JUS CIVILE

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

3/2026

maggio-giugno

IUSTITIAM COLIMUS

G. Giappichelli Editore

ISSN 2421-2563

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

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

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

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

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

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

INDICE

pag.

Articoli e Saggi

Raffaele Caterina, Neuroscienze e danno non patrimoniale (una cronaca dal futuro) 354

Michele Tamponi, L'evoluzione del diritto successorio tra solidarietà familiare e ragioni del mercato 359

Giovanni Francesco Basini, La successione nelle collezioni artistiche 371

Antonello Iuliani, Brevi riflessioni in tema di 'rinegoziazione' e 'adeguamento' a partire dal Codice dei contratti pubblici 391

Alessandro Carducci Artenisio, La trasformazione "forse" eterogenea di associazione sportiva dilettantistica in società di capitali sportiva dilettantistica 402

Flavio Petrocelli, La prova dell'inadempimento. La responsabilità del professionista intellettuale e del datore di lavoro 429

Vittorio Jacinto, La rinegoziazione è un diritto? La rilevanza del principio di conservazione del contratto dal diritto civile al diritto amministrativo 462

Barbara Cambria, Sostenere senza sostituire: la tutela dei soggetti fragili nell'ordinamento italiano tra retaggi del passato e possibili evoluzioni 514

Fabrizio Ambrogio, La gestazione per altri tra divieto e regolazione: il modello portoghese e i suoi possibili riflessi nel diritto italiano 529

ISSN 2281-3918/2421-2563

ARTICOLI E SAGGI

JUS CIVILE

RAFFAELE CATERINA*

NEUROSCIENZE E DANNO NON PATRIMONIALE (UNA CRONACA DAL FUTURO)**

NEUROSCIENCE AND NON-PECUNIARY DAMAGE (A CHRONICLE FROM THE FUTURE)

Abstract: Il contributo racconta da un immaginario futuro prossimo le implicazioni giuridiche di ipotetici progressi delle neuroscienze nella ricostruzione retrospettiva della sofferenza umana. Attraverso il ricorso all'immaginaria "analisi neurocronologica del dolore", capace di individuare la collocazione temporale di esperienze di sofferenza fisica ed emotiva, vengono messi in rilievo gli effetti che una simile tecnologia potrebbe produrre nel sistema del risarcimento del danno non patrimoniale. La casistica raccontata conduce all'interrogativo se la tutela del danno non patrimoniale abbia effettivamente a che vedere con la sofferenza empiricamente accertabile.

Abstract: The paper, set in an imagined near future, explores the legal implications of hypothetical advances in neuroscience for the retrospective reconstruction of human suffering. Through the fictional device of a "neurochronological analysis of pain," capable of identifying the temporal location of experiences of physical and emotional suffering, it highlights the effects that such a technology could have on the legal framework governing compensation for non-pecuniary damage. The cases presented ultimately raise the question of whether the protection afforded to non-pecuniary damage is, in fact, genuinely concerned with empirically ascertainable suffering.

SOMMARIO: *1. L'eco della sofferenza. – 2. La giurisprudenza di merito italiana. – 3. La sofferenza nel sistema del danno non patrimoniale.*

1. L'eco della sofferenza

Dieci anni or sono, forse, nessuno avrebbe immaginato il tema di questo convegno.

Tutto cominciò con un articolo dal titolo prudente, quasi dimesso rispetto alle implicazioni che lasciava intravedere [1]. Il risultato, in realtà, era dirompente. Gli autori dimostravano che, combinando fMRI ad alta risoluzione, segnali EEG temporali e marcatori neurochimici (derivati da tecniche cosiddette *PET-like*), era possibile ricostruire retrospettivamente episodi di dolore intenso, non solo fisico, ma anche emotivo, con una precisione temporale dell'ordine di alcune ore (o di alcuni giorni, qualora l'esame fosse effettuato a lunga distanza dall'evento).

---

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

** Contributo sottoposto a revisionre.

Il presente contributo corrisponde alla relazione introduttiva al convegno "Il diritto di fronte alle evidenze neurologiche della sofferenza", svoltosi a Torino il 20 settembre 2036.

[1] J.B. REEVES, R. WOO, M.L. KESSLER, S. VAN DER VELDE & C.D. WHITAKER, *Temporal reconstruction of affective pain states from multimodal neuroimaging*, in *Science*, 382, 1453–1459 (2026).

ISSN 2281-3918/2421-2563

La scoperta, naturalmente, non nasceva dal nulla. Gli studi volti a individuare i meccanismi neurali specificamente associati all'elaborazione e alla percezione del dolore erano già assai avanzati [2]. D'altra parte, ricerche risalenti avevano dimostrato come il dolore emotivo, ad esempio, quello derivante da esclusione sociale, sia analogo, nelle sue funzioni neurocognitive, al dolore fisico, producendo *pattern* di attivazione in larga misura sovrapponibili [3].

Il vero salto non fu, dunque, "vedere" il dolore. Fu, piuttosto, ricostruire quando esso era avvenuto. Il gruppo di ricerca sviluppò, a tal fine, un modello ispirato a concetti mutuati dalla fisica e dalla teoria della memoria neurale: ogni evento emotivo intenso altera temporaneamente la connettività cerebrale, le oscillazioni EEG e il rilascio neurochimico (in particolare dopamina e oppioidi endogeni). Tali modifiche, tuttavia, non si esauriscono istantaneamente, ma decadono nel tempo secondo curve prevedibili.

Come ebbe a osservare, qualche anno più tardi, uno degli autori in una fortunata opera divulgativa: "We do not detect pain. We detect its echo" [4].

Entro il 2030, l'analisi neurocronologica del dolore aveva fatto il suo ingresso nelle corti statunitensi. L'Italia, come noto, ha seguito con qualche anno di ritardo. Oggi disponiamo delle prime decisioni di merito, che consentono di iniziare a misurare l'impatto di questa tecnologia sul sistema italiano del danno non patrimoniale.

2. La giurisprudenza di merito italiana

Una parte importante della casistica riguarda naturalmente casi in cui la perizia neurocronologica è stata rifiutata.

La giurisprudenza ha raggiunto rapidamente la conclusione che, dati gli elevati margini di sicurezza dell'analisi, così come avviene per il test genetico nel giudizio promosso per l'accertamento della paternità naturale, il rifiuto immotivato del preteso danneggiato di sottoporsi alla perizia costituisce un comportamento valutabile dal giudice, ex art. 116, comma 2, c. p.c. [5].

In uno dei casi più risalenti [6], l'attore chiedeva il risarcimento del danno morale per la morte del padre, avvenuta per mano del convenuto, condannato per omicidio preterintenzionale. L'attore era stato abbandonato all'età di quattro anni dal padre, che viveva senza fissa dimora, ed era venuto a sapere dell'omicidio solo a seguito del contatto, tramite social network, della sorella unilaterale, per chiedergli conferma della sua identità e notiziarlo dell'evento [7]. Il giudice di merito, pur dando atto del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui in caso di perdita del rapporto parentale la sofferenza morale si presume "a nulla rilevando né che la vittima e il superstite non convivessero, né che fossero distanti (circostanze, queste ultime, le quali potranno essere valutate ai fini del *quantum debeatur*)", salvo che il convenuto provi "che vittima e superstite fossero tra loro indifferenti o in odio" [8], ha ritenuto, "in

[2] Cfr., ad es., A. MOURAUX & G. D. IANNETTI, *The search for pain biomarkers in the human brain*, in *Brain*, 41, 3290–3307 (2018).

[3] Cfr., ad es, N. I. EISENBERGER, M.D. LIEBERMAN & K.D. WILLIAMS, *Does Rejection Hurt? An fMRI Study of Social Exclusion*, in *Science* 302,290-292(2003).

[4] J.B. REEVES, *The Brain in Pain: How We Measure Suffering—and What It Means*, New York, 2029, p. 27.

[5] Cfr., ad es., Trib. Modena 15 giugno 2032, in *Resp. Civ. Prev*., 2032, 256; Trib. Napoli 18 novembre 2033, in *Giur. It*.., 2034, 316.

[6] Trib. Modena 15 giugno 2032, in *Resp. Civ. Prev*., 2032, 256.

[7] Il caso presenta una singolare somiglianza con Cass. 2 febbraio 2026, n. 2183.

[8] Così, *ex multis*, Cass. civ. 2 febbraio 2026, n. 2183.

ISSN 2281-3918/2421-2563

considerazione delle complessive, singolari circostanze del caso", che il rifiuto dell'attore di sottoporsi ad analisi neurocronologica era elemento sufficiente a escludere la sussistenza della sofferenza. D'altra parte, quanto all'aspetto esteriore del danno (c.d. danno dinamico-relazionale), esso era escluso dalla totale assenza di contatti tra l'attore e il padre. La domanda è così stata integralmente respinta.

Altra decisione assai discussa riguarda un caso di perdita del feto alla ventinovesima settimana, a seguito di un accertato ingiustificato ritardo nell'intervento nonostante evidenti sintomi di sofferenza fetale [9]. L'attrice, tossicodipendente e con ritardo mentale lieve, aveva già avuto un figlio precedentemente al parto, all'epoca in affido familiare e di cui poi è stata disposta l'adozione, e si era già in precedenza sottoposta a diverse interruzioni della gravidanza. Il giudice, valorizzando l'orientamento secondo cui "nella perdita di un rapporto parentale (specialmente di un figlio) è proprio la dimensione del dolore, assai più che la modifica della propria vita di relazione, a rappresentare l'aspetto più significativo del danno" [10], ha ritenuto che il rifiuto di sottoporsi alla perizia neurocronologica fosse sufficiente a escludere la sofferenza interiore quale componente del risarcimento, liquidando tuttavia un importo pari al 25% dei minimi previsti dalle tabelle milanesi a titolo di danno dinamico-relazionale.

Infine, possiamo ricordare alcuni casi in materia di equa riparazione per irragionevole durata del processo. Secondo un consolidato orientamento, "anche per le persone giuridiche il danno non patrimoniale, inteso come danno morale soggettivo correlato a turbamenti di carattere psicologico, è (…) conseguenza normale, ancorché non automatica e necessaria, della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, (…), a causa dei disagi e dei turbamenti di carattere psicologico che la lesione di tale diritto solitamente provoca alle persone preposte alla gestione dell'ente o ai suoi membri", il che rende superflua "la valutazione circa la concreta e puntuale sofferenza di amministratori e preposti nel corso del giudizio presupposto perché tali soggetti non potevano che essere interessati, in quanto organi rappresentativi ed esecutivi della società, alla sollecita trattazione del giudizio" [11]. Almeno due sentenze di merito hanno respinto le domande di equa riparazione a fronte del rifiuto degli amministratori di sottoporsi alla perizia neurocronologica [12].

Ma non sono stati solo casi in cui l'attore si è sottratto alla perizia ad attirare l'attenzione. Una sentenza riguardava un caso in cui una donna di colore aveva denunciato la discriminazione subita da parte di un ristoratore, che aveva rifiutato di servire lei e i suoi due figli [13]. Il ristoratore era poi stato condannato ex art. 604 bis c.p. La donna aveva accettato di sottoporsi alla perizia neurocronologica, che tuttavia non aveva rilevato tracce di dolore intenso. La donna aveva ammesso di non aver avuto un'esasperata reazione emotiva, ma di aver reagito per la sua abitudine a far valere i propri diritti. Il giudice di merito, di fronte all'indubbia sussistenza del fatto, ha ammesso il danno morale, richiamando una remota decisione della Corte di cassazione, relativa al caso, simile, di una vittima di un tentativo di estorsione che aveva reagito con fermezza. Nella sentenza citata si esclude che la sussistenza o meno del danno morale si ricolleghi "alla specifica capacità di reazione del singolo individuo, anziché al grado di resistenza medio che è lecito attendersi dalla persona di normale cultura e forza d'animo in presenza di una minaccia estorsiva", perché " ciò equivarrebbe ad affermare che l'ordinamento tutela in misura diversa la

[9] Trib. Bologna, 11 novembre 2033, in *Giur.It.*., 2034, 212..
[10] In questi termini, fra le altre, Cass. 6 ottobre 2025, n. 26826.
[11] Cfr., ad es., Cass. 2 settembre 2025, n. 24404.
[12] Cass. Trib. Milano, 10 maggio 2033, in *Giur. It*., 2033, 312; Trib. Genova, 23 marzo 2035, in *Foro It.*, 2035, 245.
[13] Trib. Pordenone, 3 febbraio 2034, in *Danno e responsabilità*., 2034, 134.

ISSN 2281-3918/2421-2563

persona a seconda del grado di resistenza che la stessa possiede in presenza di una minaccia, determinando un effetto paradossale in danno dei soggetti più coraggiosi" [14].

La sentenza ha ricevuto molti e comprensibili plausi. Eppure, come mi è capitato di osservare nel commentarla, vi è qualcosa di singolare nel ragionamento sotteso. Chi riterrebbe infatti che, laddove un soggetto esca incolume da un'aggressione solo a causa della sua costituzione particolarmente robusta, dovrebbe comunque vedersi liquidare il danno biologico?

Per non moltiplicare le citazioni, ci limitiamo a un ultimo caso [15]. L'attore chiedeva i danni per la morte, in un incidente automobilistico che aveva portato alla condanna del convenuto per omicidio colposo, di una nota blogger, con cui aveva intrattenuto una relazione negli anni del liceo, e che non frequentava da più di sei anni. Numerose testimonianze hanno confermato non solo la sua immutata devozione per la giovane donna, che seguiva quotidianamente, ma anche la sua perdurante speranza di poterne recuperare l'affetto. La perizia neurocronologica ha accertato un'acuta sofferenza a seguito della morte della donna. Con una sentenza molto discussa, la corte, richiamando l'orientamento giurisprudenziale che ammette il risarcimento del danno a favore del coniuge separato, "purché si accerti che l'altrui fatto illecito (…) abbia provocato nel coniuge superstite quel dolore e quelle sofferenze morali che solitamente si accompagnano alla morte di una persona più o meno cara" [16], ha liquidato una somma a titolo di danno morale.

3. La sofferenza nel sistema del danno non patrimoniale

La disponibilità dell'analisi neurocronologica ci ha messo di fronte a uno dei problemi non risolti del nostro sistema del danno non patrimoniale: quello del ruolo effettivo della sofferenza.

Il punto forse meno rilevante, ma da cui si può iniziare, è che una volta individuati con sicurezza i correlati neurologici della sofferenza dovremmo probabilmente ricondurla per intero al danno biologico.

Anche questa non è una novità assoluta, del resto. In un ormai remoto caso statunitense, si è riconosciuto che il disturbo da stress post-traumatico possa costituire "bodily injury" [17]. Il caso merita di essere raccontato. L'attore, conducente di un treno, a seguito di una manovra sbagliata di uno scuolabus l'aveva travolto, scoprendo solo successivamente che al momento dell'impatto non vi erano bambini a bordo dello scuolabus (anche se l'autista era rimasto gravemente ferito). La legge ammetteva la responsabilità degli enti governativi per la conduzione negligente dei veicoli a motore di loro proprietà solo in caso di "bodily injury and property damage". La Corte ha sostenuto che l'incidente avesse causato un danno fisico all'attore, "come dimostrato da una tomografia a emissione di positroni (PET) del cervello"; secondo *l'affidavit* del medico, la PET dell'attore mostrava "riduzioni dell'attività frontale e sottocorticale compatibili con depressione e disturbo da stress post-traumatico". Come sottolineato nella sentenza, "il cervello è una parte del corpo umano".

Ma, più fondamentalmente, oggi si pone con rinnovata urgenza l'esigenza di stabilire se sia davvero la sofferenza, empiricamente dimostrabile, che deve porsi al centro del sistema del danno non patrimoniale.

---

[14] Cass. 25 luglio 2017, n.18327.

[15] Trib. Palermo, 12 maggio 2035, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2035, 424.

[16] In questi termini, Cass. 17 gennaio 2013, n. 1025.

[17] Allen v. Bloomfield Hills School Dist., 760 N.W.2d 811, 281 Mich. App. 49 (Mich. App. 2008).

