza tra l'effetto *ex nunc* del passaggio in giudicato della sentenza *ex* art. 2032 cod. civ. e l'effetto retroattivo della trascrizione della medesima sentenza e, dunque, della opponibilità ai terzi, che opera solo se viene trascritta la sentenza di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto; A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.,* cit., 477; G. GABRIELLI – V. FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare*, cit., 12; L. MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, cit., 510, esamina in particolare il rapporto tra le due trascrizioni: quella della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto (art. 2952, n. 2) e quella diretta ad ottenere l'accertamento giudiziale della sottoscrizione del contratto definitivo art. 2952, n. 3), evidenziando le difficoltà per il promissario di poter ottenere una sentenza *ex* art. 2932 c.c.; in particolare in caso di fallimento (nota n. 8); V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, cit., 306.

[116] Cass., 29 settembre 2020, n. 20533, in *Foro it*., Rep. 2020, voce *Trascrizione e conservatorie dei registri immobiliari*, n. 12.

[117] Secondo un orientamento recente al contratto preliminare di compravendita di bene immobile con un'impresa operante nel settore della costruzione e vendita degli alloggi si applica la disciplina delle clausole vessatorie: Cass., 14 gennaio 2021, n. 497, in *Foro it.*, 2021, I, 2501; in *Riv. dir. risparmio*, 2021, fasc. 1, 388.



del preliminare con "effetti anticipati", vale a dire ad un contratto obbligatorio, il quale prevede che, *medio tempore*, alcuni effetti tipici del definitivo siano anticipati al preliminare, come il pagamento, totale o parziale, del prezzo e l'immissione nel possesso [118], una c.d. "sfasatura degli effetti contrattuali" [119], in quanto non si riproduce lo schema tipico degli effetti obbligatori (del preliminare) prima e poi degli effetti (eventualmente reali del definitivo).

L'espressione "preliminare ad effetti anticipati" [120] risente della distinzione tra contratto obbligatorio e contratto di trasferimento. La predetta dicitura nasce essenzialmente dall'introduzione, nel diritto italiano, del preliminare. Come detto questo ultimo è stato mutuato dalla pandettistica, quindi dal sistema tedesco ove, a differenza di quello francese (che si fonda sul principio consensualistico, sposato dal nostro Codice Civile), sono previsti due negozi, l'uno obbligatorio, *titulus adquirendi*, e l'altro traslativo, quale *modus adquirendi*, dei beni immobili di natura astratta (*Auflassung*). La dottrina è stata a lungo "prigioniera di questa dicotomia" [121]. In giurisprudenza la questione è stata risolta mediante il ricorso alla disciplina applicabile alla vendita obbligatoria [122]. La consegna del bene anticipata rende il promissario un detentore, che diventerà possessore con il definitivo [123].

Il contratto preliminare ad effetti anticipati è definito come "preliminare complesso" [124] per distinguerlo dal "preliminare puro" [125], nel quale non vi possono essere anticipazioni delle pattuizioni del definitivo. Tale precisazione è doverosa, in quanto consente di evitare che l'anticipazione degli effetti possa creare confusione con gli effetti tipici del definitivo, il quale, non essendo ancora venuto ad esistenza, non può anticipare alcun effetto [126]. Con la definizione di contratto preliminare ad "esecuzione anticipata" [127], si valorizza la causa

---

[118] R. ALESSI, *Il cosiddetto preliminare di vendita ed effetti anticipati*, cit., 438 ss.; G. BOZZI, *I contratti preparatori*, cit., 131; D. CENNI, *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Contratto e impresa*, 1994, 1108; F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, cit., 284; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit.; IDEM, *Il contratto preliminare e l'esecuzione anticipata del definitivo*, in G. ALPA, M. BESSONE (a cura di), *I contratti in generale*, 1991, III, 317 ss.; IDEM, *Il contratto preliminare ad esecuzione anticipata del definitivo nelle più recenti applicazioni giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ.*, 1990, II, 17; F. MACARIO, *Trasferimento del diritto e rimedi contrattuali nell'esecuzione coattiva del preliminare di vendita con consegna anticipata,* nota a Cass., 24 novembre 1994, n. 9991, in *Foro it.*, 1995, I, 3270, il quale sottolinea che l'espressione "contratto preliminare ad effetti anticipati", "con qualche variante terminologica, descrive un particolare modo d'essere della vendita immobiliare in cui al rinvio dell'effetto traslativo (inscindibilmente collegato alla conclusione del contratto definitivo ovvero al passaggio in giudicato della sentenza che accoglie la domanda *ex* art. 2932 c.c.) fa riscontro l'esecuzione sostanziale della vendita, almeno per quel che concerne la consegna della cosa ed il pagamento del prezzo".

[119] V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 651. In giurisprudenza: Cass., 9 giugno 2011, n. 12634, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *cit.*, n. 437.

[120] F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, cit., 284.

[121] A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.,* cit., 469, in particolare nota n. 80, per la dottrina maggioritaria in favore della scissione dei due contratti; 470, nota n. 81 per la dottrina che sottolineava "l'importanza dell'obbligazione di dare e la presenza nell'ordinamento delle prestazioni traslative con causa esterna". V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 652.

[122] A. CHIANALE, *ibid.*, ed ivi note di richiamo. F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, cit., 284, nota 11.

[123] F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, cit., 285, nota 12; S. PATTI, *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione*, cit., 284. Cass. civ., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930, cit.; Cass., 22 giugno 2005, n. 13368, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Possesso e azioni possessorie*, n. 21; in *Riv. giur. edilizia* 2005, I, 1815, con nota di M. DE TILLA, *Anticipata consegna del bene al promissario acquirente*.

[124] S. UGOLINI, *Contratto preliminare complesso, vendita a rate con patto di riservato dominio e compravendita con consegna differita: trasferimento del possesso o trasferimento della detenzione?*, in *Contratto e impr.*, 2002, 91.

[125] G. BOZZI, *I contratti preparatori*, cit., 131. La giurisprudenza rifiuta questa distinzione: Cass., 22 luglio 1977, n. 3272, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 2229, con nota di T.A. AULETTA, *Godimento di bene fruttifero ed interessi* ex *art. 1499 codice civile*; Cass., sez. un., 27 maggio 1985, n. 1720, cit. La distinzione tra preliminare puro e complesso si coglie nel fatto che nel primo l'esecuzione delle prestazioni è subordinata alla conclusione del contratto definitivo, mentre nel secondo avviene prima che quest'ultimo si concluda: Cass., 30 maggio 2000, n. 7142, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Usucapione,* n. 8; Cass., 14 giugno 1996, n. 5500, *ivi*, 1996, voce *cit.*, n. 10.

[126] G.B. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. società*, 1970, 941, ritiene che



concreta [128] e non si altera lo schema causale astratto dell'obbligo a contrarre: nel preliminare si fissa il programma negoziale, nel definitivo si dà attuazione al predetto programma con un atto esecutivo di natura contrattuale; pertanto, l'obbligo a contrarre si arricchisce di ulteriore obbligo, vale a dire quello a trasferire [129]. L'anticipato godimento del bene da parte del promissario acquirente consente di realizzare al meglio le contrapposte esigenze delle parti: in primo luogo, tale anticipazione consente al promissario acquirente di controllare l'effettiva conformità del bene al programma contrattuale definito con il preliminare ed, in secondo luogo, consente al promittente venditore "l'incameramento (parziale o rateale) del prezzo pattuito" [130].

---

l'espressione "contratto preliminare ad effetti anticipati", non sia esatta, in quanto tale anticipazione darebbe al negozio una connotazione in chiave di definitività. In via generale in dottrina, sulla contrattazione preliminare con effetti anticipati, si vedano: R. ALESSI, *Il c.d. preliminare di vendita ad effetti anticipati*, cit., 438; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit., 87; E. GABRIELLI, *Il "preliminare ad effetti anticipati" e la tutela del promissario acquirente*, cit., 313; G. GABRIELLI, *Contratto preliminare*, cit., 438; A. LENER, *Contratto "preliminare", esecuzione anticipata del "definitivo" e rapporto intermedio*, cit., 669.

[127] Nella vasta gamma di fattispecie contrattuali riconducibili alla contrattazione preliminare c.d. ad effetti anticipati vengono assunte come paradigmatiche, ma non esaustive dell'intera casistica, le seguenti: il preliminare di vendita con consegna anticipata del bene e pagamento rateale del prezzo; il preliminare di vendita con pagamento (integrale) anticipato del prezzo pattuito; il preliminare di vendita (di cosa futura) con pagamento del prezzo anticipato ed eventuale consegna anticipata del bene; il preliminare di permuta di area edificabile con appartamento da costruirsi sulla stessa area e consegna anticipata del bene esistente; il preliminare di vendita con clausola per sé o per persona da nominare e pagamento integrale del prezzo. L'elencazione, non esaustiva, dimostra la flessibilità di cui parlavano in premessa. L. BOZZI, *Note preliminari sull'ammissibilità del trasferimento astratto*, in *Riv. dir. comm*., 1995, I, p. 224, evidenzia come una tale varietà tipologica renda difficile l'unificazione delle ipotesi diverse di preliminare ad esecuzione anticipata.