ISSN 2281-3918/2421-2563

Ormai molti anni or sono, uno psicologo che molto si è occupato di danno non patrimoniale esprimeva il dubbio che "la sofferenza sia utilizzata troppo, e con significati equivoci" [18]. A suo giudizio, "la sofferenza empirica *non costituisce* l'oggetto principale della tutela risarcitoria, a meno di non usare in modo equivoco l'espressione: essa è già compresa, interamente, nella dimensione biologica del pregiudizio": "la sofferenza empirica è un unico fenomeno, soggetto ad un unico tipo di accertamento naturalistico, da assegnare tutto e solo al tipo biologico di pregiudizio" [19]. Provocatoriamente, si chiedeva se, ove si elaborasse un farmaco "capace di eliminare ogni sofferenza, una vera e propria pillola della felicità, o perlomeno dell'oblio perfetto", "dovremmo ancora risarcire coloro che, come diligenti lotofagi, ne hanno beneficiato dopo l'ingiustizia loro capitata". Concludeva che chi è reso cieco deve "essere risarcito in quanto cieco – cioè in quanto la cecità ne ostacola la realizzazione umana", non in quanto infelice; "lo stesso deve accadere per l'orfano, la vedova, il prigioniero": la compromissione delle "*capacità umane fondamentali*, senza le quali nessuna vita può essere definita una *vita buona*" " – "grosso modo corrispondenti ad una tavola, sempre provvisoria, dei diritti inviolabili – rappresenta un autonomo profilo di pregiudizio non patrimoniale, in quanto impedisce alla persona di realizzare il proprio fine, e non (soltanto) perché lo rende infelice" [20].

Oggi vediamo fino in fondo le difficoltà legate alla scarsa chiarezza sui rapporti tra sofferenza empirica e compromissione delle proprie possibilità esistenziali; ma anche, bisogna aggiungere, alla mancata chiarezza sul rapporto tra funzione effettivamente risarcitoria e funzione sanzionatoria del risarcimento del danno non patrimoniale. Siamo davvero disposti, fino in fondo, a risarcire un marito estraniato di cui sappiamo con certezza che non ha sofferto affatto per la morte della moglie? Ma, d'altra parte, siamo disposti a negare il risarcimento a chi subisce un'ingiustizia senza essere scosso nella sua serenità interiore? Sono domande in qualche misura, in passato, occultate dal necessario riferimento, per ragioni probatorie, alla reazione di una persona media, sia pure opportunamente calibrata in funzione di specifici fattori individuali, ma alle quali oggi non possiamo sottrarci.

[18] A. BIANCHI, *Le avventure della sofferenza*, in N. SAPONE e A. BIANCHI, *Le ragioni del danno esistenziale*, Milano, 2010, p. 196.

[19] A. BIANCHI, *Le avventure della sofferenza*, cit., pp. 199-200.

[20] A. BIANCHI, *Il valore dell'uomo*, in N. SAPONE e A. BIANCHI, *Le ragioni del danno esistenziale*, cit., p 232.

ISSN 2281-3918/2421-2563

JUS CIVILE

MICHELE TAMPONI*

L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO SUCCESSORIO TRA SOLIDARIETÀ FAMILIARE E RAGIONI DEL MERCATO**

THE EVOLUTION OF INHERITANCE LAW BETWEEN FAMILY SOLIDARITY AND MARKET FORCES

Abstract: Il saggio analizza l'evoluzione del diritto ereditario ponendo in luce anzitutto lo stretto legame tra materia successoria e famiglia. Ai più stretti membri di questa sono infatti assicurati intensi diritti ereditari: se un soggetto muore senza testamento, l'intero suo patrimonio è devoluto in ambito familiare; e se invece costui ha disposto dei suoi beni in via testamentaria ovvero li ha alienati in vita attraverso atti di liberalità dev'essere comunque assicurata ai congiunti più prossimi una non trascurabile quota dell'intero patrimonio. Alla base di questa regola è il principio di solidarietà familiare, principio che trova tuttavia taluni limiti. L'autore si sofferma a spiegare che la tutela dell'interesse di singoli congiunti è spesso sacrificato, per scelta legislativa, a vantaggio delle ragioni dell'economia, dell'impresa o del mercato, e fornisce vari esempi in questa direzione.

Abstract: This essay analyzes the evolution of inheritance law, highlighting first and foremost the close link between inheritance matters and the family. The closest family members are, in fact, guaranteed substantial inheritance rights: if a person dies without a will, their entire estate passes to the family; and if, on the other hand, the person has disposed of their assets by will or transferred them during their lifetime through gifts, the closest relatives must still be guaranteed a significant share of the entire estate. Underlying this rule is the principle of family solidarity, a principle that nevertheless has certain limits. The author explains that the protection of the interests of individual relatives is often sacrificed, by legislative choice, in favor of economic, business, or market interests, and provides various examples to illustrate this point.

SOMMARIO: *1. Alle origini della successione necessaria. – 2. L'estensione della successione necessaria al coniuge. – 3. I primi cedimenti. – 4. I dubbi sulla persistente attualità del tradizionale sistema: l'introduzione del patto di famiglia. – 5. Le riserve nei riguardi della rigidità della successione necessaria. – 6. L'art. 44 legge 2 dicembre 2025 n. 182. – 7. Le ragioni del mercato.*

1. Alle origini della successione necessaria

Famiglia e diritto successorio: un tema antico, sulla cui evoluzione dal più remoto passato hanno influito istanze etiche, religiose, sociali ed economiche e tra queste ultime, prima fra tutte, l'arcaica concezione collettiva anziché individuale della proprietà: il figlio, il c.d. *suus*, era considerato moralmente

* Già Professore ordinario di Diritto privato – Università Luiss Guido Carli di Roma.

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

Lo scritto riproduce, con l'aggiunta di sommarie indicazioni bibliografiche, la lezione svolta a Roma in data 22 maggio 2026 nel XLII Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato.

ISSN 2281-3918/2421-2563

contitolare delle sostanze familiari, ed automatica e naturale ne risultava la successione una volta istituito nel testamento. Non ne occorreva l'accettazione, in quanto senz'altro erede, e non semplice chiamato, fin dal momento in cui il genitore cessava di vivere. In ciò la differenza dagli estranei: costoro, se chiamati in via testamentaria, divenivano eredi soltanto con l'accettazione.

Due spinte contrapposte si fronteggiavano: il rispetto per l'ultima volontà del *de cuius* e l'esigenza di assicurare la migliore condizione di vita ai più stretti congiunti, e soprattutto a quelli verso cui aveva assunto, procreandoli, le più gravi responsabilità. Per la verità, il padre ben poteva persino privare di eredità il figlio, sia pure solo *nominatim* (mentre figlie e nipoti potevano esserlo anche cumulativamente), ma gli era rigorosamente preclusa la facoltà di passarlo sotto silenzio: *sui aut instituendi sunt aut exheredandi*.

In presenza di *sui praeteriti*, cioè trascurati, il testamento era nullo [1]. Solo nel diritto giustinianeo si creò una vera successione necessaria, la *pars legitima*, che spettava a discendenti ed ascendenti ed investiva anche i legati nonché le donazioni da costoro ricevute durante la vita del *de cuius*.

Nacque così il diritto del legittimario a una quota certa dell'eredità, e cadde la *exheredatio*, se non in presenza di motivi espressi e plausibili che avessero reso indegno il congiunto. Al di là di questo caso, il *de cuius* era tenuto all'*officium pietatis* verso i parenti più stretti in funzione di un modesto sostentamento [2].

Per la detta via, sia pure con progressivi affinamenti, si è giunti sino all'epoca attuale. Il binomio *diritto delle successioni / famiglia* viene dunque da molto lontano.

2. L'estensione della successione necessaria al coniuge

Le relative regole sono state sempre ispirate, già nel diritto romano e poi nelle codificazioni moderne, alla trasmissione della ricchezza in ambito familiare, ed anzi nel cuore di una nicchia ancora più ristretta: la linea del sangue. In presenza di discendenti, fino al 1975 il coniuge superstite vantava solo un diritto di usufrutto, e le proprietà del defunto andavano in via rigorosamente privilegiata ai suoi discendenti. Portata rivoluzionaria, e quasi eversiva, ha rappresentato dunque la sua inclusione nel novero degli eredi necessari.

Quella riforma ha esaltato la protezione dell'interesse familiare traghettando il regime successorio dalla conservazione dei beni riservata *alla stirpe*, con il corollario che erano legittimari i discendenti ma non il coniuge, alla salvaguardia dei beni stessi all'interno del nucleo familiare *nella sua interezza*, ivi incluso dunque anche il coniuge superstite, collocato anzi in posizione di massima evidenza. Quest'ultimo è divenuto destinatario di peculiari privilegi, essendogli stata riservata una quota che non si restringe in alcun caso al di sotto di un quarto dell'intero asse (mentre se concorre con i discendenti a costoro nel loro complesso non può andare mai, in via di riserva, più del 50%), e ad essa si aggiungono in ogni caso il diritto di abitazione della casa familiare e quello all'uso dei beni che la corredano. Né può omettersi di osservare che il regime di comunione degli acquisti potrebbe già averlo significativamente

[1] V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, quattordicesima edizione riveduta, rist., Napoli, 2006, p. 545 s.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, ottava edizione riv. e accr., Milano, 1925, p. 523 ss., specie pp. 609-616. Sui profili storici della successione necessaria, di recente M.I. RICHTER, *La successione necessaria: profili storici*, in *Familia*, gennaio 2023, p. 1 ss.; E. DE BELVIS, *La successione necessaria tra storia e riforme*, Napoli, 2013.

[2] M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 764 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

favorito, laddove le risorse per gli acquisti compiuti in costanza di matrimonio siano derivate soltanto dai proventi maturati dal coniuge premorto. Si direbbe dunque che la riforma del diritto di famiglia abbia segnato l'apice della tutela successoria riservata alla famiglia nucleare.

Il sistema, del resto, ha sempre ruotato sulle regole di successione legittima e necessaria, vero nucleo essenziale della disciplina ereditaria. Il tutto accompagnato da un altro grande limite all'autonomia privata: il divieto dei patti successori, sia istitutivi, sia dispositivi, sia rinunciativi.

Dunque i diritti attribuiti ai legittimari assumono la funzione di perimetrare, sia pure solo a posteriori, la volontà del *de cuius* (e del donante, ove dopo il suo decesso si accerti una lesione consumata con l'atto di liberalità), e al contempo quella di soddisfare l'interesse al conseguimento di un vantaggio patrimoniale fondato sul rapporto di filiazione o di coniugio instaurato in vita dall'ereditando. La posizione di privilegio di questi soggetti è contrassegnata, per giunta, da assoluta irrinunciabilità sino all'apertura della successione, e si è trattato sino a data recentissima, come si vedrà, di una protezione capace di proiettarsi in danno dei terzi estranei.

Granitico pilastro del diritto ereditario, per secoli la successione necessaria ha costituito un intoccabile monumento, pur con l'inconveniente che in qualche misura ha sempre determinato, costituito dal sacrificio parziale ma intenso della libertà testamentaria, e più in generale della libertà patrimoniale, giacché chi ha discendenti o ascendenti non gode pienamente del diritto di disporre dei suoi beni a titolo gratuito, potendone disporre senza limiti soltanto a titolo oneroso.

In questo quadro, il legittimario ha finito per essere sistematicamente riguardato quale soggetto debole per definizione, al punto che il rimedio apprestato da secoli in suo favore è consistito in una reintegrazione opponibile *erga omnes*. Esso ha così assunto nel tempo la veste di protagonista scomodo e ingombrante della vicenda successoria, dal momento che l'accoglimento dell'azione di riduzione inevitabilmente ha condizionato le regole del mercato, se i beni ereditari erano stati frattanto alienati dal beneficiario dell'eredità o della donazione ovvero se su di essi erano stati costituiti pesi o garanzie a beneficio di terzi.

Non c'è dubbio che siffatta intensa tutela è figlia di una concezione radicata, rigorosamente costruita su rimedi coordinati tra loro: l'azione di riduzione, contrassegnata da natura costitutiva, alla quale sono legittimati dal lato passivo i beneficiari della disposizione lesiva; l'azione di restituzione contro donatari ed eredi testamentari o legatari; infine l'azione di restituzione contro i terzi aventi causa, avente natura personale di recupero dei beni, e investita di una precisa funzione realizzativa.

3. I primi cedimenti

Pur al cospetto della cennata larga tutela dell'intero gruppo familiare, già da vari decenni sono stati percorsi i primi timidissimi passi di segno almeno parzialmente diverso. Un primo esempio, ben anteriore alla riforma del diritto di famiglia, è offerto dalla legge 26 maggio 1965 n. 590: nel disciplinare la prelazione agraria, essa stabilisce (art. 8, terzultimo comma), che nel caso di famiglia coltivatrice in cui uno dei congiunti abbia cessato di concorrere alla conduzione del fondo, gli altri componenti hanno diritto di riscattarne la quota, e ciò allo scopo di consolidare l'impresa coltivatrice. In pratica, il diritto di comproprietà di un coerede cede a vantaggio dell'impresa. Quel congiunto che aveva ricevuto una quota o una porzione del fondo la perde per decisione altrui, e poco importa che si tratti pur sempre di rapporti tra familiari.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Pochi anni dopo si affacciano nuove particolarità: alla morte del proprietario di fondo rustico condotto direttamente da lui o dai familiari, trovano bensì applicazione le ordinarie regole successorie, ma in forza dell'art. 49 l. 3 maggio 1982 n. 203 (legge di riforma dei contratti agrari) i congiunti che hanno collaborato con il titolare nella conduzione del fondo diventano automaticamente affittuari delle quote o porzioni destinate ai coeredi che non collaboravano. In altre parole, il familiare non collaborante è coerede, ma è spogliato della facoltà di fare ciò che vuole della quota o della porzione assegnatagli.

Alcuni anni dopo, la legge 31 gennaio 1994 n. 97 (nota come "legge sulla montagna") riconosce ai coeredi divenuti affittuari *ex lege* il diritto all'acquisto per dichiarazione unilaterale (un acquisto coattivo, dunque) delle porzioni ricomprese nelle quote degli altri coeredi.

In sostanza, in tutti questi casi si assiste al drastico indebolimento della posizione di taluni legittimari rispetto ad altri, ancora una volta *a favore dell'impresa*.

Tutto questo, nella logica e nello spirito dell'art. 44 Cost., ed anche con l'obiettivo di contrastare il perverso effetto della frammentazione fondiaria. Si rivela così recessivo il principio solidaristico a protezione della famiglia rispetto alla salvaguardia dell'impresa, pur trattandosi ancora di piccoli segnali confinati in un ambito economico relativamente ristretto, pur se non irrilevante.

4. I dubbi sulla persistente attualità del tradizionale sistema: l'introduzione del patto di famiglia

Via via sono affiorate nuove esigenze destinate ad incidere sul consolidato sistema successorio, e si è cominciato ad avvertire e sottolineare l'opportunità di consentire, a chi lo voglia, di rinunciare anticipatamente ai diritti potenzialmente spettantigli su una successione non ancora aperta o sui beni in essa astrattamente ricadenti. Obiettivo di questa spinta era la garanzia di maggiore fluidità e sicurezza degli acquisti e dei traffici giuridici attraverso sistemazioni aderenti ai *desiderata* e agli interessi dell'intero gruppo familiare [3].

In particolare, sono stati denunciati gli ostacoli al mercato immobiliare e il contrasto con le esigenze della circolazione dei beni, notandosi che il persistente divieto dei patti successori rinunciativi significava indisponibilità della legittima fin quando il titolare era in vita.

L'iniziativa per una riforma dei patti successori, e segnatamente di quelli rinunciativi, non arrivò in porto in quei termini, ma ha finito per tradursi in un risultato settoriale grazie all'introduzione, all'interno del libro secondo del codice civile, del contratto attraverso il quale – come recita l'art. 768 *bis* [4] – compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote ad uno o più discendenti.

Corollario di questa innovazione è stata la modifica dell'art. 458, cioè della disposizione sul divieto dei patti successori, che è rimasto fermo bensì, ma «fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768 bis e seguenti». Il tutto con una dichiarata finalità di transizione intergenerazionale della ricchezza, limitata tuttavia all'azienda e alle partecipazioni sociali. Questa innovazione può dirsi di rottura rispetto a due

[3] Si pensi, a modo di esempio, al figlio che, ricevendo dal genitore una donazione, intenda dichiararsi soddisfatto di ciò che ha ricevuto e rinunciare a ogni futuro diritto successorio astrattamente maturabile sul patrimonio del donante allorché quest'ultimo cesserà di vivere.