[128] L'accertamento della causa in concreto del preliminare mediante l'interpretazione del contratto tiene conto anche della comune intenzione delle parti desumibile dal comportamento complessivo delle stesse, anche successivo alla conclusione del contratto, *ex* art. 1362, comma 2, cod. civ. Tale ricostruzione è stata adoperata anche dalle Sezioni Unite della Cassazione, nel 2015 (Cass., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, cit.) a proposito del preliminare di preliminare, quando ritenevano produttivo di effetti l'accordo con il quale le parti si obbligavano alla successiva stipula di un contratto preliminare "formale". Solo nel caso in cui emergeva la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto (basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali) ed era identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare, sussisteva il vincolo. L'indagine volta a considerare se ci si trovi dinanzi a semplici pattuizioni, ovvero ad accordi procedimentali di altro genere, doveva essere svolta caso per caso. La causa in concreto, dunque, costituisce il filtro degli interessi delle parti e parametro di riferimento della volontà delle parti, che consente di riconoscere, ad esempio, la pluralità dei contratti preliminari (V. CARBONE, *Il diritto vivente dei contratti preliminari,* nota a Cass., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Corr. Giur*., 2015, 614 s., ma soprattutto C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 421, secondo il quale "la causa assume ancora il ruolo di criterio di qualificazione del contratto. È infatti in base all'interesse concretamente perseguito dalle parti che è possibile inquadrare il contratto nell'ambito degli schemi qualificatori"). La causa del contratto preliminare "è caratteristica, nel senso che essa consiste nella finalità di assicurare, ad una delle parti, o ad entrambe, il mezzo per ottenere la stipulazione di un altro contratto" (C. SASSO, *Il contratto preliminare*, cit., 1561, il quale riporta il pensiero adesivo di L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, s.d., 278, e quello contrario di Romano, secondo il quale "la causa è elemento proprio del contratto definitivo" – S. ROMANO, *Vendita, Contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile Grosso-Santoro Passarelli*, Milano, 1960, 169, nota 152, p. 47 s.). Infatti, secondo la definizione bettiana, la causa è la funzione economico-sociale del contratto ed è un criterio di controllo dell'autonomia privata dove non rientrano i motivi individuali. La medesima funzione economico-sociale varia a seconda del tipo, ad esempio di credito, di scambio; si tratta dei tipi ammessi dalla coscienza sociale, tipi, quindi, non solo legislativi, ma anche liberi (c.d. tipi sociali). Pertanto, la teoria funzionale della causa, che tiene conto dell'intento pratico delle parti, dell'utilità sociale del contratto la rende applicabile anche alle esigenze moderne. Sulla causa in generale, nella sterminata bibliografia in via esemplificativa si veda E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 171; sulla concezione di Betti: N. IRTI, *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, in *Letture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991; G.B. FERRI, *Emilio Betti e la teoria generale del negozio giuridico*, *Introduzione* alla ristampa dell'opera di Betti, Napoli, 1994; IDEM, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico,* Milano 1968, 84 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, *La causa del contratto di società,* in *Dir. fall.,* 1959, I, 13 (il quale ravvisa nella definizione bettiana una conquista della socialità). In particolare, per la causa del contratto preliminare: G. GABRIELLI, V. FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. Treccani*, Torino, 1988, 1; C. SASSO, *Il contratto preliminare*, cit., 1560 e 1961.

[129] Si fa riferimento ai negozi traslativi con causa esterna al contratto definitivo o alle cc.dd. prestazioni traslative isolate.

[130] G. BOZZI, *I contratti preparatori*, cit., 131; M. FARINA, *Contrattazione preliminare*, cit., 146 e 147.



In dottrina e giurisprudenza si discuteva della natura giuridica del contratto preliminare ad effetti anticipati: si considerava inizialmente come una esecuzione anticipata del definitivo; successivamente come un'obbligazione aggiuntiva che ha un suo titolo diverso da quello della vendita [131].

In linea di principio la distinzione tra consenso preliminare e consenso definitivo consente di controllare l'operazione economica programmata nel preliminare, mediante la riserva di un margine di libertà che è definito in maniera variegata in ragione della sostanza su cui verte il controllo da svolgersi in sede di stipulazione definitiva, vale a dire se il preliminare non sia eseguibile in forma specifica, se l'operazione sia economicamente conveniente o se le sopravvenienze siano giuridicamente rilevanti (queste ultime al fine di un controllo della esattezza e conformità al pattuito delle prestazioni nel frattempo eseguite) [132].

Le sopravvenienze non devono essere tali da impedire che "gli effetti della sentenza realizzino il risultato del contratto definitivo" [133], diversamente se le sopravvenienze o le inesattezze nelle esecuzioni dovessero incidere sulla possibilità dell'esperimento dell'azione *ex* art. 2932 cod. civ., la stessa è accordata [134], salvo che le parti, nella loro autonomia contrattuale, non abbiano escluso tale possibilità nel preliminare [135].

L'anticipazione degli effetti del definitivo solleva due questioni: la prima, sulla natura obbligatoria del preliminare; la seconda, sulla natura del definitivo ed il suo profilo causale, in quanto il pagamento del prezzo è già avvenuto in sede di conclusione del preliminare.

In ordine alla prima questione, la dottrina ritiene che il preliminare non possa anticipare il trasferimento della proprietà, perché "in tal caso la sequenza preliminare-definitivo, che è l'essenza della figura, perderebbe ogni senso" [136], mentre è sempre possibile anticipare la consegna della cosa e pagare l'intero prezzo. In giurisprudenza, invece, è rilevante ai fini della distinzione tra preliminare e definitivo il criterio traslativo: se si è immediatamente verificato si parlerà di definitivo, sebbene le parti concludano un successivo contratto (con valore di semplice riproduzione o ripetizione del primo).

Le Sezioni Unite della Cassazione [137], nel decidere (ai fini degli effetti del possesso *ad usucapionem*, in capo al promittente acquirente che abbia conseguito anticipatamente la disponibilità materiale del bene) sull'ammissibilità della tutela in chiave possessoria, hanno stabilito che non determina l'anticipazione degli effetti traslativi la consegna del bene prima della stipula del contratto definitivo e il parziale pagamento del prezzo. Il conseguimento della disponibilità del bene da parte del promissario acquirente rappresenta l'effetto di un contratto di comodato funzionalmente collegato al preliminare di vendita. Il contrasto degli orientamenti precedenti, sempre discordanti [138], è stato superato dalla sentenza delle Sezioni Unite mediante il seguente principio: la natura del possesso anticipato, è più una situazione assimilabile alla detenzione, in quanto l'elemento psicologico caratterizzante è individuato nell'*animus rem sibi habendi*, non ad una situazione

---

[131] Cass., 28 novembre 1976, n. 4478; in *Foro it.*, 1972, I, 669, con nota di A. LENER: la sentenza evidenzia il "trasferimento del godimento" anticipato rispetto al trasferimento della proprietà.

[132] Cass., 23 novembre 2011, n. 24739, cit.; Cass., 28 luglio 2010, n. 17688, cit.; Cass., sez. un., 1 ottobre 2009, n. 21045, cit., nella quale è specificato che il contratto preliminare trova per lo più giustificazione "nell'esigenza delle parti di consacrare provvisoriamente l'accordo raggiunto, al fine di consentire, in vista della stipulazione del contratto definitivo, la verifica dell'esatta consistenza dell'immobile, della sua conformità alle norme urbanistiche e degli oneri tributari connessi al trasferimento".

[133] C.M. BIANCA, *op. cit.*, 193.

[134] Cass., 11 aprile 2017, n. 9314, cit.

[135] G. GABRIELLI, V. FRANCESCHELLI, *op. cit.*, 11; C.M. BIANCA, *op. cit.*, 194.

[136] Così V. ROPPO, *Il contratto preliminare*, cit., 659.

[137] Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930, cit.

[138] A favore della tutela possessoria: Cass., 7 luglio 2000, n. 9106, in *Foro it.*, 2001, I, 522; Cass., 13 luglio 1993, n. 7690, *Foro it.*, Rep.1994, voce *Usucapione*, n. 4. In senso contrario: Cass., 28 giugno 2000, n. 8796, *ivi,* 2001, voce *Vendita*, n. 37; Cass., 30 maggio 2000, n. 7142, cit.; Cass., 27 febbraio 1996, n. 1533, *ivi*, 1996, voce *Possesso*, n. 29; Cass., 14 giugno 1996, n. 5500, cit.



di fatto rilevabile ai fini dell'usucapione. Tale ricostruzione fa riferimento (per distinguere se il godimento di un bene, ricevuto a seguito di una convenzione, sia annoverabile tra il possesso *ad usucapionem* ovvero alla mera detenzione) [139] al c.d. elemento psicologico della fattispecie possessoria generale: se il contratto realizza effetti reali, il contratto è idoneo a determinare, nel soggetto investito del relativo diritto, *l'animus possidendi*; diversamente se realizza soltanto effetti obbligatori, il contratto è idoneo a determinare, nel soggetto investito del relativo diritto, l'*animus detinendi.* Il presupposto dell'individuazione del tipo di contratto preliminare che le parti hanno inteso porre in essere, dunque, è risolto in termini di *quaestio voluntatis*, con l'esame caso per caso. L'unico limite a questo principio, secondo parte della giurisprudenza, è rappresentato dai contratti che non trasferiscono il godimento del bene, ma la proprietà, in quanto, in tale circostanza, il contratto è concluso in funzione del trasferimento del diritto, con il passaggio immediato del possesso in capo all'acquirente [140].

La dottrina ha variamente definito il preliminare ad effetti anticipati, come vendita già definitiva condizionata o ad efficacia parzialmente differita [141].

Nella ricostruzione la Suprema Corte rintraccia, nel collegamento negoziale tra il godimento del bene (contratto di comodato) ed il versamento del prezzo (mutuo gratuito), il meccanismo che consente di descrivere esattamente la fattispecie nelle sue plurime argomentazioni [142], ma esclude la configurabilità di un contratto atipico.

---

[139] L'acquirente è qualificato come detentore, in quanto la disponibilità conseguita dal promissario acquirente si fonda sull'esistenza di un contratto di comodato funzionalmente collegato al contratto preliminare, produttivo di effetti meramente obbligatori, pertanto si nega in giurisprudenza il prodursi a suo favore degli effetti acquisitivi del possesso *ad usucapionem*, principio espresso già in Cass., 14 novembre 2006, n. 24290, *Foro it.*, Rep. 2006, voce *cit.*, n. 13; Cass., 28 giugno 2000, n. 8796, cit.; cristallizzato in Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930, cit.; in senso conforme: Cass., 25 gennaio 2010, n. 1296, in *Foro it*., Rep. 2010, voce *cit.*, n. 447, in *Nuova giur. civ.* 2010, I, 712, con nota di I. L. NOCERA, cit.; Cass., 16 marzo 2016, n. 5211, in *Foro it*., Rep 2016, voce *Possesso e azioni possessorie*, n. 14; Cass., 22 ottobre 2021, n. 29594, *ivi*, Rep. 2021, voce *cit.*, n. 7; Cass., 20 gennaio 2022, 4936, in *https://www.foroplus.it*. La detenzione del promissario, talvolta, è affermata anche in controversie extrapossessorie: Cass., 11 novembre 1992, n. 12133, in *Foro it.*, 1994, I, 205, con nota di G. LENER, *Immissioni 'intollerabili' e azione inibitoria* ex *art. 844 c.c.: natura, legittimazione attiva e rapporti con l'*"actio negatoria". *La tutela del promissario acquirente nel preliminare c.d. "ad effetti anticipati"*. Tuttavia, vi sono decisioni a favore del possesso: Cass., 22 luglio 2003, n. 11415, *ivi,* 2005, voce *Possesso*, n. 15; Cass., 13 luglio 1993, n. 7690, cit.; sull'intrasferibilità del possesso disgiunto dal diritto di cui esso costituisca l'esercizio, Cass., 22 aprile 2005, n. 8502, *ibid.*, n. 22; Cass., 27 settembre 1996, n. 8528, *id.,* 1997, I, 2604; Cass., 8 agosto 1996, n. 7283, *ivi,* 1996, voce *cit.*, n. 27. La prevalente dottrina riconosce in capo al promissario acquirente che sia stato immesso nel godimento anticipato del bene un diritto personale e non reale: A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, cit., 283; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 170; A. LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Milano, 1972, 49 ss.; R. SACCO, *Il possesso*, in *Trattato Cicu-Messine*o, Milano, 1988, XXX, 97 ss.

[140] Sul punto si veda M. FARINA, *Contrattazione preliminare*, cit., 164 e ss.

[141] G. LENER, *Contratto preliminare, esecuzione anticipata del "definitivo" e rapporto intermedio*, cit., 669; G.B. PORTALE, *Principio consensualistico,* cit., 938; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 658; R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, in R. SACCO (diretto da) *Trattato di diritto civile*, Torino, 1993, II, 56. In particolare, F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, in AA.VV., *Il contratto in generale*, in M. BESSONE (diretto da) *Trattato di diritto privato,* Torino, 2000, XIII, 13, dichiara che "la conclusione del definitivo è un atto dovuto non meno del pagamento, l'unica differenza è che in veste di debitore si presentano entrambi i contraenti", precisa come sia preferibile "subordinare l'efficacia del negozio già perfetto (il preliminare) al compimento dell'atto dovuto".

[142] F. GAZZONI, *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?*, in *Riv. not.*, 2001, 723 ss. Sulla categoria del collegamento negoziale, in generale: C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999; G. FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ.*, 1997, II, 233; e G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999; R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, VII, 375 ss. In giurisprudenza sul collegamento negoziale: Cass., 16 giugno 2006, n. 13969, *Foro it*., Rep. 2006, voce *Vendita*, n. 108; Cass., 18 luglio 2003, n. 11240, *ivi*, 2004, voce *cit.*, n. 309; Cass., 13 giugno 1997, n. 5349, *ivi,* 1997, voce *cit.*, n. 491; Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, 1506, con nota di CARINGELLA, *Alla ricerca della causa nei contratti gratuiti atipici*; 23 marzo 1992, n. 3587, *Foro it.,* Rep. 1993, voce *Locazione*, n. 102.



In ordine al secondo problema, vale a dire la natura del definitivo ed il suo profilo causale (tenuto conto che il pagamento del prezzo è già avvenuto in sede di conclusione del preliminare) sussisterebbe una ragione giustificativa del trasferimento nella *causa paeterita*, rinvenibile nello scambio del prezzo già pagato o una *causa solvendi*, rinvenibile nell'adempimento dell'obbligazione di trasferire, creata dal preliminare [143].

Entrambe le parti traggono dei vantaggi dall'esecuzione anticipata delle prestazioni: il promittente venditore realizza il corrispettivo pattuito, contestualmente conserva la proprietà del bene ed, infine, è tutelato dall'inadempimento dell'altra parte; il promissario acquirente, in considerazione della anticipata disponibilità del bene, ha la possibilità di poter accertare la conformità alla promessa prima del trasferimento, ed in presenza di difformità può rifiutare di stipulare il contratto finale o di ricorrere *ex* art. 2932 cod. civ., con contestuale pretesa all'eliminazione dei vizi o alla riduzione del prezzo [144].

Le argomentazioni che precedono consolidano il convincimento che il contratto preliminare sia configurabile quale vero e proprio contratto, che mantiene la propria autonomia funzionale e strutturale [145], all'interno dell'operazione economica che si chiude con il definitivo al quale il preliminare obbliga. All'interno di questo schema negoziale complesso il promissario acquirente è in una posizione temporanea, non equivalente a quella dell'acquirente, ma assimilabile alla stessa, e, secondo la giurisprudenza, tale posizione consente di poter attribuire allo stesso una tutela similare a quella dell'acquirente, ammettendo per lo stesso l'impugnabilità immediata del regolamento di interessi.

Altra questione dibattuta in ordine al preliminare di vendita ad effetti anticipati ai fini della tutela effettiva del promissario acquirente è quella relativa alla carenza di concessione edilizia prevista dalla l. 47/85, per la quale, come già accennato nel paragrafo precedente, non potrà essere pronunciata una sentenza *ex* art. 2932 cod. civ., in ragione della carenza di un requisito essenziale, che la legge prescrive per la validità del definitivo (*ex* art. 17 della medesima legge, così come sostituito dall'art. 46, d.P.R.. 6 giugno 2001, n. 380) ai fini del trasferimento del bene; infatti, in caso di assenza assoluta di concessione edilizia, il contratto preliminare sarà nullo per carenza di un elemento essenziale del contratto [146], salva la possibilità in sede giudiziaria di produrre tale documentazione. Nel caso di concessione edilizia rinvenibile da altra documentazione sussistono due ipotesi a seconda che la stessa sia stata richiamata nel preliminare e prodotta o meno in giudizio: nel primo caso il contratto sarà valido, in quanto l'elemento essenziale è rinvenibile *per relationem*, diversamente, in caso di rinvio a documentazione non prodotta in giudizio, il contratto sarà nullo [147].

Nel caso di concessione in sanatoria occorrerà, ai fini della validità del preliminare, allegare la relativa domanda di concessione in sanatoria, con gli estremi del versamento delle prime due rate della relativa oblazione, così come prescritto dalla legge; diversamente il giudice non potrà "pronunciare la sentenza di trasferimento coattivo di diritti reali su edifici o loro parti, prevista dall'art. 2932 cod. civ., perché l'art. 40, comma

---

[143] V. Roppo, *Il contratto preliminare*, cit., 659.

[144] Sul punto si è già parlato al paragrafo precedente.

[145] A. Chianale, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.,* cit., 469.

[146] Cass., 28 agosto 2020, n. 18043, cit.; Cass., 22 maggio 2008, n. 13225, in *Foro it*., Rep., 2017, voce *Vendita*, n. 83; in *Immobili & dir.*, 2009, fasc. 4, 63, con nota di M. De Tilla, *Contratto traslativo nullo in assenza di concessione edilizia* e in *Giust. civ.*, 2009, I, 180; in *Riv. not.*, 2008, 1422.

[147] Cass., 19 novembre 2020, n. 26351, cit.; Cass., 20 novembre 2007, n. 24150, in *Foro it.*, Rep. 2007, cit. In dottrina, sul punto, si rinvia alle riflessioni di S. Monticelli, *Sulla natura "equivoca" della nullità degli atti traslativi di immobili abusivi,* in *Jus civile*, 2019, 35, specialmente nota 11.



2, l. n. 47 del 1985, richiede che le predette dichiarazioni o allegazioni siano presenti, a pena di nullità, per la stipulazione degli atti tra vivi, aventi per oggetto diritti reali (che non siano di servitù o di garanzia) relativi ad edifici o loro parti" [148].

La questione si inserisce nel più ampio dibattito in ordine alla natura della nullità dei contratti di compravendita di beni immobili in violazione delle norme in materia di urbanistica ed edilizia (art. 46, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 e artt. 17, e 40, comma 2, della l. 28 febbraio 1985, n. 47) per la quale si sono espresse le Sezioni Unite con sentenza del 22 marzo 2019, n. 8230 [149]. Le stesse sono state chiamate a risolvere un contrasto giurisprudenziale tra la natura "sostanziale" e quella "formale" [150] della nullità, desumibile dalle predette norme e a definire "il perimetro di irregolarità urbanistica rilevante ai fini della declaratoria della nullità suddetta" [151] ed hanno stabilito il principio per cui la nullità comminata dall'art. 46 d.P.R. n. 380 del 2001 e dagli art. 17 e 40 l. n. 47 del 1985 colpisce gli atti tra vivi a effetti reali nei soli casi in cui negli stessi non siano menzionati gli estremi del titolo abilitativo dell'immobile ovvero se la menzione è falsa, perché riferita a un titolo che non esiste realmente o non riguarda quell'immobile. Inoltre, affermano le Sezioni Unite, la predetta nullità va ricondotta nell'ambito del comma 3 dell'art 1418 cod. civ. e va a qualificarsi come nullità "testuale", nel senso che colpisce gli atti tra vivi ad effetti reali elencati nelle norme che la prevedono e va a sanzionare l'assenza, in detti atti, degli estremi della concessione edilizia. Tale titolo deve esistere realmente e deve esser riferibile, proprio a quell'immobile, sebbene non sia rilevante ai fini dell'invalidità del contratto, la difformità tra il titolo e la costruzione realizzata in base a detto titolo [152].

Questa soluzione, tuttavia, sembra non tutelare appieno il promissario acquirente, il quale potrebbe venire a conoscenza dell'abuso edilizio solo in sede di contratto definitivo, in quanto la norma prevede tale adem-

---

[148] Cass., 22 gennaio 2018, n. 1505, in *Foro it.,* Rep. 2018, voce *cit.*, n. 318; Cass., 8 febbraio 1997, n. 1199, in *Foro it.*, 1997, I, 745; in *Vita not.*, 1997, 257; in *Giust. civ.*, 1997, I, 1550 e in *Riv. giur. edilizia*, 1997, I, 680; Cass., 3 aprile 1987, n. 3231, in *Foro it.*, 1988, I, 1226. A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.,* cit., 478.