[4] Introdotto dalla legge 14 febbraio 2006 n. 55.

ISSN 2281-3918/2421-2563

capisaldi del diritto ereditario: la legittima e la collazione, giacché a detto patto conseguono, sul piano degli effetti, l'esclusione dei beni che ne sono oggetto dall'obbligo di collazione e la loro sottrazione all'azione di riduzione.

Si è così mirato ad assicurare l'avvicendamento sui beni d'impresa in un quadro di continuità aziendale atto a preservare l'interesse proprio dell'attività imprenditoriale. Il patto va dunque oltre le anguste strettoie del diritto successorio, quantomeno con riferimento alle piccole e medie imprese, quelle caratterizzate da una base familiare. Tra l'altro, esso ha effetto traslativo immediato, in ciò distinguendosi nettamente dal testamento, e soprattutto prevede una disciplina consensuale del controllo sui beni d'impresa [5].

Chiara la *ratio* di questa normativa: si intende scongiurare che, in conseguenza delle operazioni divisionali dopo la morte del titolare, risulti compromessa l'unitarietà del complesso organizzato dei beni produttivi, problema che si pone non solo in riguardo alla successione necessaria, bensì anche rispetto alla devoluzione dell'eredità secondo le regole della successione legittima.

Quel che è certo, in ogni caso, è che la novella del 2006 ha sancito la transizione da un vietato anticipo di successione a una consentita successione anticipata, prevenendo la frammentazione che potrebbe determinarsi con un'ordinaria successione ereditaria.

Il legislatore discorre in proposito di "patto *di famiglia*", ma a ben vedere questo contratto ne è solo apparentemente a sostegno: privilegiare la continuità dell'impresa significa attenuare la protezione dei futuri discendenti cui l'azienda o le partecipazioni non vengono destinate, e si assiste dunque a un'eloquente erosione della posizione di privilegio generalizzato per tutti i legittimari. Alcuni consolidano la propria; altri vengono a trovarsi in situazione deteriore, pur non potendosi affermare che le relative regole abbiano stravolto i principi della successione necessaria, non essendosi avverata quella profezia secondo cui le piccole e medie imprese, ovverosia le naturali destinatarie del patto, avrebbero costituito il cavallo di Troia di un diritto delle successioni più europeo, molto distante da quello conosciuto all'interno dei confini nazionali [6].

5. Le riserve nei riguardi della rigidità della successione necessaria

Insofferenza ha cominciato a manifestarsi presso studiosi e operatori anche e soprattutto nei riguardi della rigidità della successione necessaria. Circa vent'anni orsono il legislatore si era indotto ai primi interventi in tema di reintegrazione della quota riservata ai legittimari, attraverso due leggine emanate in rapida successione (legge 14 maggio 2005, n. 80, art. 2; legge 28 dicembre 2005, n. 263, art. 3), che non hanno però significativamente mutato l'assetto anteriore.

In base a quelle miniriforme, il diritto potestativo, riconosciuto al legittimario leso, di ottenere la restituzione a carico del terzo acquirente veniva limitato all'ipotesi in cui non fosse ancora decorso il ventennio dalla trascrizione della domanda. Analogamente, si stabiliva che pesi e ipoteche mantenessero la loro efficacia se l'azione di riduzione era stata proposta dopo il decorso del ventennio. Si trattava dei primi timidi ammodernamenti a favore delle ragioni del mercato e dell'autonomia privata.

---

[5] A.L. BONAFINI, *Il patto di famiglia tra diritto commerciale e diritto successorio*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 1191 ss.

[6] E. CALÒ, *Le piccole e medie imprese: cavallo di Troia di un diritto comunitario delle successioni?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 217 ss.; dello stesso A., *cfr.* altresì *L'etica dell'ordine pubblico internazionale e lo spirito della successione necessaria* (nota a Cass., 24 giugno 1996 n. 5832), ivi, I, p. 167 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Restava tuttavia salda la prevalenza su di esse della tutela dei legittimari, e quindi delle ragioni della famiglia.

Siffatti modesti ritocchi non hanno tuttavia arrestato il dibattito sull'opportunità o meno di mantenere inalterata o sostanzialmente inalterata la disciplina, animato anzi dalla presentazione di plurime proposte di legge volte all'integrale abrogazione della successione necessaria, bollata come "istituto arcaico" (Senato, disegno di legge 16 maggio 2008, n. 576, e già Senato, disegno di legge 27 settembre 2006, n. 1043).

L'auspicata rimozione di quelle regole si inquadrava nel contesto delle cosiddette liberalizzazioni ed era ascrivibile a forti spinte di libera scelta e di autonomia privata. Si voleva dare concreta attuazione alla facoltà di ciascuno di disporre pienamente dei propri diritti, spesso esclusivo frutto del personale impegno e ingegno, facoltà significativamente compressa dal consolidato regime normativo [7].

In effetti, non v'ha dubbio che l'autonomia testamentaria trovi un forte ostacolo nella tutela indiscriminata dei legittimari, talvolta beneficiari di locupletazioni non solo scarsamente giustificabili, ma persino contrarie ad ogni comune sentire, laddove si tratti di attribuzioni in favore di congiunti stretti che hanno abbandonato o peggio avversato il familiare della cui successione si tratta, e tutto ciò al di fuori di qualsiasi logica di stato di bisogno. Il familiare agiato – si è osservato autorevolmente – potrebbe aver già fruito non solo del mantenimento e dell'educazione, ma anche di un'istruzione di particolare importanza e onerosità per il gruppo familiare, così anticipatamente godendo in maniera significativa dei benefici assicuratigli dal patrimonio parentale. In altre parole, si è sottolineato, la successione necessaria finisce per equiparare coniuge fedele e coniuge sleale, figlio operoso e figlio svogliato, ascendente bisognoso e ascendente abbiente, congiunto premuroso e congiunto insensibile agli affetti familiari [8].

In questo quadro si è cominciato ad osservare che i soggetti bisognosi di assistenza non sono tanto i figli (salva ovviamente la presenza di minori), ma piuttosto il coniuge ed eventualmente i genitori del *de cuius*, ai quali invece non spetta nulla se costui lascia anche dei discendenti. Si è rilevato cioè che, *de iure condendo*, la successione necessaria dovrebbe avere funzione suppletiva a favore di soggetti deboli [9]. Il che significa porre in discussione la persistente evocazione della solidarietà familiare quale base dell'istituto nella sua attuale configurazione.

Riserve ha suscitato anche l'assenza di qualsiasi proporzione con la durata del matrimonio, così che il coniuge coniugato da pochi mesi vanta gli stessi diritti ereditari di chi abbia convissuto col *de cuius* per decine d'anni, e si è rimarcato che andrebbe privilegiata la sovranità dispositiva del titolare, ponendo

---

[7] G. BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria in famiglia*, in *Persone e successioni*, 2007, p. 581 ss. Il dibattito è stato intensamente animato in un vasto arco temporale. Tra i molti scritti: V. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. prov.*, 1997, p. 6 ss.; F. TASSINARI, *La "provenienza" donativa tra ragioni dei legittimari e ragioni della sicurezza degli acquisti*, in *Studi e materiali CNN*, Milano, 2/2005, p. 1141 ss.; G. AMENTA, *La successione necessaria: essere o non essere?*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, fasc. 3, p. 615 ss.; P. RESCIGNO, *Le possibili riforme del diritto ereditario*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1942 ss.; G. ZANCHI, *Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori*, in *www.juscivile.it*, 2013, 10, p. 700 ss.; P. PERLINGIERI, *Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 1 ss.; M. TESCARO, *L'ammodernamento del diritto delle successioni alla luce dei cambiamenti sociali e demografici: un punto di vista italiano*, in *Revista brasileira de estudios politicos*, 2024, p. 113 ss.. Trattazione a tutto campo in V. BARBA, *La successione dei legittimari*, Napoli, 2020.

[8] G. BONILINI, *op. cit.*, p. 588.

[9] Per tutti A. PALAZZO, *La funzione suppletiva della successione necessaria, la tutela dei soggetti deboli e la diseredazione (riflessioni sul progetto per l'abolizione della categoria dei legittimari)*, in *Persona e danno*, 2007, p. 1 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

ad essa un limite soltanto nel caso di stato di bisogno del congiunto, così da potergli assicurare l'assistenza materiale di cui abbia effettiva necessità.

Né si rivela privo di fondamento il rilievo che l'istituto, lungi dal prevenire o rimuovere i contrasti endofamiliari, assai spesso li provoca o li esaspera [10]. Le famiglie felici – non si è mancato di sottolineare – possono fare a meno delle norme sulla successione necessaria, mentre sono le famiglie infelici ad avere bisogno di regole capaci di consentire a chi è solo, perché in conflitto con i congiunti più stretti, di destinare come meglio crede i propri beni e i propri diritti [11].

Nuova linfa a queste posizioni è apportata dall'incontestabile constatazione che sono cambiati i tempi, e che le fortune economiche non sono più il frutto di un impegno coinvolgente l'intero nucleo familiare [12], e a tutto ciò si aggiunge che per via dell'allungamento medio della vita umana spesso l'eredità dei genitori si trasmette ai discendenti quando costoro hanno da lungo tempo raggiunto l'autonomia, l'indipendenza lavorativa ed anche un adeguato benessere tale da rendere la quota ereditaria un sovrappiù di cui non avrebbero alcun bisogno, ma in nome del quale si consumano vere e proprie lacerazioni del tessuto domestico, magari in danno del congiunto bisognoso, perché incapace o invalido [13].

Al contempo, non poteva non osservarsi che la società è profondamente mutata, essendosi trasformata l'idea stessa di famiglia, oggi caratterizzata da diffusa instabilità e da pluralità di relazioni affettive, nonché dai molti interventi legislativi succedutisi nell'arco di qualche decennio, tra i quali la legge sulle unioni civili, la riforma della filiazione [14], la privatizzazione e contrattualizzazione del diritto di famiglia scaturito dalla normativa del 2014 sulla cosiddetta degiurisdizionalizzazione degli istituti della separazione e del divorzio (d.l. n. 132 del 2014), attuata attraverso il ricorso alla negoziazione assistita e alla dichiarazione congiunta dinanzi all'ufficiale di stato civile.

Nel contesto qui riassunto assume un ruolo non trascurabile anche l'opera della giurisprudenza, che ha legittimato la volontà destitutiva, riconoscendo la validità della clausola testamentaria con cui il *de cuius* manifesta la volontà di escludere dal novero dei beneficiari un successibile non legittimario [15]. Per lungo tempo la diseredazione è stata ammessa solo se racchiusa in un testamento contenente anche disposizioni positive, spiegandosi che gli interessi protetti dalla successione *ab intestato*, cioè la tutela della famiglia, costituiscono un limite all'autonomia testamentaria. Più recentemente, è stato invece enfatizzato il rapporto di reciproca integrazione che intreccia successione legittima e testamentaria, precisandosi che la nozione di atto dispositivo (art. 587 cod. civ.) include non soltanto la volontà attributiva e quella istitutiva, ma anche quella destitutiva.

Ci si è chiesti, in conclusione, se permangano a tutt'oggi le ragioni che hanno tradizionalmente giustificato il limite all'autonomia testamentaria – e più in generale patrimoniale (giacché il tema investe

---

[10] S. DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, in *Riv. not.*, 2007, p. 815 ss.

[11] G. BONILINI, *Sulla proposta di novellazione*, *cit.*, p. 587 ss.; ID., *Sulla novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Ricerche giuridiche*, 2013, suppl. al n. 1, p. 283 ss.

[12] P. SCHLESINGER, *Interessi dell'impresa e interessi familiari nella vicenda successoria*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 447 ss.

[13] Non può dimenticarsi che i rapporti di filiazione e di coniugio costituiscono anche la matrice del diritto agli alimenti, con la grande differenza però che qui – ciò che non avviene per la successione necessaria – la condizione è proprio lo stato di indigenza.

[14] La legge n. 219 del 2012 ha anche previsto che per fatti non integranti l'indegnità il figlio può escludere dalla propria successione il genitore nei cui confronti sia stata pronunciata la decadenza dalla responsabilità genitoriale. Un'ipotesi, insomma, di vera e propria esclusione del legittimario che si aggiunge ai tradizionali casi di indegnità o, se si preferisce, un'ipotesi di ampliamento del relativo catalogo.

[15] Cass., 29 maggio 2012, n. 8352, in *Riv. not.*, 2012, 4, II, p. 952.

ISSN 2281-3918/2421-2563

anche la donazione) – in nome della difesa ad oltranza di attribuzioni di cui il beneficiario potrebbe non avere alcun bisogno e, come pure può accadere, delle quali sia immeritevole, a fronte di altri legittimari che possono invece avere assistito, curato, accompagnato nelle difficoltà della vita la persona della cui successione si controverte.

Non ci si può neppure nascondere, tuttavia, che un'abrogazione *tout court* di quelle disposizioni susciterebbe pesanti dubbi di costituzionalità, considerato che, in disparte il principio di solidarietà familiare sancito all'art. 29 Cost. e i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale di cui all'art. 2 Cost., l'art 42, c. 4 della Carta fondamentale fa riferimento ai limiti della successione testamentaria, disposizione non disgiungibile dagli artt. 29 e 30 relativi al riconoscimento dei diritti della famiglia (pur se l'espressione è atecnica) e ai diritti e doveri nascenti dal rapporto di filiazione. Soprattutto, apparirebbe forse eccessivo sacrificare interamente gli interessi familiari sull'altare di un modello ideale di efficienza economica e si affaccia dunque l'esigenza, pur non agevolmente appagabile, di contemperare e coordinare le opposte valutazioni.

Proprio in questa direzione sembra essersi mosso recentemente il legislatore, sia pure con riferimento ad un profilo particolare bensì, ma tutt'altro che marginale e trascurabile in riguardo alle istanze dell'economia, dell'impresa e del mercato: quello della tutela della circolazione dei beni di provenienza donativa.

6. L'art. 44 legge 2 dicembre 2025 n. 182

La legge 2 dicembre 2025, n. 182, recante disposizioni per la semplificazione e la digitalizzazione relative agli ambiti più disparati – immigrazione, agricoltura, turismo, codice della navigazione, fatture elettroniche, pubblico registro automobilistico, traduzioni giurate, ordinamento universitario, ecc. – ha dettato all'art. 44 importanti regole per agevolare la circolazione giuridica dei beni di provenienza donativa [16].

La nuova legge ha infatti disposto la trasformazione della tutela del legittimario da reale a obbligatoria. Accolta l'azione di riduzione, costui non ha più un diritto reale da far valere, bensì soltanto una pretesa creditoria di valore corrispondente al *quantum* della lesione subita.

La legittima, cioè, non è più frazione materiale del patrimonio, ma un diritto di credito al valore della quota spettante. Si supera così la logica del vincolo reale, con tutta una serie di importanti corollari: cade la retroattività reale dell'azione di riduzione; gli acquisti dal donatario conquistano stabilità; sono rafforzate la libertà del donante e la certezza dei traffici. Si pone rimedio in tal modo a un inconveniente, valso assai spesso ad attirare le critiche degli interpreti al tradizionale meccanismo codicistico, legato alla circostanza che, difettando un termine finale certo, l'azione di riduzione era esperibile fino a dieci anni dopo la morte del donante, e quindi anche a distanza di molto tempo dalla data in cui la liberalità aveva avuto luogo.

Il legittimario è ora tutelato in modo non paralizzante attraverso un equilibrio dinamico che si traduce nella sostituzione del denaro alla quota. La legittima mantiene la funzione di strumento di giustizia distributiva, ma indirizzato – anziché alla conservazione del patrimonio familiare – al mero soddisfacimento

[16] In tema, per tutti, A. AZARA, *Circolazione dei beni e tutela dei legittimari dopo la legge n. 182/2025*, in *Familia*, n. 2, 2026, p. 135 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

economico dei congiunti più stretti. È quindi reinterpretato l'anello di congiunzione tra diritto di famiglia e diritto delle successioni.