[149] Cass., sez. un., 22 marzo 2019, n. 8230, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, con nota di C. NATOLI, *La natura «testuale» della nullità urbanistica*; in *Foro it.*, 2019, I, c. 2791 ss., con nota di C. DE LORENZO, *Le c.d. «nullità edilizie» e le sezioni unite: cosa resterà di quegli anni 80?*; ivi, c. 2795 ss., con nota di M. SINISCALCHI, *Né formale né sostanziale ma testuale. Che cosa cambia per la nullità «urbanistica» dopo le sezioni unite 22 marzo 2019, n. 8230?*; in *Contratti,* 2019, 534 ss., con nota di G. ORLANDO, *Le SS.UU. sulla circolazione degli edifici abusivi. Note minime sulle nullità documentali "non formali"*; in *Notariato*, 2019, 267 ss., con nota di F. MAGLIULO, *Le menzioni urbanistiche negli atti traslativi: quale nullità?*; in *Corr. giur.*, 2019, 862 ss., con nota di V. CARBONE, *Nullità del contratto*; in *Riv. not.*, 2019, 341 ss., con nota di C. CICERO e A. LEUZZI, *Le nullità delle menzioni urbanistiche negli atti traslativi;* in *Riv. giur. edil.*, 2019, I, 629 ss., con nota di F. BOCCHINI, *Alienazione di edifici abusivi: nullità degli atti e pubblicità dei titoli abilitativi*; in *Urb. app.*, 2019, 496 ss., con nota di E. AMANTE, *Le Sezioni Unite compongono il contrasto sulla nullità formale o sostanziale dell'art. 46, d.P.R., n. 380 del 2001.*

[150] Sulla natura "sostanziale" o "formale" della nullità degli atti aventi ad oggetto il trasferimento di beni immobili qualora gli stessi siano carenti dei requisiti richiesti dalle leggi urbanistiche, si rinvia alle argomentazioni critiche di S. MONTICELLI, *Sulla natura "equivoca"*, cit., 27; ID., *Vizi del titolo edilizio e incidenza sull'attività notarile*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, 2, 602, soprattutto nota n. 3. Sul dibattito nullità "formale" o "sostanziale" in argomento in via esemplificativa: G. ALPA, *Questioni relative alla nozione di nullità nella legge di condono edilizio*, in *Riv. giur. edilizia*, 1986, II, 92; A. CATAUDELLA, *Nullità «formali» e nullità «sostanziali» nella normativa sul condono edilizio*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1991; C. DONISI, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, Napoli, 1986; G. SANTARCANGELO, *Condono edilizio. Formalità e nullità degli atti tra vivi*, Giuffrè, 1991, 131 ss.; P. ZANELLI, *Il condono edilizio: vecchie e nuove nullità*, in *Contr. e impr.*, 1995, 1236 ss., ID., *Commento all'art. 40 della legge n. 47/1985*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1985, 1238.

[151] S. MONTICELLI, *Vizi del titolo edilizio*, cit., 602.

[152] Il principio enunciato dalle Sezioni Unite non convince pienamente S. MONTICELLI, *Vizi del titolo edilizio,* cit., *passim*, il quale critica soprattutto la mancata delineazione di quel "perimetro di irregolarità urbanistica rilevante ai fini della declaratoria della nullità" e che la soluzione prospettata dalle stesse non chiarisca il "quadro equivoco" e non tuteli pienamente l'acquirente in buona fede.



pimento solo per gli atti traslativi, non anche per quelli obbligatori, come il contratto preliminare [153]. La questione si complica maggiormente se vi è un'anticipazione degli effetti del contratto definitivo ed il promissario acquirente viene immesso nel possesso del bene costruito senza la concessione edilizia ovvero in maniera difforme alla stessa, il quale non potrà esercitare neppure il rimedio risarcitorio [154].

Questione analoga, si ravvisa anche nei preliminari in cui manchi l'indicazione della certificazione di agibilità dell'immobile oggetto del contratto [155]. Secondo la recente giurisprudenza, la mancata consegna o il mancato rilascio del certificato di abitabilità (o agibilità) ovvero l'insussistenza delle condizioni perché tale certificato venga rilasciato, non generano nullità del contratto, ma integrano un inadempimento del venditore per consegna di *aliud pro alio*, "adducibile da parte del compratore in via di eccezione, ai sensi dell'art. 1460 cod. civ., o come fonte di pretesa risarcitoria per la ridotta commerciabilità del bene, salvo che quest'ultimo non abbia espressamente rinunciato al requisito dell'abitabilità o comunque esonerato il venditore dall'obbligo di ottenere la relativa licenza" [156]. Inoltre, la mancata consegna del certificato di abitabilità non determina automaticamente la risoluzione del contratto preliminare per inadempimento del venditore, in quanto sarà necessario accertare la gravità di tale omissione in relazione al godimento e alla commerciabilità del bene. Infatti, se, la mancanza dovesse essere grave e dipendere dall'assenza di concessione edilizia, ovvero da difformità edilizie rispetto al progetto originario non sanate, si potrà richiedere la risoluzione giudiziale; diversamente se, in sede giudiziale, si accertati che le mancanze siano sanate (a seguito della presentazione della domanda di concessione in sanatoria, del pagamento di quanto dovuto e del formarsi del silenzio-assenso sulla relativa domanda), tale da non compromettere il godimento dell'immobile promesso in vendita, la risoluzione non potrà essere pronunciata [157]. Inoltre, l'eccezione di inadempimento determinata dalla mancanza non grave del certificato di abitabilità non può essere proposta qualora risulti che il promissario acquirente era a conoscenza di tale situazione [158]. Tale conoscenza, tuttavia, non costituisce espressa rinuncia da parte del promissario acquirente ad ottenere tale certificazione in sede di contratto definitivo [159].

---

[153] Sul punto si veda S. MONTICELLI, *Vizi del titolo edilizio*, cit., 614, il quale sostiene che "non può escludersi che, in pratica, la parte acquirente acquisisca contezza del titolo edilizio indicato nell'atto solo al momento del rogito e non prima. Di qui l'obiettiva difficoltà per l'acquirente di fare le verifiche del caso in ordine all'inerenza del titolo al cespite acquistato".

[154] S. MONTICELLI, *Sulla natura "equivoca"*, cit., 27, il quale evidenzia che il quadro normativo sia "equivoco", in quanto, sebbene predisposto dal legislatore per arginare il fenomeno dell'abusivismo edilizio, rendendo, con la nullità, incommerciabili gli immobili privi di concessione edilizia, in realtà porterebbe all'aberrante risultato di non tutelare l'acquirente in buona fede, che si vedrebbe privato persino della possibilità di ricorrere al rimedio risarcitorio (in particolare 43-45), se venisse accolta la tesi "sostanzialista", introdotta con le sentenze gemelle della Cassazione nel 2013 (Cass., 17 ottobre 2013, n. 23591, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 181 ss., con nota di M. NICOLINI, *Irregolarità urbanistiche e invalidità del contratto*, e Cass., 17 ottobre 2013, n. 28194, in *Urb. app.*, 2014, 645 ss., con nota di D. LAVERMICOCCA, *La nullità del preliminare di vendita per irregolarità urbanistica dell'immobile*).

[155] S. MONTICELLI, *Agibilità dell'immobile e tutela delle parti*, in *Jus civile*, 2022, 6, 1387.

[156] Cass., 5 giugno 2020, n. 10665, in *Foro it.*, Rep. 2020, voce cit., n. 385; Trib. Gela, 6 febbraio 2018, *id.*, Rep. 2018, voce cit., n. 355; in *www.lanuovaproceduracivile.com* 2018, il quale afferma che la mancata consegna dei certificati di abitabilità o agibilità e conformità alla concessione edilizia "giustifica la risoluzione del contratto preliminare di compravendita per inadempimento di non scarsa importanza imputabile al promittente venditore, avendo l'acquirente interesse ad ottenere la proprietà di un immobile idoneo ad assolvere la funzione economico sociale e a soddisfare i bisogni che inducono all'acquisto, e cioè la fruibilità e la commerciabilità del bene, per cui i predetti certificati devono ritenersi essenziali". Ai fini dell'agevolazione sulla prima casa, la mancata stipula entro l'anno del contratto definitivo a causa del ritardo nel rilascio della certificazione di abitabilità, non potrà costituire causa di forma maggiore, in quanto "un contratto preliminare di vendita…non ha efficacia reale, ma meramente obbligatoria" e, ai fini della predetta agevolazione fiscale, è rilevante il solo contratto di trasferimento dei beni, vale a dire il definitivo (Comm. Trib. Lombardia, 20 marzo 2014, in *Riv. giur. edilizia*, 2014, I, 877).

[157] Cass., 5 dicembre 2017, n. 29090, *id.,* Rep. 2017, voce cit., n. 400, in *Vita not.* 2018, 299; in *Nuova giur. civ.*, 2018, 833, con nota di M. CAPECCHI, *Compravendita di immobile privo di agibilità: quali rimedi?*

[158] Cass., 12 novembre 2013, n. 25427, *id.*, Rep. 2013, voce cit., n. 422, la quale stabilisce che "il presupposto dell'obbligo che



Il preliminare, dunque, rappresenta la causa giustificatrice dell'operazione economica [160], pertanto, nel caso di mancato perfezionamento della vendita, il promittente può esercitare, nei limiti di cui alle ultime riflessioni, l'azione restitutoria con eventuale richiesta di risarcimento del danno, non venendo meno il titolo in forza del quale si detiene la cosa. Se, diversamente, il definitivo viene concluso e si perfeziona il trasferimento del bene l'*ex* promittente venditore non potrà pretendere il corrispettivo o l'indennizzo per l'occupazione *medio tempore*, da lui consentita, in quanto la detenzione non è autonoma, ma è stata concordata tra le parti quale accessorio nell'ambito del rapporto contrattuale [161].

8. – L'azione *ex* art. 2932 cod. civ. e la trascrizione della relativa domanda (limitatamente ai preliminari aventi ad oggetto beni immobili e mobili registrati) si sono mostrate, nel tempo, insufficienti a tutelare le parti, tanto da richiedere l'intervento legislativo a più riprese mediante una serie di novelle, a partire dal D.L. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito con modifiche dalla L. 28 febbraio 1997, n. 30. Questa ultima ha introdotto, tra gli altri, l'art. 2645-*bis* cod. civ. (il quale prevede, limitatamente ad alcuni tipi di contratti, la trascrizione del preliminare, con effetto prenotativo su eventuali alienazioni future del medesimo bene da parte del promittente alienante), l'art. 2775-*bis* (privilegio del promissario acquirente), art. 2825-*bis* cod. civ. (ipoteca relativa al credito connesso al contratto preliminare) ed un ulteriore comma all'art. 72 l.f. ("[q]ualora l'immobile sia stato oggetto di preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'art. 2645-*bis* cod. civ. e il curatore, ai sensi del precedente comma, scelga lo scioglimento del contratto, l'acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno e gode del privilegio di cui all'art. 2775-*bis* cod. civ. a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento»); sia mediante la normativa di settore con il d.lgs., 20 giugno 2005, n. 122 (*Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della legge 2 agosto 2004, n. 210*), il d.lgs, 9 gennaio 2006, n. 6 (*Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80*), il d.lgs, 12 settembre 2007, n. 169 (*Disposizioni integrative e correttive al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché al decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai*

---

l'art. 1477, ultimo comma, c.c., pone a carico del venditore (e non del promittente venditore) di consegnare i documenti relativi all'uso della cosa venduta, è che tali documenti siano necessari all'uso della medesima e si trovino in possesso del venditore, il quale, in caso negativo, dovrà curarne la formazione al momento della conclusione del contratto, sicché, in caso di preventiva conclusione del contratto preliminare, è necessario che tali documenti siano acquisiti e consegnati al promissario acquirente all'atto della stipula del contratto definitivo di vendita".