Gli obiettivi sono chiari: la stabilità degli acquisti, attraverso la salvaguardia degli atti dispositivi compiuti dal donante, e il *favor* verso l'accesso al credito. Fino a data recentissima, la consapevolezza della banca mutuante che l'ipoteca offertale su un bene di provenienza donativa poteva cadere nel nulla ove un legittimario avesse agito in riduzione, la induceva o a non concedere il credito, o ad esigere ulteriori garanzie, quali adeguate fideiussioni personali. Ed è quindi evidente che l'innovazione comporta un profondo ripensamento delle prassi notarile, bancaria ed anche giudiziaria.

In particolare, il creditore ipotecario consegue ora piena protezione: la provenienza donativa diviene ipotecabile (mentre in fatto non lo era), e il legittimario fruisce di una tutela monetaria. Il suo è un credito di valore di fonte legale, non derivante da contratto né da illecito, ed avente quindi natura indennitaria. Va poi da sé che la sentenza di accoglimento della domanda di riduzione diverrà titolo esecutivo per l'importo che è stato determinato [17].

Sotto l'anteriore regime era problematico conseguire mutui e garanzie ed era quindi lesa la certezza dei traffici, ciò che nella realtà attuale indubbiamente rappresentava un anacronismo. Si ricorreva perciò a onerosi ripari, come polizze "donazione sicura" o contratti di mutuo dissenso della donazione. A seguito della novella, resta fermo invece il principio di intangibilità della legittima, ma riformulato in chiave economica: intangibilità non già della quota materiale, bensì del valore patrimoniale corrispondente. È tutelato così l'affidamento di chiunque abbia acquistato diritti dal donatario: se il bene ancora gli appartiene, l'azione restitutoria nei suoi confronti sopravvive, ma sopravvivono altresì i pesi e le ipoteche di cui il bene stesso è stato gravato.

Ecco il ribaltamento della prospettiva: si transita dal primato della legittima alla tutela della circolazione giuridica dei beni. Salvaguardare i pesi e le ipoteche assentiti dal donatario significa tutelare i terzi che quei diritti hanno maturato, diritti che continuano ad insistere sull'immobile pur se la proprietà è transitata al legittimario.

Nella nuova formulazione, l'articolo 561 cod. civ. introduce la distinzione strutturale tra provenienze successorie e provenienze donative, e non prevede più che gli immobili oggetto dell'azione di riduzione contro il donatario vadano al legittimario agente liberi da qualsiasi diritto altrui frattanto accordato sul bene: i pesi e le ipoteche apposti dal donatario non vengono meno, e mantengono la loro efficacia. L'attore vittorioso non ottiene il bene "pulito", ma il donatario è obbligato a compensare in denaro il minor valore dell'immobile che era libero, e che è stato gravato da pesi o ipoteche.

Il legittimario gode quindi di una tutela mista: in parte reale, il bene; in altra parte pecuniaria, in ragione del suo diminuito valore per l'insistenza di pesi o ipoteche. Tutto ciò, beninteso, salvo il disposto del n. 1 dell'art. 2652. Sono state cioè modificate anche le disposizioni in materia di trascrizione, e pesi e ipoteche sono inopponibili al legittimario che ha trascritto la sua domanda prima che il donatario li abbia imposti. Vige cioè l'ordinario principio della priorità della trascrizione, che è criterio di bilanciamento tra tutela dei legittimari e circolazione dei beni donati. Perciò al n. 1 dell'art. 2652 sono aggiunte le domande di riduzione delle donazioni, ciò che significa applicazione delle comuni regole di priorità e opponibilità (*prior in tempore, potior in iure*). Gli effetti della trascrizione della domanda giudiziale

[17] Sono efficaci anche i pesi e le garanzie sui beni mobili non registrati. Il che è importante con riguardo alle garanzie mobiliari atipiche: pegno rotativo non possessorio, cessione di credito in garanzia, leasing finanziario, ecc. In sostanza, i regimi dei beni mobili e dei beni immobili sono stati uniformati.

ISSN 2281-3918/2421-2563

retroagiscono al momento della domanda stessa, e se la trascrizione è anteriore a quella dell'atto impugnato o del diritto del terzo, costui non è tutelato.

Rilevanti modifiche ha subito anche l'art. 563 cod. civ. Nel testo vigente fino al dicembre 2025, il diritto del legittimario di richiedere agli acquirenti del donatario la restituzione del bene era fatto salvo. Ora la situazione è ribaltata: la riduzione della donazione non pregiudica i diritti dei terzi cui il donatario ha alienato, fermo il suo obbligo di compensazione in denaro. La norma è stata interamente riscritta già in rubrica: prima "*Azione contro gli aventi causa*", ora "*Effetti della riduzione della donazione*".

Questa previsione costituiva l'epicentro dell'instabilità, perché il bene donato era esposto per vent'anni al rischio di iniziative di riduzione destinate a sfociare in pretese restitutorie. Ora la restituzione è totalmente esclusa, se il bene è passato di mano, e il donatario alienante è obbligato a compensarne pecuniarmente il valore. L'azione di riduzione, pertanto, non è più un rimedio aggressivo e demolitorio, ma piuttosto un meccanismo riequilibratore, contrassegnato da tre passaggi fondamentali: la riduzione non pregiudica i terzi, salvi gli effetti della trascrizione in applicazione della regola generale prima richiamata; il donatario è chiamato a compensare, mentre in caso di sua insolvenza a soggiacere alla prestazione pecuniaria è, a tenore dell'art. 562, l'avente causa a titolo gratuito, nei limiti del vantaggio ricevuto [18].

Tutto ciò significa che l'avente causa a titolo oneroso è immune da qualsiasi pretesa, fatti sempre salvi i richiamati principi generali della trascrizione [19]. Non così, invece, per il terzo acquirente da erede o legatario, che resta esposto a restituzione in natura senza possibilità di evitarla. Nulla è infatti cambiato in questo caso, concernendo la novella di cui all'art. 44 legge n. 132/2005 i soli beni provenienti da donazione.

Concludendo: l'art. 561 rende stabili i vincoli reali e le garanzie; l'art. 562 contempla la solidarietà dell'obbligazione indennitaria tra donatario e suoi aventi causa a titolo gratuito; l'art. 563 sancisce l'irrilevanza dell'azione di riduzione verso i terzi, rimuovendo ogni incertezza circa i diritti da essi acquisiti.

La lesione del legittimario, dunque, non pregiudica più il terzo, sia esso acquirente della proprietà del bene o soggetto che ha acquisito su di esso un diverso diritto. La circolazione giuridica è salvaguardata, cadono le incertezze, le diffidenze e i timori che avevano sempre accompagnato le negoziazioni sui beni di provenienza donativa. Erano operazioni guardate con sospetto e preoccupazione, inconveniente che si traduceva nella difficoltà per il donatario di alienare il bene e nell'indisponibilità delle aziende di credito ad accettare su quei beni insicure garanzie ipotecarie.

7. Le ragioni del mercato

Nella medesima direzione testé illustrata milita un'altra, sia pur meno significativa, novità contenuta nella stessa legge n. 132/2025, conferma e riprova della volontà legislativa di favorire la circolazione dei beni coinvolti in vicende successorie. Ci si riferisce alla previsione che ha ridotto a 5 anni dall'ultima notizia dell'assente il momento in cui il tribunale può, con sentenza, dichiarare la presunzione di morte. Ne discende, al verificarsi di queste condizioni, la libera disponibilità dei beni a costui appartenuti, dei

[18] In caso di insolvenza del donatario, logica vuole che possa essere chiamato a rispondere in via sussidiaria anche il suo erede, ma solo nei limiti del vantaggio da lui conseguito. Anch'egli infatti, assume la veste di avente causa a titolo gratuito.

[19] Scompaiono dal nuovo art. 563 cod. civ. sia il termine ventennale sia l'atto di opposizione che erano stati introdotti dalla novellazione del 2005.

ISSN 2281-3918/2421-2563

quali era stata ottenuta l'immissione nel possesso temporaneo: l'art. 38 del provvedimento in parola ha infatti modificato nel senso predetto l'art. 66 cod. civ.

Le ragioni del mercato, d'altro canto, non sono mai state neglette dal legislatore, e ne costituiscono prova le molte disposizioni codicistiche miranti a salvaguardare ora l'impresa, ora il singolo bene, ora la circolazione dell'una o dell'altro, ovvero comunque l'oggettivo interesse del mercato.

Se è vero infatti che beni, contratti e crediti presentano regimi circolatori distinti e che profili particolari assume il tema della successione dei beni produttivi [20], è anche vero che l'ambito successorio è stato sempre riguardato sotto questo profilo come la provincia dell'uguaglianza quantitativa e qualitativa dei lotti in sede divisoria, sì da determinare una sorta di insensibilità alle qualità e alle caratteristiche dei singoli beni. Basterebbe considerare che a tenore dell'art. 718 ciascun coerede può chiedere la sua parte in natura dei beni mobili e immobili dell'eredità e che, *ex* art. 727, in sede divisoria le porzioni devono essere formate comprendendo una quantità di mobili, immobili e crediti di uguale natura e qualità, ovviamente in proporzione dell'entità di ciascuna quota.

Sono tuttavia numerose le previsioni disseminate per l'intero codice civile, e assai spesso contenute al di fuori del libro secondo, che direttamente o indirettamente rivelano la sensibilità del legislatore alle ragioni del mercato, inteso come insieme di regole ordinatrici, come statuto normativo, come regime legislativo delle relazioni di scambio [21].

Limitando il richiamo a qualche esempio: l'art. 230 *bis* cod. civ., per il caso di divisione ereditaria, riconosce il diritto di prelazione ai partecipi dell'impresa familiare [22]; gli artt. 720 e 722 attribuiscono al coerede titolare della quota maggiore il diritto all'acquisizione integrale dell'immobile non comodamente divisibile o indivisibile nell'interesse della produzione nazionale, ovviamente facendogli carico del corrispettivo delle quote degli altri coeredi; la vendita di eredità obbliga il compratore a pagare i debiti ereditari in solido con il venditore (art. 1546), così da assicurare certezza di recupero ai creditori di essa.

Menzione meritano poi le previsioni che, al pari di quelle relative al patto di famiglia, mirano alla salvaguardia della continuità dell'impresa: l'art. 1330, ove è stabilito che la proposta e l'accettazione provenienti dall'imprenditore nell'esercizio dell'impresa non perdono efficacia se ne sopravviene la morte, sicché gli eredi vi restano vincolati; l'art. 2284, che, in correlazione agli artt. 2293 e 2315, esclude per le società di persone il subentro dell'erede del socio defunto, salvo diversa statuizione del contratto sociale; gli artt. 2355 *bis* e 2469 che, a differenza di quanto sancito per le società personali, riconoscono alle partecipazioni nelle società di capitale la libera trasferibilità per successione a causa di morte, oltre che per atto tra vivi, salvo contraria disposizione dell'atto costitutivo. Si tralascia ovviamente ogni richiamo alle clausole di consolidazione e di gradimento, così come ogni riflessione sulla circostanza che in realtà si succede nei beni, nei diritti e nei contratti, e non già nell'attività. Succedere nell'impresa significa infatti, nella sostanza, ereditare il complesso aziendale [23].

---

[20] Si pensi al riferimento prima compiuto al fondo rustico e si pensi soprattutto all'azienda e alla sua relazione con i singoli elementi che la costituiscono.

[21] N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, specie pp. 81 ss. (e già in *Riv. dir. civ.*, 1997, pp. 185 ss.).

[22] T. FEBBRAJO, *Il diritto di prelazione di cui all'articolo 230 bis, quinto comma c.c. e i trasferimenti mortis causa*, in *Giur. it.*, 2002, fasc. 1, pp. 93 ss.

[23] In tema, solo per qualche spunto, A. CAPRIOLI, *La successione mortis causa nei crediti aziendali: brevi riflessioni sui rapporti tra comunione incidentale d'azienda ed esercizio di attività di impresa* (nota a Cass. 17 marzo 2005, n. 5797), in *Giust. civ.*, 2006, fasc. 6, I, p. 1274; M. GIULIANO, *Diritto successorio, beni d'impresa e passaggio generazionale*, in *Giur. civ. comm.*, 2016, fasc. 6, pp. 929 ss.; S. PATRIARCA, *Successione nella quota, successione nell'impresa e autonomia statutaria*;

ISSN 2281-3918/2421-2563

Il binomio famiglia e successioni, da cui sono state prese le mosse, si pone quindi in diretta correlazione con il mercato, ciò che significa fitto dialogo con proprietà e impresa, entrambe punto di aggregazione della disciplina successoria nei suoi rapporti con il diritto di famiglia. La tradizionale difesa degli interessi familiari soffre qualche limitazione, ma a guadagnarne è il mercato, e con esso gli interessi generali alla stabilità delle operazioni economiche e alla sicurezza delle contrattazioni.

L. CALVOSA, *La successione nell'impresa agraria e il divieto dei patti successori*, in Riv. dir. agr., 1993, I, pp. 338 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, *Comunione d'impresa e comunione d'azienda nella successione dell'imprenditore. Una separazione difficile* (nota a Trib. Roma 14 aprile 1987), in *Dir. fall.*, 1987, II, pp. 764 ss.; S. LANDINI, *Trasferimenti di azienda e successioni*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 431 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

JUS CIVILE

GIOVANNI FRANCESCO BASINI*

LA SUCCESSIONE NELLE COLLEZIONI ARTISTICHE**

SUCCESSION IN ART COLLECTIONS

Abstract: Lo scritto si sofferma su alcuni dei problemi che possono presentarsi al momento del passaggio generazionale di quella particolare universalità di mobili, che è una collezione artistica, e sugli istituti giuridici con cui tale passaggio può essere organizzato, sia *inter vivos, sia mortis causa*. Per quanto concerne i problemi, essi mutano notevolmente a seconda che la collezione sia, o meno, oggetto di vincoli pubblici, posti nell'interesse generale. Ove i vincoli vi siano, i principali problemi si legheranno alla ricaduta di essi sul valore, e sulla valutabilità stessa, della collezione. Ove vincoli pubblici non vi siano, le principali difficoltà concerneranno il probabile conflitto tra la, assai diffusa, volontà del collezionista di tenere coesa la collezione, e il naturale effetto disgregatore della successione e della divisione ereditaria. Per quanto riguarda gli istituti giuridici utilizzabili, essi possono essere vari nel passaggio organizzato *inter vivos*, mentre, se il passaggio avvenga *mortis causa*, la sola via percorribile sarà quella di operare con adeguate e ben calibrate disposizioni testamentarie.

Abstract: This paper examines some of the issues that may arise during the generational transfer of an art collection and the legal mechanisms available to structure such a transfer, whether *inter vivos or mortis causa*. Regarding the challenges involved, these vary significantly depending on whether or not the collection is subject to public restrictions imposed in the general interest. Where such restrictions exist, the primary issues relate to their impact on the collection's value and even its very valuation. In the absence of public restrictions, the main difficulties stem from the likely conflict between the collector's common desire to keep the collection intact and the naturally fragmenting effect of succession and the division of the estate. As for the applicable legal mechanisms, a variety of options exist for transfers structured *inter vivos*; conversely, for transfers occurring *mortis causa*, the only viable approach is to employ appropriate and carefully crafted testamentary provisions.

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. Alcune definizioni. – 3. Trasmissione della collezione per atto tra vivi, in funzione del passaggio generazionale. La donazione. – 4. La fondazione. – 5. Il trust. – 6. La società. Cenni. – 7. Il patto di famiglia. – 8. Il, così detto, family art charter. – 9. Trasmissione della collezione mortis causa. Le disposizioni testamentarie. La costituzione di fondazione e di trust. – 10. Il legato e la divisione disposta dal testatore. – 11. L'onere. Il fedecommesso. – 12. La morte intestata del collezionista. – 13. Cenni alla trasmissione delle collezioni oggetto di vincolo. Il problema della valutazione economica della collezione.*

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

** Contributo sottoposto a revisione.

Il presente articolo è stato pubblicato anche nel volume *Sulle successioni. Omaggio a Giovanni Bonilini*, a cura di G. F. BASINI, Napoli, 2025, pp. 3 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

1. Premessa

Il fenomeno del collezionismo in generale, e del collezionismo d'arte, in particolare, è diffuso e rilevante fin da tempi remoti [1], nel nostro paese, come in molti altri. Molto spesso, come è noto, soprattutto i grandi patrimoni sono composti pure da importanti raccolte di opere d'arte [2].

Quasi sempre il collezionista, che sovente sente nella collezione che ha raccolto anche una proiezione di sé, avverte la concreta esigenza di organizzare un adeguato passaggio generazionale di essa, assicurandosi, ad esempio, che ne sia evitato lo smembramento e che ne siano garantite la conservazione, la valorizzazione e, magari, la fruibilità da parte del pubblico. Questo passaggio può essere organizzato attraverso, sia atti tra vivi, sia disposizioni *mortis causa*. In entrambi gli scenari, nondimeno, le soluzioni adottate, per reggere e soddisfare la volontà del collezionista che trasmette, dovranno essere rispettose delle regole domestiche di diritto successorio, e, in particolare, tanto della disciplina di tutela dei successori necessari (art. 536 ss. c.c.), quanto del divieto di patti successori (art. 458 c.c.).

2. Alcune definizioni

Ma che cosa è una collezione? Come può essere definita? E, prima ancora, che cosa è e come si può definire un'opera d'arte? In verità, è estremamente complesso trovare appropriate definizioni, che non siano solamente soggettive, tanto di opera d'arte, quanto di collezione. Del resto, nella prospettiva del collezionista, l'oggetto scelto per la collezione dipende essenzialmente, o dal gusto personale, o, talvolta, anche dal valore di mercato [3], e la composizione della collezione è essa stessa espressiva della personalità e della soggettività del collezionista [4]. Le esigenze di trasmettere, avvertite dal collezionista,

---

[1] Per un interessante caso, riguardante una collezione di opere d'arte, già raccolta e fatta oggetto di pubblicazione, in Venezia, sul finire del XVIII sec., si veda, ad esempio, T.A.R. Lazio, 8 ottobre 2008, n. 8824, in banca dati *DeJure*.

[2] Basti pensare, a mero titolo di esempio e senza alcune pretesa di completezza, alle ricchissime e celeberrime collezioni raccolte, già dall'inizio del XVII secolo, dalla famiglia Borghese, e da Scipione Borghese in particolare, oggi esposte al pubblico nella Galleria Borghese di Roma, o alla collezione romana dei Torlonia, ancora oggi privata, e, per venire a tempi a noi più vicini, alle grandi raccolte dei Getty, oggi esposte nel Jean Paul Getty Museum di Los Angeles, o, ancora, alle collezioni di Peggy Guggenheim, attualmente esposte nella Peggy Guggenheim Collection di Venezia, o alla collezione di Gianni e Marella Agnelli, dal 2002 esposta in parte al pubblico, nella Pinacoteca Gianni e Marella Agnelli, presso il Lingotto di Torino.

[3] Interessante, ma eccedente gli scopi di questo scritto, nonché lo spazio a questo lavoro riservato, sarebbe considerare anche i tanti e complessi profili dell'intreccio, tra valore artistico e valore venale di un'opera d'arte, o, ancor più, di una collezione di opere d'arte.

[4] In questa prospettiva, dunque, gli oggetti che appassionano, che vengono raccolti, e che disegnano la personalità stessa di chi li raccoglie, possono essere i più vari. Cfr., *infra*, nota n. 6. Oggetti della raccolta, dunque, possono essere financo, non beni materiali, ma esperienze di vita. Sicuramente un collezionista, che esterna la propria complessa personalità attraverso il collezionare, così, può considerarsi, in questa prospettiva, il Don Giovanni di Lorenzo Da Ponte e Wolfgang Amadeus Mozart. Del resto, proprio poeta e musicista ci indicano questa prospettiva, offrendoci il catalogo stesso della raccolta del loro eroe, catalogo raccolto dal servitore Leporello in un "non picciol libro", ed esposto, alla sgomenta Donna Elvira, dallo stesso Leporello nella celeberrima aria, appunto, "del catalogo": "*Madamina, il catalogo è questo/delle belle che amò il padron mio;/un catalogo egli è che ho fatt'io./Osservate, leggete con me./In Italia seicento e quaranta,/in Almagna duecento e trentuna,/cento in Francia, in Turchia novantuna,/ma in Ispagna son già mille e tre!/V'han fra queste contadine,/cameriere e cittadine,/v'han contesse, baronesse,/marchesane, principesse,/e v'han donne d'ogni grado,/d'ogni forma, d'ogni età/Nella bionda egli ha l'usanza/di lodar la gentilezza,/nella bruna la costanza,/nella bianca la dolcezza./Vuol d'inverno la grassotta,/vuol d'estate la magrotta;/è la grande maestosa,/la piccina è ognor vezzosa…/Delle vecchie fa conquista/pel piacer di porle in lista:/sua passion predominante/ è la giovin principiante./Non si picca se sia ricca,/se sia brutta, se sia bella;/purché porti la gonnella,/voi sapete quel che fa!*". Lo stesso Sigmund Freud, in una nota ad una lettera del gennaio 1985, compresa nel voluminoso carteggio con Whilem

ISSN 2281-3918/2421-2563

che ho indicato in apertura, altresì, saranno presenti e riscontrabili a prescindere, sia da ciò che oggettivamente si possa definire opera d'arte [5], sia dalla nozione oggettiva di collezione [6]. Tali nozioni, dunque, divengono superflue, almeno fino a che non si pongano problemi legati all'apposizione di vincoli da parte della pubblica autorità; ma, allora, sarà piuttosto la definizione di "bene culturale", a divenire rilevante [7].

Va ricordato, a questo riguardo, che, laddove la collezione possa rilevare come bene culturale, oggetto di uno o più vincoli, attuali o potenziali, da parte della P.A., rileva la definizione normativa, recata dall'art. 10, 3° co., lett. e), del D. Lgs., n. 42 del 2004. Secondo tale definizione, è collezione la "*serie di oggetti, a chiunque appartenenti,…che, per tradizione, fama e particolari caratteristiche ambientali,….ovvero per rilevanza artistica, storica, archeologica, numismatica o etnoantropologica,…rivestano come complesso un eccezionale interesse*" [8].

Ancora ai fini della vincolabilità da parte della P.A., poi, la giurisprudenza amministrativa ha così enucleato i requisiti, che una "serie" di oggetti dovrebbe presentare, per potersi definire collezione: a) omogeneità; b) identico contenuto tematico; c) appartenenza unitaria; d) identica localizzazione; e) medesima finalità storico/artistica; f) eccezionale interesse storico/artistico [9].

Per quanto attiene alle collezioni vincolate, o anche solo vincolabili, peraltro, va ricordato che i problemi che possono sorgere sono altri e diversi rispetto a quelli indicati nel primo paragrafo [10]. A questi differenti aspetti farò qualche cenno, in particolare nell'ultimo paragrafo.

Va ricordato, infine, che, secondo la comune indicazione di dottrina e giurisprudenza, anche le collezioni rientrano tra le universalità di mobili di cui all'art. 816 c.c., ricorrendo in esse la destinazione unitaria, impressa dallo stesso proprietario [11].

Fleiss, del resto, scrive "Ogni collezionista è una controfigura di Don Giovanni Tenorio". Per quest'ultima citazione, cfr., C. MUSATTI e R. REICHMANN, *Don Giovanni nella prospettiva psicoanalitica*, saggio compreso nel programma di sala della prima scaligera del 7 dicembre 2011, *Don Giovanni*, libretto di L. DA PONTE, musica di W. A. MOZART, Edizioni del Teatro alla Scala, Milano, 2011, pp. 109 ss., spec. p. 110.

[5] Suggestiva, ad es., è la definizione delle opere d'arte come "significati che prendono corpo", recata da A. C. DANTO, *Che cos'è l'arte*, Milano, 2014, trad. N. Poo, p. 40.

[6] Sul significato di collezione, nonché del collezionare, come espressione della personalità di chi raccoglie – già richiamato poco sopra, alla nota n. 4 – cfr., ad esempio, E. GRAZIOLI, *La collezione come forma d'arte*, Milano, 2014, *passim*, spec. p. 24:«…collezionare è un esercizio estetico e la collezione assimilabile a un tipo di "opera"».

[7] Sulla nozione di bene culturale, si legga, per tutti, A. GAMBARO, *Note preliminari alla nozione giuridica di bene culturale*, in *Conversazioni in arte e diritto*, a cura di L. Castelli e S. Giudici, Torino, 2021, pp. 3 ss.

[8] Anche questa definizione, nondimeno, resta esposta, quasi inevitabilmente, alle perplessità manifestate da A. GAMBARO, *op. cit*., p. 4. "i testi normativi presentano invariabilmente una lacuna circa i criteri di riconoscimento dei singoli beni culturali rinviando in ultima analisi al giudizio di esperti senza delineare compiutamente le classi di cose possibilmente culturali, al di là delle vaghe partizioni del tipo di interesse che possono suscitare: numismatico, storico, artistico, etc.; il che impedisce che il giudizio concreto si possa svolgere secondo lo schema della sussunzione in base al solo dettato normativo".

[9] Cfr., T.A.R. Lazio, 8 ottobre 2008, n. 8824, cit., nella quale si decise di una vicenda in cui ancora si applicarono, peraltro, le definizioni recate dalla previgente disciplina in materia di tutela del patrimonio culturale, vale a dire dalla legge, così detta, "Bottai", n. 1089, del 1939, oggi abrogata, e sostituita dal decreto legislativo, così detto, "Urbani", n. 42, del 2004.

[10] Come ricorda, ad esempio, anche M. CENINI, *La funzione sociale del patrimonio culturale: tra proprietà e persona*, Napoli, 2024, p. 125, la quale, nondimeno, sottolinea come il, così detto, "vincolo di collezione", sia assai raro con riguardo a collezioni private.

[11] Specificamente, sulla natura di universalità di mobili delle collezioni, si leggano, ad es., R. CECCHETTI, *L'esproprio di un ventaglio. Osservazioni sulla disciplina delle universalità di beni di interesse storico, artistico ed archeologico*, in *Riv. dir. civ*., 1978, II, pp. 167 ss., e, in giurisprudenza, App. Roma, 19 gennaio 1983, in *Vita not*., 1984, p. 441. Cfr., altresì, F. DE MARTINO, *Sub art. 816*, in F. DE MARTINO, R. RESTA, G. PUGLIESE, *Della proprietà – Art. 810-956*, nel *Comm. del cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1976, IV ed., pp. 32 ss., spec. p. 35. Nella manualistica, per tutti, cfr., R. CATERINA,

ISSN 2281-3918/2421-2563

3. Trasmissione della collezione per atto tra vivi, in funzione del passaggio generazionale. La donazione

Il più tradizionale atto, con il quale una collezione può essere trasmessa *inter vivos*, anche nella prospettiva del passaggio generazionale, è la donazione.

Una tale donazione, per evitare la nullità, con ogni probabilità dovrà essere disposta per atto pubblico, *ex* art. 782 c.c., poiché ben difficilmente una collezione di opere d'arte potrà essere considerata "di modico valore", così da ricadere sotto la previsione dell'art. 783 c.c. e da non richiedere la forma solenne [12]. Sempre a norma dell'art. 782 c.c., per evitare la nullità, nell'atto si devono anche specificare quali siano le singole opere donate, nonché i valori di esse [13]. Con la donazione, tra l'altro, il collezionista può, vita natural durante, conservare a sé il rapporto materiale con la collezione, e questo semplicemente riservandosi l'usufrutto di quanto donato, a norma dell'art. 796 c.c. Inoltre, l'usufrutto può pure essere riservato, dopo la propria morte, a vantaggio di un'altra persona, o anche di più persone insieme (ma non a vantaggio di più persone successivamente, altrimenti si incorrerebbe nel divieto di fedecommesso [14]). In tal modo, il donatario acquisterà la piena proprietà, e otterrà la materiale detenzione della collezione, solo alla morte del disponente (e, eventualmente, pure dell'altra persona a cui il disponente abbia riservato l'usufrutto dopo la propria morte). In questo caso, altresì, viene in rilievo la qualificazione della collezione come universalità di mobili, poiché potrà trovare applicazione l'art. 771, 2° co., c.c., in cui si prevede che, qualora donata sia un'universalità, e il donante ne conservi il godimento, si considerano donate anche le cose che si aggiungano all'universalità successivamente (e, dunque, anche le opere raccolte dal collezionista successivamente alla donazione), sempre che una diversa volontà non risulti dall'atto [15].

La donazione, poi, ben si può prestare a realizzare i desideri del collezionista, poiché può essere adeguatamente adattata con l'apposizione di oneri o *modus*, rivolti, appunto, a dare soddisfazione a particolari esigenze avvertite dal disponente. La donazione, così, potrà essere onerata obbligando il donatario, ad esempio, a riunire e sistemare adeguatamente le opere della collezione [16], o a non smembrare la collezione, o a non spostarla, o a non alienarla in tutto o in parte, o, ancora, a esporla, in tutto o in parte, al pubblico [17].

Molti oneri che obblighino a non fare, nondimeno, varranno solo nei limiti dell'art. 1379 c.c. Ciò sarà, sicuramente, per eventuali obblighi di non alienare [18], ma potrebbe essere anche per obblighi che,

---

I beni, in *Manuale di diritto privato*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2022, IV ed., p. 463. Dubbi sull'identificabilità del requisito dell'unificazione funzionale, con riguardo alle collezioni, peraltro, esprime O. T. SCOZZAFAVA, *Dei Beni*, in *Il codice civile-Commentario*, diretto da P. Schlesinger, *Artt. 810-821*, Milano, 1999, pp. 101 ss., spec. p. 113.

[12] Per un caso in cui la giurisprudenza ha escluso la modicità di valore nella donazione di una collezione, a modo d'esempio, si legga Trib. Roma, 24 marzo 2004, in banca dati *DeJure*.

[13] La qualifica delle collezioni come universalità di mobili (cfr., *supra*, nota n. 11), peraltro, dovrebbe condurre alla possibilità di indicare nell'atto di donazione, non tanto ciascun valore di ogni singolo bene, quanto, piuttosto, il valore globale della collezione. Al riguardo, con riferimento alla universalità di mobili, cfr., G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, vol. II, Milano, 2009, III ed., p. 777.

[14] Sul divieto di fedecommesso, cfr., *infra*, nota n. 104.

[15] In merito, si veda, per tutti, M. MORETTI, *Il divieto di donazione di beni futuri (art. 771 c.c.)*, in *Codice commentato delle successioni e donazioni*, a cura di G. Bonilini – M. Confortini, Torino, 2011, II ed., pp. 1157 ss.

[16] si veda il caso su cui si sono pronunciati: Trib. Firenze, 30 settembre 1997, n. 3959, inedita, ma richiamata in T.A.R. Lazio, 29 maggio 2000, n. 4412, in banca dati *DeJure*, nonché lo stesso Lazio, 29 maggio 2000, n. 4412, cit.

[17] Cfr., Trib. Firenze, 16 gennaio 1957, in *Giur. tosc.*, 1958, pp. 4 ss.

[18] In generale, sui divieti convenzionali di alienare, si vedano, ad esempio: F. GALGANO, *Sub art. 1379*, in F. GALGANO,

ISSN 2281-3918/2421-2563

pur non precludendo la vendita della collezione, impongano di non smembrarla e/o non spostarla, sì da renderla assai meno appetibile, o totalmente inappetibile, sul mercato, ove si opini che l'art. 1379 c.c. sia espressione di un principio di generale sfavore verso i vincoli di fonte volontaria, tali da rendere anche solo di fatto estremamente più disagevole (fino, talvolta, a impedirla in concreto) la circolazione della ricchezza [19]. Gli effetti di questi oneri, allora, si produrranno solo tra le parti della donazione, e non saranno opponibili a eventuali terzi sub-acquirenti dell'intera collezione, o di opere in essa raccolte. Inoltre, l'onere dovrà esprimere un interesse apprezzabile (interesse che, nondimeno, in questi casi mi pare sarà quasi sempre ravvisabile) e non potrà essere vincolante oltre un ragionevole limite di tempo [20].