[159] S. MONTICELLI, *Agibilità dell'immobile e tutela delle parti*, cit., 1390, il quale nel richiamare il principio espresso dalla Cassazione (Cass., 20 maggio 2020, n. 9226, in Guida al diritto, 2020, 27, 85), per cui "un contratto preliminare, dell'assenza del certificato di abitabilità/agibilità, non potesse intendersi quale espressa rinuncia da parte del promissario acquirente ad ottenere detta certificazione alla stipula dell'atto di vendita", sostiene che non si possa parlare di rinuncia tacita da parte del promissario acquirente, il quale fosse a conoscenza dell'assenza della certificazione di abitabilità, "poiché l'effetto traslativo consegue al contratto definitivo ed in tale momento sorge il diritto dell'acquirente ad ottenere la certificazione in questione…Ciò rende fortemente consigliabile alla parte promittente venditrice, che abbia consapevolezza che la certificazione in oggetto non potrà essere rilasciata nelle more della stipula del contratto definitivo, né successivamente, di esplicitare alla promittente acquirente tale carenza ed a impegnarsi nella futura vendita solo se nel contratto preliminare stesso o in un patto aggiunto coevo vi sia l'espressa rinuncia del promittente acquirente al diritto in questione anche con riferimento al momento perfezionativo del definitivo".

[160] A. LUMINOSO, *Contratto preliminare, sue false applicazioni e regole di circolazione dei diritti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 936.

[161] C. SASSO, *Il contratto preliminare*, cit., 1549, che riporta Cass., 7 luglio 1967, n. 1689, in *Giust. civ.*, 1967, I, 1606.



sensi dell'articolo 1, commi 5, 5-bis e 6, della legge 14 maggio 2005, n. 80), che ha novellato l'art. 67 e nuovamente l'art. 72 l.f.

L'intervento legislativo, tuttavia, non è riuscito a risolvere del tutto le questioni nuove, sorte nella prassi, ed ha impegnato gli studiosi in una ricostruzione della figura in generale ed in una rimodulazione del tipo contrattuale, soprattutto in relazione all'esecuzione specifica, di cui ci siamo occupati nel dettaglio nel paragrafo precedente.

Da ultimo con il d.lgs., 12 gennaio 2019, n. 14, convertito in l. 19 ottobre 2017, n. 155, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, che è entrato in vigore, per alcuni aspetti, il 15 agosto 2020, e per altri aspetti al 15 luglio 2022 il legislatore ha cercato di uniformare la disciplina dei rapporti scaturenti dai preliminari conclusi prima della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale, concentrando prevalentemente la disciplina all'art. 173 c.c.i.i.

Ma, tornando alla trascrizione del preliminare di vendita di beni immobili, si esaminerà brevemente l'aspetto relativo alla tutela accordata al promissario acquirente di beni immobili o mobili registrati.

La trascrizione del preliminare, [162] con la previsione nell'art. 2645-*bis* cod. civ. [163], fa sorgere il privilegio speciale *ex* art. 2775-*bis* ed ha, al pari della trascrizione della domanda giudiziale dell'azione di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto, un effetto prenotativo [164], in quanto "per effetto della trascrizione del preliminare, la trascrizione del contratto definitivo o della sentenza che accoglie la domanda giudiziale 'prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare'" [165], quindi, gli effetti della trascrizione del definitivo (o sentenza costitutiva) retroagiscono fino alla data dell'atto iniziale, sostanzialmente la trascrizione anticipa (prenota) gli effetti del definitivo [166], rendendolo opponibile ai terzi, che *medio tempore* abbiano trascritto [167].

L'efficacia prenotativa della trascrizione del preliminare perde valore [168] "se entro tre anni non è trascritto o il contratto definitivo o un altro atto che costituisca adempimento del contratto preliminare" (art. 2645-*bis*, comma 3, cod. civ.) ed è questo il tratto distintivo della "prenotazione" derivante dalla trascrizione del preliminare, rispetto alla trascrizione delle domande giudiziarie, la quale rappresentava una tutela "assai debole soprattutto nel caso di preliminari conclusi direttamente con imprese di costruzioni" in ragione di un eventuale fallimento dell'impresa medesima [169]. La *ratio* della norma risiederebbe "sull'esigenza di non sottrarre

---

[162] Negata in precedenza dalla dottrina: L. FERRI, *Della trascrizione immobiliare*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 1966, *sub* art. 2643, 63, 64, il quale, nel riportare il pensiero di Pugliatti (nota 2), evidenzia l'impossibilità di poter trascrivere un contratto privo di efficacia reale, anzi, qualora fosse trascritto, non conferirebbe "alcuna maggiore efficacia all'impegno che le parti hanno assunto", in quanto il promittente venditore "conserva il pieno potere di disposizione sulla cosa"; MESSINEO, *Contratto preliminare*, cit., 178; L. MONTESANO, *Obbligazione e azione,* cit., 1194; IDEM, *Obbligo a contrarre*, cit., 509; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 34, ritiene che la trascrizione del preliminare, se effettuata "è nulla"; in senso contrario solamente F. ROMANO, *Diritto ed obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, 124.

[163] La trascrizione è prevista per i contratti indicati nell'art. 2643 n. 1, 2, 3, 4 c.c.; A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.,* cit., 480 e 481, dove sono indicate nello specifico i contratti preliminari che rientrerebbero nelle fattispecie trascrivibili.

[164] A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, cit., 481; G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto immobiliare*, in *Riv. dir. civ*, 1997, I, 529; V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, cit., 305.

[165] A. LUMINOSO, G: PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., 38.

[166] F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, cit., 286; L. MENGONI, *La pubblicità immobiliare*, in *Jus,* 1986, 12; PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1989, 432; R. NICOLÒ, *La trascrizione*, Milano, 1973, 93.

[167] Per una rapida ricostruzione della situazione *ante* riforma: V. ROPPO, *Il contratto preliminare*, cit., 671 e 672.

[168] Si parla di "mera provvisorietà degli effetti derivanti dalla pubblicità dei contratti immobiliari": R. SPECIALE, *Il contratto preliminare*, cit., 1811.

[169] R. SPECIALE, *Il contratto preliminare*, cit., 1811, il quale, nel concentrare la sua analisi sui preliminari di compravendita immobiliare, specifica che la tutela del promissario acquirente di immobile, che abbia concluso un preliminare di vendita direttamente



troppo a lungo alla libera circolazione e altresì alle legittime aspettative dei creditori del promittente alienante l'immobile promesso in vendita" [170], ovvero di tutelare, in ragione della sua limitata applicabilità a contrattazione immobiliare, "una certa categoria di contraenti, portatori di interessi ritenuti meritevoli di tutela" [171]. Si ritiene in dottrina che detto termine sia di decadenza, non di prescrizione.

Parte della dottrina critica la novella del '97, vista come un tentativo di "normalizzazione" degli effetti del contratto preliminare [172], un solo capitolo della "storia infinita" del contratto preliminare e delle tensioni in esso sottintese [173].

Invero, in dottrina è stata esaminata, in alternativa all'azione *ex* art. 2932 cod. civ. ed alla trascrizione del contratto preliminare (per il quale viene "approntata una disciplina che, ben lungi dal consentire al promissario acquirente il conseguimento del bene immobile (-casa), gli garantisce, più limitatamente la possibilità di uscire dalla fase patologica", anche una "tutela *preventiva*" [174]) la tutela inibitoria del diritto al contratto [175]. Questa ultima troverebbe il suo fondamento nella natura obbligatoria [176] del contratto preliminare che la renderebbe assimilabile ad altre situazioni obbligatorie per la quali l'ordinamento riconosce una tutela inibitoria [177]. Tale applicazione garantirebbe maggiore protezione alla parte adempiente nel rapporto contrattuale, soprattutto in quella fase intermedia che va dalla conclusione del preliminare alla conclusione del definitivo. Solitamente, in questa fase, il promissario acquirente non può impedire, con gli strumenti specifici apprestati dal codice civile, che si verifichi l'inadempimento [178]; diversamente, grazie all'estensione della tutela inibitoria in questa fase [179] anche al preliminare, il medesimo promissario acquirente potrebbe evitare di giungere "all'alterazione irreversibile della situazione prevista dal contratto preliminare" [180], senza dover attendere

---

con imprese di costruzione, è maggiormente tutelato dalla novella in esame, in quanto ai fini della trascrizione è necessario indicare la quota dei millesimi dell'immobile da costruire, che spetterebbe al promissario acquirente.

[170] A. LUMINOSO, G: PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., 47 ed in particolare richiami di dottrina in nota n. 96.

[171] V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, cit., 306.

[172] A. DI MAJO, *La "normalizzazione" del preliminare*, cit., 132.

[173] A. DI MAJO, *La "normalizzazione" del preliminare*, cit., 131.

[174] L. GATT, *Tutela inibitoria del diritto al contratto*, in AA.VV., *Studi in onore di C. Massimo Bianca*, vol. 208/3, Milano, 270. Secondo l'A. la tutela inibitoria propria di alcune categorie di carattere generale del "diritto al contratto", nella quale rientrerebbe, tra le figure rilevanti, il contratto preliminare potrà essere applicata anche a questo ultimo. In particolare, il contratto preliminare in ragione della sua natura obbligatoria ("fa sorgere l'obbligazione di prestare il consenso per il contratto definitivo") può essere definito anche come "il diritto al contratto definitivo".

[175] *Ibid.*, 278.

[176] Nel contratto preliminare sorgerebbe una situazione passiva di obbligo ed una attiva di credito, la cui violazione (non concludere il contratto definitivo) costituisce inadempimento contrattuale e dà luogo alla responsabilità contrattuale, *Ibid.*, 273 e ivi note di richiami, in particolare n. 8.