L'adempimento degli obblighi imposti con l'onere, poi, può essere rafforzato, per il caso di mancato rispetto dell'onere stesso, con la previsione della risoluzione della donazione [21], e anche con la previsione di una penale.

Il più rilevante problema che riguarda la donazione, come strumento per regolare il passaggio generazionale, è, tuttavia, quello dell'instabilità degli assetti con essa disposti. Anzitutto, la donazione può essere revocata, sia per ingratitudine, *ex* artt. 800 e 801 c.c. [22], sia per sopravvenienza di figli, *ex* artt. 800 e 803 c.c. [23]. In questi casi, nondimeno, l'instabilità degli effetti della donazione è legata (anche) alla volontà dello stesso disponente.

In prospettiva di pianificazione del passaggio generazionale, dunque, non son tanto queste le ipotesi di instabilità problematiche, quanto quelle connesse con la tutela dei legittimari. L'assetto attuato con la donazione, infatti, può divenire inefficace per dare soddisfazione ai legittimari, la donazione, sia rilevando per la riunione fittizia, *ex* art. 556 c.c. [24], sia essendo esposta alla riduzione, *ex* art. 555

G. VISINTINI, *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Dei contratti per persona da nominare. Art. 1372-1405*, in *Comm. del cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1993, pp. 133 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. Artt. 1374-1381*, Vol. II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Il codice civile, Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F. D. Busnelli, Milano, 2013, II ed., pp. 445 ss., spec. pp. 463 ss.

[19] In generale, sull'efficacia delle varie ipotesi di manifestazioni di volontà, che siano tali da limitare, anche fortemente, il potere di disporre dei beni in capo ai destinatari di esse, sui rapporti tra codeste limitazioni di fonte volontaria e il divieto di cui all'art. 1379 c.c., nonché sulla portata generale di tale disposizione, cfr., per tutti, F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali al potere di disposizione*, Napoli, 1977, *passim*, spec. pp. 118 ss. Cfr., altresì, M. FRANZONI, *op. cit*., pp. 463 ss.

[20] Sull'efficacia dei divieti di alienazione di fonte volontaria, in generale, si leggano, a titolo di esempio: F. GALGANO, *op. cit*., pp 133 ss.; M. FRANZONI, *op. cit*., pp. 453 ss.

[21] Cfr.: Trib. Firenze, 30 settembre 1997, n. 3959, cit.; T.A.R. Lazio, 29 maggio 2000, n. 4412, cit.; Trib. Firenze, 16 gennaio 1957, cit., che ha riguardato l'inadempimento di un onere di esporre la collezione, per l'inadempimento del quale la risoluzione fu prevista, non per l'intera donazione, ma solo con riguardo alla donazione delle opere non esposte.

[22] In merito alla revocazione della donazione per ingratitudine, si leggano, ad esempio: F. SBORDONE, *Riflessioni sulla revocazione della donazione a causa di ingratitudine*, in *Rass. dir. civ*., 2000, pp. 572 ss.; A. TORRENTE, *La donazione*, In *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, II ed., aggiornata da U. CARNEVALI e A. MORA, pp. 672 ss.; E. CALICE, *La revocazione per ingratitudine*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, pp. 1223 ss. Cfr., altresì, U. CARNEVALI, voce *Donazione (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XII, Roma, 1990, p. 8.

[23] Cfr., tra gli altri: A. LA SPINA, *La revoca della donazione per sopravvenienza di figli dopo la sentenza 250/2000 della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, II, pp. 73 ss.; A. TORRENTE, *op. cit.*, pp. 692 ss.; E. CALICE, *La revocazione per sopravvenienza di figli*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. VI, *Le donazioni*, cit., pp. 1237 ss.

[24] In generale, sui meccanismi di determinazione e di tutela dei diritti riservati ai legittimari, si leggano, per tutti: L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 2000, IV ed., *passim*, spec. pp. 64 ss., pp. 174 ss. e pp. 226 ss.; V. BARBA, *La successione dei legittimari*, Napoli, 2020, *passim*, spec. pp. 51 ss. e pp. 313 ss. Cfr., altresì, tra i tanti, A. TULLIO, *Il calcolo della legittima*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. III, *La successione legittima*,

ISSN 2281-3918/2421-2563

c.c. [25] Inoltre, la donazione, se donatario sia un legittimario, è oggetto dell'imputazione *ex se* [26], ed è riguardata dalla collazione [27], ove donatario sia un figlio o il coniuge, che abbia accettato l'eredità, e se non vi sia stata dispensa. Ad aggravare questo rischio, concorre, altresì, la pratica impossibilità di stabilire con certezza, nel momento in cui una donazione venga disposta, se questa possa ledere le quote riservate ai legittimari, dato che solo al momento dell'apertura della successione del disponente (e non al momento in cui la donazione viene disposta) si può stabilire a quanto ammontino le quote riservate, e a quanto la quota di patrimonio liberamente da lui disponibile [28].

4. La fondazione

Un metodo sovente utilizzato, per la trasmissione delle grandi collezioni di opere d'arte, consiste nella costituzione di un'apposita fondazione, e nella destinazione ad essa della collezione [29].

Ove la fondazione sia costituita per atto tra vivi, è richiesto, a norma dell'art. 14, 1° co., c.c., l'atto pubblico. In esso (o nello statuto) dovranno essere indicati: il patrimonio di cui la fondazione viene dotata, che deve comprendere, non solo la collezione [30], ma anche risorse liquide o facilmente liquidabili adeguate alla gestione della collezione stessa; lo scopo, che potrebbe consistere nella gestione, nella conservazione, ma anche nella valorizzazione e nella pubblica fruibilità della collezione, nonché nell'implementazione della stessa; gli organi e magari anche le persone che dovranno impersonarli [31]; i poteri degli organi; la denominazione e la sede; i criteri di erogazione delle eventuali rendite, i quali, peraltro, non potranno mai essere tali da consentire un lucro soggettivo. All'atto costitutivo, poi, dovrà seguire il riconoscimento, da parte del Prefetto o della Regione, a seconda della figura di fondazione che ricorra.

Milano, 2009, pp. 401ss., e A. TULLIO, *L'azione di riduzione. L'imputazione* ex se, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. III, *La successione legittima*, cit., pp. 533 ss.

[25] E, conseguentemente, essendo i cespiti con essa trasferiti esposti ad azioni di restituzione. Cfr., A. TULLIO, *L'azione di riduzione. L'imputazione* ex se, cit., pp. 578 ss. La restituzione al legittimario di solo parte della collezione, peraltro, non sarà una via percorribile, qualora la collezione stessa sia stata oggetto di un vincolo di inseparabilità di natura pubblicistica. Su questi vincoli, farò alcuni cenni nell'ultimo paragrafo di questo contributo.

[26] Sulla imputazione *ex se*, cfr., nuovamente: L. MENGONI, *op cit.*, pp. 130 ss.; V. BARBA, *op cit.*, pp. 313 ss. Più di recente si legga, M. T. NURRA, *Imputazione* ex se *e autonomia privata*, Napoli, 2023, *passim*, spec. pp. 11 ss. In tema, altresì, cfr., ad esempio: E. MIGLIACCIO, *Collazione, imputazione e preterizione divisoria*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, pp. 86 ss.; I. MARTONE, *Sui rapporti tra dispensa da collazione, dispensa da imputazione "ex se" e clausola "in conto di legittima e per l'eventuale esubero sulla disponibile"*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, pp. 1034 ss.

[27] In tema di collazione, cfr., tra tanti: V. R. CASULLI, voce *Collazione delle donazioni*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. III, Torino, 1959, pp. 452 ss.; N. VISALLI, *La collazione*, Padova, 1988, *passim*; A. ALBANESE, *Della collazione. Del pagamento dei debiti. Artt. 737-756*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F. D. Busnelli, Milano, 2012, *passim*; A. ALBANESE, *La collazione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, pp. 377 ss. Nella manualistica, cfr., per tutti, G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Milano, 2022, XI ed., pp. 454 ss.

[28] In merito al momento in cui attribuire il valore ai cespiti coinvolti nella successione, indicato – dagli artt. 747 ss. c.c., richiamati dall'art. 556 c.c. – nel momento in cui si apre la successione, e in merito ad alcuni temperamenti di questa regola, si legga, per tutti, V. BARBA, *op. cit.*, pp. 173 ss. In giurisprudenza, sulla necessità che il bene donato debba essere valutato al tempo della morte del donante, cfr., ad es., Cass., 14 gennaio 2022, n. 1062, in banca dati *DeJure*. Cfr. anche, *infra*, nota n. 113.

[29] Cfr., ad esempio, M. CENINI, *op. cit.*, pp. 129 ss.

[30] La collezione, naturalmente, sarà indicata come parte del patrimonio della fondazione, sempre che la fondazione stessa non nasca unicamente con lo scopo solo di gestire le opere, senza acquistarne anche la proprietà.

[31] Nella prospettiva del passaggio generazionale, tali ruoli, naturalmente, possono essere attribuiti, e sovente vengono attribuiti, dal collezionista a uno, o più, tra i propri familiari.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Con la fondazione, oltre a vantaggi fiscali, il passaggio generazionale presenta, per il collezionista, a titolo di esempio, i vantaggi di: proteggere la collezione da smembramento e disgregazione [32]; proteggere la collezione dall'aggressione di eventuali creditori personali del collezionista [33]; rendere possibile la crescita della collezione con nuove acquisizioni; valorizzare la collezione, e renderla magari meglio fruibile dal pubblico [34]; assoggettare la gestione della collezione ad un maggiore controllo, anche pubblico.

Tra gli svantaggi, anzitutto, si può rammentare come, in molti casi [35], la destinazione della collezione in fondazione, ne faccia perdere irreversibilmente la proprietà, sia al collezionista, sia agli eredi di lui. Inoltre, non sarà più consentito, né al collezionista, né ai suoi eredi, alcun lucro soggettivo, nemmeno nel caso di estinzione della collezione, poiché, come è noto, in tal caso la P.A. destinerà la residua dotazione di essa, e dunque anche la collezione stessa, ad un nuovo ente che abbia scopi analoghi. Infine, i controlli pubblici, se per un verso possono meglio garantire al collezionista/fondatore la realizzazione degli scopi della fondazione, per altro verso potrebbero pure costituire un impaccio per gli organi di gestione di essa.

Venendo ora alle interazioni con le regole di diritto successorio, si deve sottolineare come la costituzione e la dotazione di una fondazione siano considerate dalla migliore dottrina donazioni indirette [36]. Liberalità, dunque, che, ai sensi dell'art. 809 c.c., come le donazioni contrattuali, rileveranno per la riunione fittizia, *ex* art. 556 c.c., e saranno esposte alla azione di riduzione [37], *ex* art. 555 c.c., quando ciò sia necessario per reintegrare le quote riservate ai legittimari [38].

Anche per la fondazione, poi, valgono i rilievi svolti nel paragrafo precedente, riguardo all'impossibilità, nel momento in cui l'atto viene compiuto, di avere certezza che l'atto stesso non finisca per pesare sulle quote riservate ai legittimari. Infatti, anche l'assetto posto in essere con la fondazione potrebbe, successivamente, dimostrarsi instabile, e venire meno, allorché ciò fosse necessario per soddisfare i legittimari [39]. Così come nell'ipotesi della donazione diretta della collezione, nondimeno, il rischio di

---

[32] Come è noto, tra i vari desideri che, usualmente, si riscontrano in capo ad un collezionista, nel momento del passaggio generazionale della propria raccolta, una pregnante importanza riveste, per lo più, proprio quello di mantenere coesa e integra la raccolta, e di evitarne la dispersione.

[33] Questo, benché l'atto di fondazione resti, comunque, esposto, secondo le regole generali, all'azione revocatoria.

[34] Sia l'incremento della collezione, sia la migliore fruibilità di essa, sono pure, assai spesso, tra gli scopi del collezionista, che dà vita alla fondazione, e possono essere indicati tra le finalità della fondazione stessa.

[35] Vale a dire, in quei casi, nei quali la fondazione non abbia solo lo scopo di gestire la collezione di opere d'arte, senza acquistarne anche la proprietà.

[36] Sull'esposizione del negozio di fondazione e/o dell'atto di dotazione all'azione di riduzione, cfr., F. GALGANO, *Delle persone giuridiche. Artt. 11-35*, nel *Comm. del cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1969, p. 115. Cfr., altresì, A. PALAZZO, *Gratuità strumentale e donazioni indirette*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. VI, *Le donazioni*, cit., pp. 138 s.

[37] Si legga, da ultimo, R. CALVO, *Testamento e contratto. Contributo allo studio degli acquisti* post mortem, Napoli, 2024, p. 39: "…i legittimari possono promuovere l'azione di riduzione contro l'atto di fondazione eventualmente lesivo della quota di riserva".

[38] Cfr., *supra*, note n. 24 e nn. 26 ss.

[39] È pur vero, nondimeno, che, secondo un orientamento giurisprudenziale, ciò che spetta al legittimario che vinca in riduzione sarebbe solo il controvalore di quanto indirettamente donato, mediante il metodo dell'imputazione. La riduzione delle donazioni indirette, insomma, non imporrebbe restituzioni, non rimetterebbe in discussione la titolarità dei beni donati e non inciderebbe sul piano dalla circolazione dei beni. Cfr.: Cass., 12 maggio 2010, n. 11496, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 215, con nota di G. R. FILOGRANO: "alla riduzione delle liberalità indirette non si può applicare il principio della quota legittima in natura, connaturale invece all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria d'immobile (art. 560 cod. civ.); con la conseguenza che l'acquisizione riguarda il controvalore, mediante il metodo dell'imputazione". Conformi, Cass., 14 giugno 2013, n. 15026, in banca dati *DeJure*; Cass., 2 dicembre 2022, n. 35461, in *Riv. notar.*, 2023, II, pp. 363 ss., nella quale, peraltro, ci si riferisce solo alla

ISSN 2281-3918/2421-2563

disgregazione sussisterà unicamente qualora la collezione stessa non sia oggetto di un vincolo di natura pubblicistica, che ne imponga la conservazione unitaria [40].

5. Il *trust*

Uno strumento pure utilizzato, per organizzare il passaggio generazionale, anche di collezioni di opere d'arte, è il *trust* [41]. Come è ben noto, il *trust* non nasce quale istituto di diritto domestico e, pur essendo consentito e riconosciuto nel nostro ordinamento, ha origine anglosassone, e viene sovente disegnato, applicando regole di uno tra i molti ordinamenti stranieri che lo prevedono e, variamente, lo disciplinano.

Sia la molteplicità degli ordinamenti che prevedono espresse discipline in materia di *trust*, nonché la differenza di tali discipline da ordinamento a ordinamento, sia la spiccata duttilità dell'istituto, non consentono, ora, se non una definizione generalissima e di massima della figura, che potrà mutare, e di molto, a seconda della legge scelta dal disponente per porre in essere l'istituto e a seconda degli obbiettivi perseguiti dal disponente stesso [42]. Volendo delineare un minimo comune denominatore, per i *trusts* destinati ad avere efficacia anche nell'ordinamento interno, comunque, conviene basarsi sulla L. 364 del 1989, con la quale il nostro paese ha ratificato la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, sulla legge applicabile ai *trusts*. In particolare, dall'art. 2 della L. 364/1989, si ricava che, con il *trust*, un disponente (*settlor*), con atto tra vivi o anche a causa di morte, trasferisce la proprietà di beni sotto il controllo di un fiduciario (*trustee*), per un fine specifico e nell'interesse di uno o più beneficiari. Inoltre, il disponente può anche stabilire che vi sia un guardiano (*protector*) con il compito di controllare che il fiduciario rispetti le finalità del *trust* [43].

Ripetuto che questi caratteri minimi sono identificativi del *trust* solo in linea generale, e non senza eccezioni, e che la figura si connota anche per la malleabilità e la varietà di conformazioni che può assumere, si può anche ricordare come, di solito, al *trust* si leghino vantaggi quali: la segregazione degli assetti trasferiti rispetto al patrimonio del disponente [44]; la non definitività della perdita della proprietà di quanto trasferito, giacché, di norma, dopo un periodo di tempo, che può essere indicato già nell'atto istitutivo, la proprietà tornerà al disponente, o ai suoi successori, o anche passerà ad altri soggetti [45]; la libertà con cui può essere indicato il fine del *trust*, tale da consentire anche un lucro soggettivo; infine, appunto la flessibilità e adattabilità.