[177] E tale impostazione, se confrontata ad altre "posizioni di diritto ed obbligo" (quali, ad esempio, le fattispecie di obblighi a contrarre, monopoli legali, trasporti pubblici di linea…) può essere uniformata in via analogica alla tutela preventiva offerta dal nostro ordinamento per la categoria del "diritto al contratto", pertanto, potrà essere ammissibile anche per il contratto preliminare uno strumento di tutela a contenuto inibitorio del diritto al contratto definitivo, *Ibid.*, 278.

[178] L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto è vista come una tutela che "mira a prevenire l'inadempimento cosiddetto definitivo, o irreversibile, salvaguardando l'interesse del creditore a conservare il bene oggetto del contratto nella situazione di fatto e di diritto in cui si trovava", *Ibid.,* 288.

[179] Nella ricostruzione della tutela occorrerà ragionare "sulla possibilità di esperire, già nella fase interinale, i rimedi offerti dall'ordinamento contro l'inadempimento dell'obbligazione principale", dunque, "lo strumento di tutela a carattere preventivo verrebbe ad inserirsi tra i rimedi contro l'inadempimento definitivo dell'obbligazione principale" *Ibid*, 290.

[180] *Ibid.*, 284, dove si evidenzia la vulnerabilità del rimedio *ex* art. 2932 cod. civ. in generale determinata dal limite alla possibilità ("qualora sia possibile") ed alla volontà delle parti ("e non sia escluso dal titolo") ed, in particolare, nel caso in cui il preliminare non sia trascritto o non sia trascrivibile.



l'inadempimento [181] per poter agire sia per l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto *ex* art. 2932 cod. civ. sia per il risarcimento del danno [182]. L'azione inibitoria, infine, potrà essere persino applicata anche nel caso in cui la lesione non promani dalla controparte ma da un terzo con dolo [183]. In ordine all'applicazione in concreto della tutela inibitoria "non occorrerà tanto guardare alla natura del diritto ma al tipo e alle modalità della violazione e al concreto pericolo che essa abbia a ripetersi" [184].

Tuttavia, nella prassi, si è reso necessario l'intervento del legislatore, in quanto la trascrivibilità del preliminare, come detto, non ha, nel tempo, attribuito al promissario acquirente una tutela completa ma parziale: non ha liberato questo ultimo dal rischio di inadempimento (soprattutto dalle conseguenze del fallimento) del promittente venditore-costruttore. Infatti, come evidenziato in precedenza, la tutela specifica in caso di inadempimento dell'obbligo di concludere il contratto definitivo *ex* art. 2932 cod. civ., che consente alla parte adempiente, in caso di inadempimento della controparte, di adire il giudice per ottenere in proprio favore "una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso", si è rivela non idonea a tutelare la parte che ha subito il fallimento del venditore-costruttore, in quanto il regime particolare della procedura fallimentare inibisce allo stesso di esperire il rimedio *ex* art. 2932 cod. civ. Secondo un principio pacifico in dottrina [185], che discende da un'interpretazione estensiva dell'art. 72 l. fall. *ante* riforma [186], il curatore ha il potere di decidere sulla conclusione o meno del definitivo. Infatti, secondo tale disposizione il curatore fallimentare aveva il potere di scelta tra l'esecuzione o lo scioglimento del contratto non ancora eseguito, ma concluso prima della dichiarazione di fallimento [187]. In caso di scelta, da parte del curatore, di concludere il definitivo (come

---

[181] Ai fini della valutazione dell'inadempimento saranno prese in considerazione le attività preparatorie della prestazione oggetto del definitivo, vale a dire se la parte "abbia compiuto la necessaria attività preparatoria", che, rientrando nel contenuto del rapporto obbligatorio, deve essere eseguita con diligenza; "eventuali comportamenti omissivi e commissivi dell'obbligato a contrarre, idonei a renderlo incapace di adempiere la prestazione non costituiscono inadempimento di un'obbligazione negativa autonoma ma violazione dell'obbligazione principale". In tale ottica sarà possibile agire giudizialmente per inibire al debitore di compiere atti idonei "a produrre il 'rischio specifico' dell'inadempimento", *Ibid*, 293 e 295, soprattutto nota 88, dove viene richiamata la legislazione inglese ed americana.

[182] La tutela inibitoria troverebbe il suo fondamento nel pensiero di A. Proto Pisani, *Brevi note in tema di tutela specifica e risarcimento*, in *Foro it*., 1983, II, V, 129 e 130, il quale evidenzia la necessità di apprestare delle tutele non mediante *actiones*, vale dire azioni tipiche, ma mediante "azioni atipiche" più improntate al diritto soggettivo, vale a dire a "garantire a tutti coloro che si affermino titolari di un diritto sostanziale, riconosciuto come tale dall'ordinamento la possibilità di ricorrere alla giurisdizione statuale indipendentemente da una previsione che attribuisca a quel singolo diritto…il diritto di agire in giudizio a tutela del diritto sostanziale che si assuma violato o minacciato"; in particolare per la tutela *ex* art. 2932 cod. civ. richiama le contrapposte visioni di Chiovenda e Coviello, il primo processualista e, pertanto, favorevole a forme di azioni atipiche, il secondo civilista e più incline alle forme codicistiche di tutela specifica-tutela risarcitoria. A. Di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, *id.*, 1989, III, V, 139, nel richiamare Proto Pisani, ritiene che "il piano da cui occorre muovere è invece quello dei bisogni (di tutela), diritti edittalmente previsti, anche se questi bisogni dovranno necessariamente raccordarsi ad interessi, «giustiziabili». L'angolo, dunque, di visuale non è più, per «neutrale» giacché in esso si assume che il bisogno o debba essere giuridicamente riconosciuto e non dire risultare «neutralizzato» o vanificato dentro tecniche di tutela".

[183] L. Gatt, *Tutela inibitoria*, cit., 307.

[184] A. Di Majo, *Forme e tecniche,* cit., 141.

[185] F. Messineo, *Contratto preliminare*, cit., 187.

[186] A seguito dell'attuazione della Legge 19 ottobre 2017, n. 155, con l'emanazione del d.lgs, 12 gennaio 2019, n. 14, in G.U. 14 febbraio 2019, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, che è entrata in vigore, salvo pochi articoli, decorsi diciotto mesi dalla data della sua pubblicazione, ovvero il 15 agosto 2020, l'art. 72 l. f. è stato trasfuso con modifiche nell'art. 172 codice della crisi di impresa. In particolare, nel nuovo articolo è stata stralciata la disposizione che estendeva l'applicazione del comma 1 al contratto preliminare (comma 3, art. 72 l. f.) e quella che autorizzava il contraente, in caso di inadempimento, a far valere il suo credito nel passivo (comma 4, art. 72 l. f.).

[187] S. Mazzamuto, *L'esecuzione specifica*, cit., 418; F. Messineo, *Contratto preliminare*, cit., 187; A. Chianale, *Contratto preliminare*, cit., 289.



atto dell'amministrazione fallimentare), la controparte non poteva rifiutare. Se decideva di adempiere alle obbligazioni del fallito, il curatore, poteva, in caso di inadempimento della controparte esperire l'azione *ex* art. 2932 cod. civ., mentre in caso di inadempimento del curatore, l'altra parte non poteva esperire la predetta azione esecutiva contro il fallimento, in quanto era inibita ogni azione esecutiva individuale (art. 51 l. fall.) ed il "curatore non succede negli obblighi del fallito" [188].

La giurisprudenza seguiva questa impostazione, escludendo l'esperibilità del rimedio *ex* art. 2932 cod. civ., per le medesime ragioni [189].

L'unico rimedio che poteva relativamente inibire l'azione del curatore di sciogliere il contratto ai sensi dell'art. 72 l. fall. e garantiva in caso di accoglimento, l'opponibilità alla massa dei creditori, era la trascrizione della domanda giudiziale *ex* art. 2932 cod. civ. prima della dichiarazione di fallimento [190]. Tuttavia, il curatore poteva comunque esercitare il potere di scelta tra l'esecuzione o lo scioglimento del contratto *ex* art. 72 l. fall. [191].

Tale potere di scioglimento riconosciuto al curatore *ex* art. 72 l. fall. era da intendersi in via di eccezione nella "natura di eccezione in senso proprio nel giudizio di esecuzione in forma specifica del contratto stesso promosso, ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., dalla controparte, ed era idonea a sottrarre il rapporto oggetto della controversia al suo schema legale tipico" [192] e poteva essere esercitato dal curatore anche per la prima volta in appello [193] e sino al passaggio in giudicato della sentenza *ex* art. 2932 cod. civ. [194].

Se falliva il promittente venditore, si applicava l'art. 72, comma 4, l. fall., il quale prevedeva in capo al curatore, nel caso di preliminare perfetto ma non ancora eseguito, il potere di scelta, sopra detto, anche dopo il pagamento del prezzo pattuito per il contratto definitivo non rilevando che "la domanda, inerendo a bene immobile, sia stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento, ovvero che il promissario abbia già pagato od offerto il pagamento del prezzo, posto che la suddetta facoltà di scelta viene meno solo con il passaggio della proprietà della cosa al compratore" [195]. In tale circostanza, inoltre, era inibita persino la proposizione dell'azione *ex* art. 2932 cod. civ. [196], sebben fosse consentita, secondo dottrina e giurisprudenza, la riassunzione del processo contro il curatore, il quale poteva agire in via di eccezione *ex* art. 72, comma 4, l. fall. [197].

Qualora fosse stato proposto un concordato preventivo, ai sensi dell'art. 168 l. fall. [198] il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali previsto, nel concordato preventivo, dall'art. 168 l. fall., non si applicava all'azione *ex* art. 2932 cod. civ. [199].

---

[188] F. MESSINEO, *Contratto preliminare*, cit., 187; A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, cit., 289.

[189] S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica*, cit., 418.

[190] Cass., 8 luglio 2010, n. 16160, in *Immobili & dir.*, 2010, fasc. 9, 48, con nota di A. CIRLA, *La validità del preliminare in caso di edilizia residenziale pubblica*.

[191] Cass., 11 novembre 1991, n. 12033, in *Fallimento*, 1992, 151; in *Dir. fallim.*, 1992, II, 491; Cass., 16 novembre 1989, n. 4887, in *Fallimento*, 1990, 400; in *Dir. fallim.*, 1990, II, 353.