---

neutralizzazione dell'effetto recuperatorio verso i terzi sub-acquirenti, di cui all'art. 563 c.c. Tale posizione, nondimeno, non è del tutto unanime, poiché diversamente orientata è Cass., 11 febbraio 2022, n. 4523, in *Foro it.*, 2022, I, cc. 2126 ss.

[40] Cfr., *supra*, nota n. 25.

[41] In tema, fondamentale, è, AA. VV., *Trust, patrimoni artistici e collezioni*, a cura di M. Cenini, Milano, 2019, *passim*.

[42] In generale, sul *trust*, nella dottrina italiana cfr., per tutti, M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, II ed., *passim*. Tra i tanti, si vedano, inoltre: L. SANTORO, *Il trust in Italia*, Milano, 2009, II ed., *passim*; L. DI COSTANZO, *Il trust nel diritto italiano*, Napoli, 2022, *passim*; M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Padova, 2024, V ed., *passim*.

[43] Cfr., per tutti, R. MONTINARO, *Successione mortis causa, pactum fiduciae e trust*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, pp. 251 ss.

[44] Non si dimentichi, peraltro, come anche l'atto costitutivo del *trust* possa divenire oggetto di azioni revocatorie, da parte dei creditori del disponente. Nella più recente giurisprudenza, cfr., ad esempio: Cass., 16 giugno 2022, n. 19428, in *Foro it.*, I, cc. 3110; Cass., 30 maggio 2023, n. 15275, in banca dati *DeJure*; Cass., 6 settembre 2023, n. 25964, in banca dati *DeJure*.

[45] Cfr. anche, *infra*, nota n. 47.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Alcuni svantaggi del *trust*, soprattutto se confrontato con la fondazione, viceversa, possono ravvisarsi: nell'assenza di controlli sull'attività del fiduciario, se non quelli stabiliti, privatisticamente, dallo stesso disponente; nell'assenza di vantaggi fiscali [46]; nella non definitività dell'assetto determinato con esso [47], qualora, appunto, proprio la definitività dell'assetto fosse tra gli obbiettivi del disponente.

Passando, poi, ad alcune considerazioni di diritto successorio [48], il *trust* incontra, in conseguenza della disciplina imperativa a tutela dei legittimari, grosso modo, le medesime difficoltà e i medesimi problemi che si generano con la costituzione di una fondazione. Il *trust* costituito *inter vivos*, infatti, secondo le Sezioni Unite della Suprema Corte, è «liberale tra vivi…» se «…produce effetti, sul piano beneficiario, dopo la morte del disponente», ed è da qualificarsi «in termini di donazione indiretta, riconducibile nell'ambito della categoria…di cui all'art. 809 c.c.» [49]. La riconduzione del *trust* alla categoria delle donazioni indirette, poi, è anche quella maggiormente sostenuta in dottrina [50]. Dunque, un *trust* posto in essere, con atto tra vivi, per gestire il passaggio generazionale, anche di una collezione di opere d'arte, ricadrà nel novero delle donazioni indirette, con la conseguenza, sia di rilevare per la riunione fittizia, *ex* art. 556 c.c., sia di essere esposto alla riduzione, *ex* art. 555 c.c. [51], e, quindi, con la conseguenza della potenziale instabilità dell'assetto con esso posto in essere [52]. Come per la donazione contrattuale e come per la fondazione, ove la destinazione della raccolta di opere d'arte eccedesse per valore la quota disponibile, insomma, l'assetto preconizzato attraverso il *trust* potrebbe cadere, e la collezione potrebbe rischiare lo smembramento [53].

---

[46] In ordine alla disciplina fiscale del *trust* utilizzato per il passaggio di collezioni, si legga, per tutti, A. LONGO, *Profili tributari del trust per la gestione, la valorizzazione e il trasferimento di patrimoni artistici e culturali*, in *Trust, patrimoni artistici e collezioni*, cit., pp. 240 ss.

[47] Ciò, poiché, appunto, di norma il trasferimento di proprietà non è definitivo. È evidente, del resto, come questo possa essere inteso anche, non come uno svantaggio, ma come un vantaggio, rispetto alla destinazione in fondazione. Ad esempio, scrive, con riguardo al *trust* come strumento di trasmissione generazionale, C. MARCHETTI, *Costituzione di trust e tutela del patrimonio culturale privato: problematiche e soluzioni applicative*, in *Trust, patrimoni artistici e collezioni*, cit., p. 230. "il trust non soffre certo la concorrenza della fondazione, perché quest'ultima non può che avere scopo altruistico e non può certo prevedere la devoluzione, a una certa data, del patrimonio a favore degli eredi del fondatore".

[48] Sulle relazioni tra *trust* e sistema successorio, poi, si vedano, ad esempio: G. IUDICA, *Fondazioni, fedecommesserie, trusts e trasmissione della ricchezza familiare*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, a cura di P. Cendon, Tomo II, Milano, 1994, pp. 639 ss.: A. PALAZZO, *I trust in materia successoria*, in *Vita not.*, 1996, pp. 671 ss.; A. ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie "in forma indiretta"*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. II, Milano, 1998, pp. 919 ss.; R. MONTINARO, *op. cit.*, pp. 249 ss.; V. BARBA, *Affidamento fiduciario testamentario*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, p. 1 ss.

[49] Cfr., Cass., S.U., 12 luglio 2019, n. 18831, in banca dati *DeJure*, dalla quale sono tratte anche le citazioni testuali. Cfr., altresì, Cass., 17 febbraio 2023, n. 5073, in *Giur. it.*, 2023, pp. 1536 ss., con nota di M. CENINI, *Validità del turst discrezionale di famiglia in funzione successoria e rimedi per i legittimari*.

[50] Cfr., tra i tanti: F. CORSINI, *Trust e diritti dei legittimari e dell'erario in Italia*, in *Riv. notar.*, 1998, pp. 74 ss.; R. MONTINARO, *op. cit.*, pp 287 ss.; V. BARBA, *Negozî* post mortem *ed effetti di destinazione. Interferenze con la disciplina dei legittimari: la riduzione delle liberalità indirette*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, pp. 73 s.; M. CENINI, *Validità del turst discrezionale di famiglia in funzione successoria e rimedi per i legittimari*, cit., pp. 1536 ss.

[51] Anche l'oggetto del *trust*, quando esso configuri una donazione indiretta, così come l'oggetto di ogni donazione, tanto diretta, quanto indiretta, può venire riguardato dalla collazione, nonché, allorquando i beneficiari siano dei legittimari, essere oggetto dell'imputazione *ex se*.

Un ulteriore problema, poi, si pone per il caso in cui sia lo stesso legittimario a venire indicato come beneficiario del *trust*, poiché, in tal caso, il legittimario vedrebbe appesantiti i diritti che la legge gli riserva, se non altro in quanto l'acquisto di tali diritti riservati in capo a lui avverrebbe, non al momento dell'apertura della successione del *de cuius*, ma in un momento successivo, secondo quanto previsto e disposto nel *trust*, e questo contrasterebbe con il divieto di cui all'art. 549 c.c., come ricorda C. MARCHETTI, *op. cit.*, pp. 234 ss.

[52] Cfr., *supra*, note n. 24 e nn. 26 ss.

[53] Un ulteriore causa di smembramento, connesso al trasferimento di una collezione attraverso la destinazione di essa in

ISSN 2281-3918/2421-2563

6. La società. Cenni

Non di rado, il passaggio generazionale viene organizzato attraverso la costituzione di una società, alla quale, poi, il disponente conferisce i cespiti che intende trasmettere, sicché oggetto diretto del passaggio saranno, non i cespiti stessi, ma le quote della società che di tali cespiti è divenuta la titolare.

Lo schema accennato nel precedente capoverso, naturalmente, può essere adottato anche per la trasmissione di collezioni di opere d'arte. Non posso fare ora più che alcuni cenni a codeste configurazioni, anche perché molte questioni e molte soluzioni mutano, a seconda del tipo di società che venga scelto per gestire il passaggio [54]. In termini assai generali, peraltro, si può sottolineare come, attraverso la costituzione di società tra disponente e destinatari del trasferimento, i problemi che possono collegarsi al passaggio generazionale tendano a spostarsi, dalla trasmissione dei cespiti conferiti in società, alla trasmissione delle partecipazioni della società stessa.

La trasmissione di tali partecipazioni può essere attuata anche con strumenti differenti rispetto a quelli utilizzabili per la mera trasmissione dei cespiti. Così, a titolo di esempio, la trasmissione delle partecipazioni del disponente/socio potrebbe essere anche disciplinata attraverso clausole sociali, c.d., "di consolidazione", nelle quali si preveda che, alla morte del disponente/socio, le partecipazioni di questi passino ai soci superstiti (o al socio superstite), e, dunque, esse si "consolidino", appunto, alle partecipazioni dei soci superstiti (o del socio superstite) [55]. Tali clausole, consentendo efficacemente la selezione dei soci o del socio a cui far pervenire le partecipazioni del defunto, possono, di fatto, anche diventare utili strumenti per selezionare i soggetti a cui trasferire unitariamente il complesso di cespiti

---

trust, potrebbe, poi, legarsi al diritto, sovente riconosciuto al beneficiario del *trust*, di vedersi assegnata, anche anticipatamente, in proprietà piena ed esclusiva, la propria porzione del *trust fund*, e, dunque, la propria porzione della collezione, come ricorda, C. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 238.

[54] In tema, anzitutto, si legga la sintesi di M. ONORATO, in M. ORLANDI – M. ONORATO, *Successione nell'impresa e nei rapporti societari*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. I, *La successione ereditaria*, cit., pp. 651 ss.

[55] In merito a tali clausole, si può brevemente ricordare – seppure con la consapevolezza delle varie differenze che possono correre tra esse, ad esempio, a seconda che riguardino società di persone o società di capitali – come, in dottrina e in giurisprudenza, se ne ammetta la validità laddove siano "impure", vale a dire, laddove sia previsto che i soci superstiti debbano pagare, agli eredi del socio defunto, il valore della quota che acquistano per consolidazione, e come, viceversa, si tenda ad escluderne la validità, per conflitto con il divieto di patti successori di cui all'art. 458 c.c., qualora esse siano "pure", vale a dire, qualora sia prevista la sola consolidazione, senza alcuna liquidazione (o con ridotta liquidazione) in favore degli eredi del socio defunto. Per la validità di quelle che oggi vengono definite clausole di consolidazione "impure", in giurisprudenza, cfr., ad esempio: Cass., 17 marzo 1951, n. 685, in *Foro it.*, 1951, I, c. 1579; Cass., 16 aprile 1975, n. 1434, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, cc. 59 ss.; Cass., 16 aprile 1994, n. 3609, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 1334; Cass., 12 febbraio 2010, n. 3345, in *Giur. it*., 2011, pp. 559 ss., con nota di V. CUFFARO, *Divieto di patti successori e clausole statutarie c. d. di consolidazione*; Trib. Torino, 1° luglio 2020, in banca dati *DeJure*. In dottrina, si veda, anzitutto, G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo allo studio dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 42. In tempi più recenti si leggano, tra gli altri: F. TASSINARI, *Clausole in funzione successoria negli statuti delle società di persone*, in *Giur. comm.*, 1995, pp. 935 ss.; M. MARTINO, in L. BALESTRA-M. MARTINO, *Il divieto di patti successori*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. I, *La successione ereditaria*, cit., pp. 166 ss.; V. CUFFARO, *Divieto di patti successori e clausole statutarie c. d. di consolidazione*, nota cit., cc. 560 ss.; I. MAFFEZZONI, *Il trasferimento* mortis causa *delle partecipazioni di società a responsabilità limitata*, in *Notariato*, 2016, pp. 38 ss.; A. GENOVESE, *Clausola di accrescimento in materia societaria e divieto di patti successori*, in *Dir. succ. fam.*, 2020, pp 39 ss.; R. GUGLIELMO, *La morte del socio nelle società di persone tra regola legale e disciplina convenzionale*, in *Riv. notar.*, 2021, pp. 187 ss., spec. pp. 202 ss.; M. CENINI, *Contratti "*inter vivos*" con effetti "*post mortem*" nella successione dell'impresa*, in *Familia*, 2021, pp. 659 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

di cui è titolare la società, complesso del quale il disponente si propone di evitare la frammentazione e la dispersione [56].

Nei casi in cui nella società sia conferita una collezione di arte, alla morte del collezionista, dovrà essere gestito il passaggio delle partecipazioni di cui questi era titolare nella società (partecipazioni che saranno, con ogni probabilità, quelle di gran lunga di maggior valore). Qualora tali partecipazioni, della società proprietaria della collezione, vengano trasmesse per causa di morte, esse potranno passare, con stabilità, a coloro i quali il collezionista abbia scelto come destinatari della collezione, solo nel caso in cui il valore delle partecipazioni in parola rientri nella parte disponibile del patrimonio del socio collezionista defunto. Altrimenti, eventuali legittimari che non avessero avuto quanto loro riservato dalla legge, potrebbero, anche in questo caso, porre in crisi il passaggio ipotizzato dal collezionista [57].

Allorché, viceversa, il passaggio fosse stato organizzato ricorrendo a clausole "di consolidazione" per il caso di morte del socio/collezionista, in favore di uno o più soci, voluti come destinatari della collezione, non dovrebbero porsi problemi legati alla possibile tutela dei legittimari, giacché le clausole consolidazione non sono qualificabili come liberalità indirette [58]. Rischi di dispersione della collezione, nondimeno, potrebbero ugualmente profilarsi, giacché i soci avvantaggiati dalla consolidazione avrebbero l'obbligo di pagare, con mezzi propri [59], agli eredi del socio defunto il valore delle partecipazioni consolidate. Questo genererebbe in capo ai soci trasmissari delle partecipazioni (e, così, della collezione) debiti personali nei confronti degli eredi che potrebbero essere anche assai onerosi, e, perciò, assai difficili da onorare. E non si può escludere, allora, che l'eventuale conseguente inadempimento di tali gravosi obblighi, e, soprattutto, i rimedi contro di esso attivabili da parte degli eredi/creditori insoddisfatti, potrebbero condurre comunque alla frantumazione ed alla dispersione della collezione, contrariamente a quanto desiderato dal collezionista disponente.

---

[56] Espressamente, in ordine alla possibilità di utilizzare proprio le clausole di consolidazione (che di norma hanno un diverso fine) per selezionare il familiare (o i familiari) a cui trasferire unitariamente il complesso di cespiti, cfr., M. PALAZZO, *La circolazione delle partecipazioni e la governance nelle società familiari in prospettiva successoria*, in *Riv. notar.*, 2007, pp. 1375 ss., spec. pp. 1383 ss., ove l'A. scrive, a p. 1383, tra l'altro, che le clausole di consolidazione "non servono, come scopo immediato, alla successione nell'impresa. Tuttavia, combinate con altri strumenti (quali ad esempio la costituzione della società con l'*electus*…), possono essere utilmente funzionalizzate a selezionare tra i familiari colui che continuerà l'attività" e, a p. 1385, che, "se combinata con il precedente ingresso in società di colui che è designato alla continuazione dell'impresa, tale clausola può essere uno strumento idoneo ad escludere tutti gli altri familiari dalla titolarità delle partecipazioni". Il ragionamento ora riportato, può essere agevolmente riversato dal passaggio generazionale del complesso di cespiti necessari all'esercizio dell'impresa, al passaggio generazionale di una collezione d'arte, dati i minimi comuni denominatori tra tali due passaggi, consistenti negli scopi del disponente, sia di trasferire il complesso al familiare o ai familiari ritenuto/i più adeguato/i, sia, e soprattutto, di mantenere e garantire l'unità del complesso medesimo, evitandone la separazione e la disgregazione.

[57] Cfr., *supra*, note n. 24 e nn. 26 ss.

[58] La qualifica in termini di liberalità indiretta, in linea astratta, potrebbe riguardare le clausole di consolidazione, c.d., "pure". Esse, peraltro, sono, prima ancora, ritenute nulle, in quanto contrastanti con il divieto di patti successori. Cfr. quanto sintetizzato sopra, alla nota n. 55.