[192] Tale principio ripreso dalla giurisprudenza Cass., 16 gennaio 2003, n. 582, in *Fallimento*, 2003, 840, era stato già elaborato in sede dottrinale: S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica*, cit., 418, in particolare nota 196, che richiama Andrioli.

[193] Cass., 18 gennaio 1995, n. 518, in *Fallimento*, 1995, 766; in *Dir. fallim.*, 1995, II, 540; Cass., 2 marzo 1993, n. 2577, *id.*, 1993, II, 830; in *Fallimento*, 1993, 714.

[194] Cass., 16 maggio 1997, n. 4358, in *Dir. fallim.*, 1998, II, 64; in *Fallimento*, 1998, 143; Cass., 15 novembre 1995, n. 11824, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1720.

[195] Cass., 29 marzo 1989, n. 1497, in *Fallimento*, 1989, 891; in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1859; *Dir. fallim*., 1989, II, 1096.

[196] A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, cit., 289; F. MESSINEO, *Contratto preliminare*, cit., 187.

[197] A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, cit., 289.

[198] Il nuovo Codice della Crisi di Impresa ha rimodulato completamente la materia del concordato preventivo, inserendolo nell'ambito delle "Misure cautelari e protettive" (art. 54 e ss.).



La questione più spinosa atteneva ai preliminari di immobili da costruire [200]. In ragione della scarsa tutela accordata dalla trascrizione del preliminare in caso di insolvenza del costruttore [201] è stato emanato d.lgs. 122/05, il quale all'art. 2 prevedeva che il costruttore dovesse prestare, a pena di nullità [202] del contratto, una garanzia fideiussoria da consegnare alla controparte non più tardi della stipula di un contratto volto al trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalità [203].

Si evidenzia che, secondo la *ratio legis* (vale a dire, garantire la restituzione di quanto versato o di quanto sarà versato) è tutelato il solo interesse negativo dell'acquirente a non perdere quanto pagato al costruttore ma non l'interesse positivo del medesimo alla realizzazione e al trasferimento dell'immobile [204], non anche l'inadempimento dell'obbligazione contrattuale. Infatti, l'importo della fideiussione è corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore abbia già riscosso e che, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, debba ancora riscuotere prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento. Ne discende che la fideiussione non deve essere prestata qualora le parti abbiano concordano il pagamento dell'intero solo dopo il trasferimento del bene.

---

[199] Cass., 1° marzo 2002, n. 3022, in *Foro it.*, 2002, I, 1706, con nota di richiami di M. FABIANI; in *Fallimento*, 2002, 734, con nota di M. FABIANI, *L'esecuzione del contratto preliminare nel concordato preventivo*; in *Giust. civ.*, 2002, I, 942; Cass., 23 gennaio 1998, n. 615, in *Foro it.*, 1999, I, 637.

[200] In dottrina in via esemplificativa: S. DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobile da costruire (tra obbligo e onere)*, in *Riv. dir. civ*., 2009, 5, I, 613; A. LUMINOSO, *La compravendita. La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, Torino, 2005; IDEM, *Contrattazione di immobili da costruire e nullità per mancato rilascio della fideiussione prevista degli artt. 2 e 3 del d.lgs. n. 122/2005*, in *Riv. giur. sarda*, 2013, 1, 101; G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005; G. RIZZI, *Il d. lgs. n. 122 del 2005: assicurazione indennitaria, frazionamento del mutuo, revocatoria fallimentare e le altre novità legislative*, in *CNN, Studi e materiali*, 2005, 2, 1009; IDEM, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire*, in *Notariato*, 2005, 4, 427.

[201] A. LUMINOSO, *I contratti preliminari,* cit., 1061; F. MACARIO, *Rapporti pendenti. Il contratto preliminare*, in *Fall.,* 2018, 1199, il quale evidenzia che "la mancata realizzazione dell'effetto traslativo, in via definitiva e opponibile, permette al curatore di esercitare la facoltà di scioglimento, senza limiti, vanificando in tal modo l'aspettativa del promissario al completamento della fattispecie acquisitiva".

[202] F. MACARIO, *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex D.lgs. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità*, in *https://elibrary.fondazionenotariato.it/articolo.asp?art=01/0107&mn=3*.

[203] Già F. MACARIO, *Il contenuto,* cit. evidenziava le criticità connesse alla polizza fideiussoria in esame, ritenendo che "il reticolato legislativo a maglie strette, predisposto certamente con le migliori intenzioni… spingerà inesorabilmente la prassi verso la ricerca delle più fantasiose combinazioni negoziale elusive della normativa". Tuttavia, in una recente sentenza la Suprema Corte (Cass., 29 agosto 2019, n. 21792, in *Foro it.,* 2019, I, 3519) ha ritenuto che l'escussione della garanzia fideiussoria *ex* art. 2 d.lgs 122/2015 presupponga che "il contratto preliminare di compravendita sia ancora in vigore tra le parti", in quanto, il dettato del comma 7 "non confligge con l'interpretazione che riconosce necessaria la permanenza del contratto preliminare quando viene escussa la garanzia, in quanto, stabilendo che l'efficacia della fideiussione cessa quando dell'immobile viene trasferito il diritto di proprietà (o altro diritto reale di godimento), presuppone l'adempimento del contratto preliminare, e dunque la sua permanenza e la ricostruzione che ne discende si manifesta chiaramente conforme alla *ratio* normativa …di garantire una più intensa tutela al cliente di impresa edile che anticipa il corrispettivo dell'immobile che entri in sua proprietà per l'ipotesi di una evoluzione negativa dell'attività imprenditoriale su cui oggettivamente anch'egli ha fondato un proprio rischio". Il promissario acquirente, dunque, potrà escutere la garanzia fideiussoria solo qualora il contratto preliminare sia ancora in essere: Trib. Bologna, 18 marzo 2015, in *Giur. comm.,* II, 364, con nota di F. GALLUZZO, *Tutela dell'acquirente di immobile da costruire: escutibilità della fideiussione bancaria rilasciata in assenza di recesso.*

[204] A. LUMINOSO, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, Appendice a *La compravendita*, Torino, 2005, 48; A. RE, G. SCALITI, *La nuova disciplina degli acquisti di immobili da costruire*, Torino, 2006, 104. Sulla normativa in generale si veda: F. ADDIS, *Neoformalismo e tutela dell'imprenditore debole,* in *Studi in onore di Lelio Barbiera,* Napoli, 2012, 36; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare tra prassi e normazione: gli acquisti di immobili da costruire e di case di abitazione,* in *Contratto e impresa*, 2012, 469 e ss.; S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir.*, *Annali IV*, Milano 2011, 772; G. SICCHIERO, *Dal contratto preliminare ai contratti preliminari*, in IDEM (a cura di), *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, Padova, 2005, 26 e ss.



La disciplina introdotta nel 2005 prevedeva, inoltre, l'inserimento dell'art. 72-*bis* alla legge fallimentare, che assicurava al promissario acquirente, il quale avesse escusso la fideiussione (nel caso di preliminare di acquisto di immobile da costruire) prima della dichiarazione di fallimento del costruttore e lo avesse comunicato al curatore fallimentare, lo scioglimento del contratto, impedendo che il promissario acquirente potesse essere sottoposto alla scelta di proseguire o sciogliere il contratto, operata dal curatore ai sensi dell'art. 72 l.f. [205].

Con il d.lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019, in attuazione della legge delega n. 155 del 19 ottobre 2017, "Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza" [206], è stata modificata, in attuazione ai principi di delega contenuti nell'art. 12 della legge delega (l. 155/2017), la disciplina in materia di garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire, (artt. 3, 4, 5 e 6 del d.lgs. 122/2005).

In primo luogo, la nuova normativa, modificando l'art. 6 del d.lgs. 122/05, impone la forma scritta *ad substantiam*, atto pubblico o scrittura privata autenticata, per il contratto preliminare ed ogni altro contratto che sia comunque diretto al successivo acquisto in capo ad una persona fisica della proprietà o di altro diritto reale su un immobile da costruire. La *ratio legis* risiede nella necessità di garantire un controllo di legalità sull'obbligo di stipulazione della fideiussione ai sensi degli artt. 2, 3 e 4 del medesimo decreto legislativo. Tale controllo è esercitato dal notaio, che dovrà indicare, nel contratto preliminare, gli estremi della fideiussione e l'attestazione di conformità della stessa al modello standard che verrà determinato sulla base di un decreto ministeriale [207].

In secondo luogo, il d.lgs. n. 14/2019 va ad incidere sul comma 1 dell'art. 3 d.lgs. 122/2005, che prevedeva che la fideiussione fosse rilasciata da una banca, da un'impresa esercente le assicurazioni o da intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107, d.lgs. n. 385/1993. L'art. 385 del Codice della Crisi ha limitato alle sole banche ed imprese assicurative quali soggetti legittimati all'emissione della garanzia fideiussoria, escludendo espressamente gli intermediati finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 t.u.b. La nuova norma elimina il riferimento al Testo Unico ritenendolo superato dai controlli e dalla sorveglianza di Banca d'Italia sugli iscritti nel relativo elenco.

La fideiussione si collega all'obbligo di rilascio della polizza assicurativa indennitaria decennale in favore dell'acquirente e con effetto dalla data di ultimazione dei lavori, a copertura dei danni materiali e diretti all'immobile e ai terzi, derivanti da rovina totale o parziale oppure da gravi difetti costruttivi delle opere, che si siano manifestati successivamente alla stipula del contratto traslativo. La fideiussione, dunque, non garantisce più soltanto la restituzione delle somme versate per il caso in cui il costruttore incorra in una situazione di crisi, ma anche per il caso di mancato rilascio della polizza assicurativa decennale [208]. L'inadempimento di tale obbligo comporta la nullità del contratto, che può essere fatta valere soltanto dall'acquirente. Questo ul-

---

[205] A. LUMINOSO, *Vendita, preliminare di vendita e contratti traslativi,* in *Trattato di dir. fall.,* F. VASSALLI, F. P. LUISO, E. GABRIELLI (diretto da), III, Torino, 2014, 240 e ss.; IDEM, *I contratti preliminari,* cit., 1061 ss.; F. MACARIO, *Rapporti pendenti,* cit., 1193 (e relative note di richiami relative alla normativa *ante* riforma).

[206] Il Codice della crisi si compone di 391 articoli suddivisi, in quattro parti: la prima e più sostanziale relativa al codice della crisi e dell'insolvenza (artt. 1-374), la seconda, contenente alcune modifiche al Codice Civile (artt. 375-384); la terza relativa alle garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire (da art. 385 ad art. 388) e l'ultima contenente le disposizioni finali e transitorie (da art. 389 a art. 391). Il contenuto dell'art. 72 l.f. è stato trasfuso negli artt. 172 e 172 c.c.i.i.; per un commento dettagliato sul punto si veda A. LUMINOSO, *I contratti preliminari,* cit., 1065 e ss.

[207] Il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, come modificato dal d. l. 30 aprile 2022, n. 36, ha disposto (con l'art. 389, comma 1) la proroga dell'entrata in vigore della modifica dei commi 1, 3, 7 e 7-*bis* del presente articolo, disposta dall'art. 389, comma 3 del medesimo d.lgs., dal 16 maggio 2022 al 15 luglio 2022.

[208] A differenza della fideiussione l'assicurazione sarà necessaria alla conclusione del solo atto definitivo e non anche del contratto preliminare.



timo, pertanto, nel caso di mancata consegna dell'assicurazione, potrà o recedere dal contratto preliminare o escutere la fideiussore [209].

La fideiussione ha validità sino alla stipula del contratto definitivo, che deve contenere la menzione degli estremi della polizza decennale e della sua conformità. Sarà onore del notaio menzionare nel contratto di trasferimento gli estremi della polizza decennale e la sua conformità al decreto ministeriale.

Anche la determinazione del contenuto e delle caratteristiche della polizza decennale, nonché del relativo modello standard vengono demandati ad un decreto ministeriale [210].

Da questa breve analisi emerge una tendenza all'affievolimento dell'autonomia negoziale delle parti, che cede il passo alla "standardizzazione", quale strumento di tutela del "contraente debole" (il promissario acquirente) e del mercato.

[209] Dopo aver ottenuto da parte del notaio l'attestazione di non aver ricevuto la polizza assicurativa per la data dell'atto di trasferimento della proprietà.

[210] Decreto interministeriale MISE/MEF, 20 luglio 2022, n. 154.



V. TENORE, *GLI ANIMALI IN GIUDIZIO, CONTENZIOSI COSTITUZIONALI, CIVILI, PENALI, AMMINISTRATIVI, CONTABILI, TRIBUTARI, COMUNITARI SUGLI "ESSERI SENZIENTI NON UMANI"*. NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA, GIAPPICHELLI, TORINO, 2023, PP. 320.

La dottrina, e non solo quella civilistica (che si è limitata in passato a commentare le pochissime norme presenti nel codice civile che disciplinano legate ad animali: cfr. ad esempio artt. da 923 a 926 e 2052 cod. civ.), sta mostrando, al pari della giurisprudenza di tutte le magistrature, un progressivo interesse ai profili giuridici che riguardano gli esseri animali.

Nella letteratura non era, tuttavia, presente un lavoro che operasse il tentativo di mettere ordine tra le opinioni dei dottori della legge e le sparse e variegate pronunce delle Corti, dando così conto, in uno specifico studio monografico, delle tante questioni che gli esseri animali pongono sul piano giuridico e giudiziario nella quotidianeità della vita dei singoli e delle collettività.

Un recente studio *Gli animali in giudizio* di Vito Tenore, magistrato della Corte dei conti, colma questa lacuna, ed offre una visione organica alle tante questioni sorte nel diritto vivente e nelle aule di giustizia, legate a contenziosi civili, penali, amministrativi, contabili e persino costituzionali ed eurounitari.

Il tema affrontato si rivela assai attuale anche alla luce di alcune recenti vicende di cronaca, quale la tragica morte di Andrea Papi a Caldes in Trentino causata dall'orso Jj4 o la parimenti tragica morte di Patrizia La Marca a Soldano in Liguria, sbranata dal rottweiler del fratello, che hanno riproposto ancora una volta alla ribalta dei *media* e dell'opinione pubblica l'antico rapporto tra gli animali, anzi gli "*esseri animali*", e l'uomo.

Lo studio di Tenore non si limita all'analisi dei contenziosi legati ad animali selvatici, ma si incentra soprattutto su quelli nascenti dai sempre più numerosi animali domestici, oltre che da allevamento.

Sin dall'antica Roma (e tale qualificazione permane nell'attuale ordinamento), gli animali sono stati classificati nell'ambito delle mere "*res*" (cose) seppur animate: è nota la tripartizione, legata alla maggiore o minore attitudine a convivere con l'essere umano, in *animalia domestica* (i domestici), *animalia mansueta* (gli addomesticati) e *ferae* o *bestiae* (i selvatici).

Tutte e tre queste tipologie di esseri animali, nella convivenza con l'essere umano, hanno nei secoli originato legami empatici molto forti, ma anche contrasti, attriti e problematiche di varia natura, che il legislatore e la magistratura hanno dovuto progressivamente regolamentare sul piano civilistico, penalistico e amministrativo: del resto gli stessi rapporti tra esseri umani, aventi ad oggetto gli animali, da sempre, hanno richiesto la fissazione di regole di civile convivenza, la cui violazione ha occasionato contenziosi e sentenze dei nostri tribunali.

Questi giudizi sul mondo animale sono stati sino ad oggi segnalati all'opinione pubblica, per lo più come fatti di cronaca, notizie di taglio e sapore giornalistico, in modo sporadico e occasionale da *media* o da associazioni ambientaliste, e la dottrina ha solo occasionalmente, per specifici profili, vagliato questi contenziosi, ma mancava nel pur non minimale panorama bibliografico che riguarda il mondo animale, uno studio ad ampio raggio, che tenga conto dei tanti giudizi occasionati innanzi ai nostri tribunali.

Lo studio di Tenore si apprezza, pertanto, per il tentativo di fornire una veste ordinata a tali crescenti contenziosi, che intervengono nei campi più vari civili e penali: liti condominiali, assegnazione di cani e gatti in sede di separazione tra coniugi, liti ereditarie, aggressioni e lesioni ad opera di animali, imbrattamenti di aree comuni ad opera di deiezioni animali, fauna selvatica (cinghiali, orsi, lupi e volatili) e danni arrecati, maltrattamenti ad animali, doping animale, uso di animali nei circhi, divieti di ingressi in spiagge e condomini, im-



missioni acustiche e disturbo della pubblica quiete per latrati notturni, abbandono di animali, furto di animali, cibo da strada ad animali, commercio di pellicce, sperimentazioni animali etc.

Ma anche la magistratura amministrativa e quella contabile, come risulta dal censimento operato nel libro, si sono interessate al tema "animale" in diffusi contenziosi assurti a rilevanza anche mediatica, quali l'omessa vigilanza di veterinari, annullamento di sanzioni ad allevatori, e tante altre casistiche.

Dunque, anche gli "*esseri animali*", e non solo gli "*esseri umani*", occupano, con i contenziosi che li riguardano, tutte le magistrature, come lo studio di Tenore ben pone in evidenza, segnalando la crescita poderosa delle controversie "animali" dovuta a vari motivi: *a)* il crescente numero di animali randagi e selvatici, non solo in montagna, ma anche in città (cinghiali, uccelli, topi, pantegane, lupi, faine, cani e gatti randagi, pappagalli, etc.), *b)* il fisiologico e diffuso utilizzo di animali da lavoro e "da reddito" (mucche, pecore, capre, cavalli, maiali, galline, api, etc.), *c)* l'utilizzo di animali per sperimentazioni mediche e cosmetiche, *d)* la rilevante presenza in famiglia (o accanto ad anziani e a single) di cani, gatti, volatili, (c.d. animali d'affezione o da compagnia), *e)* la notevole e patologica litigiosità della popolazione italiana ed una effervescenza, anche giudiziaria, delle associazioni animaliste e di molti legali.

Il volume "*Gli animali in giudizio*", alla luce del novellato precetto costituzionale (art. 9), della vigente normativa, generale e speciale, della dottrina intervenuta nel relativo dibattito, ma soprattutto alla luce dell'ampia produzione giurisprudenziale, delinea, dunque, un quadro articolato delle molteplici questioni giuridiche originate dal mondo animale, in attesa di interventi normativi più incisivi sia sulla tutela dell'essere animale, ad oggi mera "*res*" vivente, e non ancora "soggetto (limitato) di diritto", sia sulla tutela delle vittime di aggressioni, o di condotte poco igieniche dei conduttori di animali, soprattutto in contesti urbani e condominiali.

Lo studio inoltre affronta il tema, caro al mondo animalista, della pretesa "*soggettività*" (limitata) dell'animale: prendendo atto dell'evoluzione sociale, come risulta anche da alcune indagini in materia di bioetica, ove da tempo si sollecita la presa di cognizione della "questione animale", lungo un orizzonte di indagine, anche giuridico, più vasto di quello meramente antropocentrico ed utilitaristico. Così che sta sempre più emergendo, sulla scorta di alcuni studi, una nuova prospettiva di indagine in cui l'animale viene accomunato all'uomo per la natura di essere vivente.

Da taluni si parla, pertanto, di un riconoscimento giuridico di una soggettività seppur limitata, emancipando l'animale dall'attuale qualificazione come mera "*res*" (cosa) del codice civile, e alcune novelle al codice penale in materia di maltrattamenti e uccisione di animali (artt.544-*bis* e 544-*ter*, c.p.) si muovono in tale prospettiva.

Il saggio "*Gli animali in giudizio*" affronta, seppur in chiave assai problematica e tendenzialmente dubitativa, questo aspetto assai delicato e rimarca, infine, come l'evoluzione sociale che vede una crescente e quasi invasiva presenza di animali domestici in ogni famiglia e in contesti aggregativi (strade, ristoranti, negozi, uffici, spiagge, alberghi) richieda regole (norme) e soggetti deputati a farle osservare (proprietari in prima battuta, Pubblica Amministrazione e Tribunali in caso di inerzie o omissioni), a cominciare dall'uso sistematico di guinzagli e museruole per cani in contesti pubblici.

Il volume fornisce, dunque, una lettura del fenomeno animale utile non solo ai pratici, ma anche ad ogni proprietario o amante di animali che voglia con consapevolezza convivere con il mondo degli esseri sensienti non umani, conoscendone gli eventuali profili di rilevanza giuridica e giudiziaria; così che il libro, anche per la chiarezza espositiva che lo connota, si rende ben fruibile anche ai non giuristi, ed in tal senso suscita un ulteriore motivo di apprezzamento.

[ENRICO GABRIELLI]