[59] Va ricordato, tra l'altro, come molti ritengano che il socio beneficiario della clausola di consolidazione debba liquidare i coeredi, per il mancato acquisto delle partecipazioni sociali, con mezzi propri, e non con mezzi della società. Cfr., per tutti, M. PALAZZO, *op. cit.*, p. 1383. Di diverso avviso, con riferimento alle sole società di persone, nondimeno, pare F. TASSINARI, *op. cit.*, pp. 943 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

7. Il patto di famiglia

Ove la società avesse anche lo scopo di gestire imprenditorialmente la collezione, nondimeno, ad evitare almeno le incertezze e l'instabilità a cui il passaggio rischia di restare esposto in conseguenza di riunione fittizia, riduzione, e anche collazione, potrebbe essere utile il patto di famiglia [60], di cui agli artt. 768 *bis* ss. c.c. [61] Le quote della società proprietaria della collezione, infatti, potrebbero essere trasferite, dal collezionista che ne è titolare, a uno o più discendenti da lui scelti, liquidando diversamente gli altri legittimari esistenti (che dovranno intervenire al patto) [62], o ottenendo da loro la rinunzia [63], come previsto all'art. 768 *quater* c.c.

Come è noto, il trasferimento posto in essere con il patto di famiglia, non può essere attaccato dai legittimari non destinatari delle quote con l'azione di riduzione, né è esposto alla collazione [64]. Esso, perciò, potrebbe consentire quella stabilità che non sarebbe assicurata, almeno nello stesso grado, da nessuno dei mezzi di trasmissione ricordati nei paragrafi precedenti, e, così, potrebbe rassicurare al meglio il collezionista in merito alla protezione dell'unitarietà della collezione dai rischi di smembramento discendenti dalle regole di diritto successorio, o, nel caso delle clausole di consolidazione nelle società, dalle tutele attivabili dagli eredi/creditori, per il caso di inadempimento degli obblighi sorti in capo ai soci assegnatari delle partecipazioni del defunto [65].

---

[60] Ugualmente potrebbe essere, del resto, anche laddove la collezione fosse componente aziendale di un'impresa museale gestita individualmente, e non in forma societaria. Ma questa ipotesi, in concreto, mi pare, a dir poco, improbabile.

[61] Sul patto di famiglia – introdotto nell'ordinamento, come è noto, con la legge n. 55 del 2006 – in generale, si vedano, tra i tanti: C. CACCAVALE, *Il patto di famiglia*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, VI, *Interferenze*, Milano, 2006, pp. 565 ss.; G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, pp. 146 ss.; G. BONILINI, *Il patto di famiglia*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. III, *La successione legittima*, cit., pp. 631 ss.; F. VOLPE, *Patto di famiglia. Artt. 768-bis-768-octies*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F. D. Busnelli, Milano, 2012, *passim*; M. COCUCCIO, *Divieto dei patti successori e patto di famiglia*, Milano, 2016, pp. 35 ss.; I. RIVA, *Patto di famiglia*, in *Comm. del cod. civ. e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 20221, *passim*.

[62] Come è noto, dubbia è l'ammissibilità del patto di famiglia così detto "verticale", vale a dire quello in cui ogni cespite riguardato dal patto, comprese le liquidazioni in favore dei legittimari non destinatari dell'azienda o delle partecipazioni, possa provenire dal disponente, e ciò, nonostante la previsione dell'art. 768-quater, 2° co., c.c. Proprio l'esclusione dell'ammissibilità del patto verticale, peraltro, rappresenterebbe un forte freno, in concreto, alla diffusione del patto di famiglia, imponendo ai destinatari del complesso produttivo di liquidare di tasca propria gli altri legittimari (salvo che essi rinunzino), e, dunque, in molti casi costringendoli a ricorrere al credito, e, per ottenerlo, a gravare con garanzie reali proprio i beni produttivi loro trasferiti per la continuazione dell'impresa. Sul patto "verticale", per tutti, cfr., M. D'AURIA, *Il patto "verticale" di famiglia. Contributo sul tema della atipicità contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2021, pp. 793 ss. Si veda, altresì, G. BONILINI, *Il patto di famiglia*, cit., pp. 659 ss. Cfr. anche, *infra*, nota n. 67.

[63] Sulla rinunzia da parte dei legittimari non assegnatari nel patto di famiglia, cfr., ad esempio, G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, in *Riv. notar.*, 2006, p. 443; F. MONCALVO, *Partecipazione (art. 768* quater *c.c.)*, in *Codice commentato delle successioni e donazioni*, a cura di G. Bonilini-M. Confortini, Torino, 2011, II ed., pp. 1120 s.

[64] In merito, cfr., per tutti, G. BONILINI, *Il patto di famiglia*, cit., pp.667 ss.

Codesta stabilità di assetti rappresenta un sicuro vantaggio che l'istituto in parola presenta rispetto al *trust*, il quale, come ricordato poco sopra, non garantisce l'assetto predisposto dal disponente dagli effetti disgregatori che possono dipendere dalla tutela di eventuali legittimari. Cfr., fra tanti, A. M. GAMBINO – M. PETRONE, *Struttura del patto di famiglia e* trust*: funzionalità degli istituti ed esigenze pratiche*, in *Nuovo dir. civ.*, 2022, *passim*, spec. M. PETRONE, a p. 36 dell'estratto: "la vera portata innovativa del patto di famiglia consiste in una disattivazione del meccanismo di tutela che l'ordinamento ha predisposto a favore dei legittimari…Sul punto, occorre rilevare che nemmeno il *trust* è in grado di impedire l'esercizio delle azioni a tutela dei legittimari. Infatti, io problema principale del *trust* – o meglio, degli atti di conferimento – è che i conferimenti del disponente saranno (quasi) sempre soggetti alle azioni dei legittimari."

[65] Un simile rischio, per la verità, potrebbe sussistere anche in ipotesi di patto di famiglia "orizzontale", giacché, in tal caso, l'assegnatario delle partecipazioni diverrebbe personalmente debitore, per le liquidazioni di cui all'art. 768-*quater*, 2° co., c.c.,

ISSN 2281-3918/2421-2563

Restano, peraltro, i numerosi dubbi legati al patto di famiglia in sé e per sé, come, ad esempio, quello sulla necessità che i conguagli, agli altri legittimari che non rinunzino [66], provengano necessariamente dai beneficiari del patto, e non possano pur essi provenire dal disponente [67], o come quello sull'ipotizzata nullità di un patto a cui uno o più legittimari non partecipino [68]. Dubbi, peraltro, a cui non si può fare più che un cenno in questa sede.

8. Il, così detto, *family art charter*

Figura anch'essa di derivazione anglosassone è il, così detto, *family art charter* [69], indicato da noi anche come "carta dei valori" di una collezione [70].

Premesso che, pure in questo caso, si è in presenza di una figura atipica, che può essere variamente configurata, e che, quindi, mal si presta a una precisa definizione, può osservarsi come, per lo più, questi siano contratti normativi, a effetti meramente obbligatori, tra il collezionista e i suoi familiari, che hanno il fine di conservare, proteggere, gestire, valorizzare e magari incrementare la collezione, e di coinvolgere sempre più nell'amministrazione di essa coloro che ne diventeranno poi anche i titolari [71].

Tali contratti, in questo quadro, potrebbero venire anche immaginati come strumenti per regolare il passaggio generazionale della collezione. In particolare, nel *family art charter* si potrebbero prevedere, ad esempio: modalità di soluzione di futuri conflitti tra familiari, riguardanti la collezione; regole sulla ripartizione dei costi della collezione tra i familiari; regole sugli effetti dello scioglimento del contratto, tali da evitare rischi di disgregazione per la collezione [72]; diritti di prelazione o clausole di gradimento; obblighi di non fare, come di non smembrare e non spostare la collezione, o anche di non alienare; regole che obblighino a futuri assetti proprietari con strumenti, sia *inter vivos*, sia *mortis causa*.

Con riguardo a questi due ultimi possibili contenuti, peraltro, si deve ricordare, per quanto riguarda gli obblighi di non fare, i limiti che l'art. 1379 c.c. pone ai divieti di alienazione [73], e, forse, anche a tutti gli obblighi di non fare che rendano di fatto una collezione praticamente inalienabile [74], per quanto riguarda gli effetti obbligatori a futuri assetti proprietari, come questi vadano ben misurati, nel rispetto sia del divieto di

---

degli altri legittimari. Ciò non avverrebbe, nondimeno, qualora il patto di famiglia fosse ammesso anche se "orizzontale" (al riguardo, cfr., *supra*, nota n. 62). Ma, soprattutto, nel patto di famiglia i legittimari possono validamente rinunziare ai propri diritti riservati, relativi ai cespiti trasferiti con il patto stesso, e, in presenza di tali rinunzie, il patto di famiglia consente di trasmettere un insieme di beni che il disponente vuole mantenere coeso (come, appunto, una collezione d'arte), con una stabilità che nessuno degli altri strumenti ora considerati può assicurare.

[66] Al riguardo, peraltro, si veda quanto osservato alla nota precedente.

[67] Al riguardo, si veda quanto accennato poco sopra, alle note nn. 62 e 65.

[68] Nel senso che l'opinione prevalente sia per la nullità del patto a cui non partecipino tutti i legittimari, si veda, per tutti, G. BONILINI, *Il patto di famiglia*, cit., pp. 652 s. Cfr., altresì: F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 219; S. DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, in *Riv. notar.*, 2006, p. 897.

[69] Il *family art charter* non è stato, fino ad ora, molto studiato in Italia. In merito, si legga, per tutti, V. BECCARIA, *La gestione dei patrimoni artistici familiari. Il family art charter*, in *accollaeassociati.it*.

In argomento, altresì, cfr.: V. MONTANI TESEI, *Patrimonio artistico e successione: il Family Art Charter*, in *we-wealth.com/news*; *Il* Family Art Charter*; uno strumento per tutelare il patrimonio artistico familiare*, in *e49bc1b0fd.clvaw-cdnwnd.com*.

[70] Cfr., V. BECCARIA, *op. cit.*, p. 4.

[71] Si legga, ancora, V. BECCARIA, *op. cit.*, pp. 4 s.

[72] Ad es., prevedendo la costituzione di una fondazione, a cui la collezione debba passare al momento dello scioglimento del contratto di *family art charter*.

[73] Al riguardo, cfr., *supra*, nota n. 18.

[74] Al riguardo, si veda, *supra*, nota n. 19.

ISSN 2281-3918/2421-2563

patti successori di cui all'art. 458 c.c. [75], sia all'inammissibilità, ribadita in giurisprudenza [76], dell'impegno preliminare a donare.

Può essere interessante rammentare, da ultimo, un caso deciso, or non sono molti anni, dalla Corte di Cassazione [77]; caso che, pur non configurando una vera propria ipotesi di *family art charter*, si è comunque incentrato su un accordo tra genitore e figli, avente ad oggetto anche una collezione di opere d'arte. Nel caso in parola, i figli si erano contrattualmente impegnati a corrispondere al genitore una cospicua rendita, a fronte dell'impegno di questi a: cercare di aumentare il valore della propria collezione di opere d'arte; in ogni caso, non impoverirla; non spossessarsene; custodirla in luogo sicuro, noto anche ai figli e accessibile solo congiuntamente dai contraenti. Di fronte all'inadempimento di alcuni di tali obblighi da parte del genitore, e del correlato mancato pagamento della rendita da parte dei figli, e nata la lite poi decisa dalla Cassazione, e, in essa, si è anche prospettata la configurabilità dell'accordo in parola come patto successorio istitutivo (perciò colpito da nullità). Tale configurazione, nondimeno, non è stata accolta dalla Suprema Corte, che ha escluso la natura di patto successorio, e conseguentemente la nullità, dell'accordo in parola, poiché non si è ritenuto che «…la cosa o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione» [78].

9. Trasmissione della collezione *mortis causa*. Le disposizioni testamentarie. La costituzione di fondazione e di *trust*

La prassi indica come, per lo più, la trasmissione alle generazioni successive delle raccolte d'arte, soprattutto se cospicue e preziose, venga organizzata dal collezionista tramite atti *inter vivos*, di alcuni dei quali si è cercato di portare esempi nelle pagine che precedono.

Non si può escludere, nondimeno, che il passaggio della collezione avvenga non per atto tra vivi, ma, semplicemente, a causa di morte. In questo caso, l'alternativa non può che essere tra una gestione del passaggio organizzata comunque dalla volontà del collezionista, versata in disposizioni testamentarie, e una trasmissione che prescinda da tale volontà, e che resti regolata dalla successione legittima, per i casi in cui il testamento non vi sia, o, comunque, non disponga, o sia altrimenti inefficace, con riguardo alla trasmissione della collezione.

Qualora il testamento via sia, e con il testamento il collezionista abbia inteso anche trasmettere la collezione, va ricordato, anzitutto, che, anche per testamento, potrebbero essere costituiti, sia una

---

[75] In generale, nell'amplissima letteratura in materia di divieto dei patti successori, si leggano, ad esempio: M. V. De Giorgi, voce *Patto successorio*, in *Enc. dir*., vol. XXXII, Milano, 1982, pp. 530 ss.; G. Vismara, *Il divieto dei patti successori*, Milano, 1986, *passim*; R. Lenzi, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforme*, in *Riv. notar*., 1988, pp. 1209 ss.; V. Roppo, *Per una riforma del divieto di patti successori*, in *Riv. dir. priv*., 1997, p. 5 ss.; M. Martino, *I patti successori: ragioni del divieto e tendenze innovative*, Bologna, 2007, *passim*; L. Balestra-M. Martino, *Il divieto di patti successori*, cit., 61 ss.; V. Barba, *I patti successorî e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015, *passim*.

[76] Sull'inammissibilità del preliminare di donazione, si legga, ad esempio, Cass., 4 marzo 2020, n. 6080, in banca dati *DeJure*. Più in generale, sull'importanza di proteggere la libertà di autodeterminazione del donante, e, di conseguenza, sulla illiceità anche della condizione testamentaria che comprima tale libertà, non con un obbligo, ma con un meccanismo incentivante, cfr., di recente, Cass., 28 marzo 2023, n. 8733, in banca dati *DeJure*.

[77] Il riferimento è a Cass., 24 maggio 2021, n. 14110, in banca dati *DeJure*.

[78] Così, testualmente, Cass., 24 maggio 2021, n. 14110, cit.

ISSN 2281-3918/2421-2563

fondazione [79], sia un *trust*, a cui destinare poi la raccolta d'arte [80]. Tanto la costituzione e la dotazione della fondazione, quanto quelle del *trust*, peraltro, dovranno essere disposte così da non ledere i diritti dei legittimari, poiché, in caso contrario, le relative disposizioni testamentarie sarebbero esposte all'azione di riduzione (e alla, conseguente, parziale o totale perdita di effetti), nella misura necessaria a reintegrare le quote di eventuali legittimari lesi o pretermessi [81].

Codesta riduzione, tra l'altro, avverrebbe con precedenza, rispetto a quanto accadrebbe, se la costituzione della fondazione o del *trust* fossero avvenute per atto tra vivi, poiché, come è noto, a norma dell'art. 555, 2° co., c.c., le donazioni (anche indirette, come possono essere la costituzione e la dotazione, per atto tra vivi, di una fondazione o di un *trust*) non si riducono se non dopo aver completamente ridotto le disposizioni testamentarie, senza, con ciò, avere ancora reintegrato le quote riservate ai legittimari [82]. È possibile, tuttavia, che il testatore collezionista preveda, come consente l'art. 558, 2° co., c.c., che le disposizioni testamentarie riguardanti la trasmissione della raccolta alla fondazione, o la destinazione di essa al *trust*, debbano avere effetto a preferenza delle altre disposizioni testamentarie, sicché esse, in caso di riduzione, siano le ultime ad essere attaccate, tra tali disposizioni [83].

Le mentovate disposizioni testamentarie, inoltre, così come i legati, generano delle passività per l'asse ereditario, e, così come i legati, potranno produrre gli effetti voluti dal testatore solo dopo che siano stati pagati i debiti del defunto, a norma dell'art. 499, 2° co., c.c., nonché degli artt. 495, 2° co., e 514, 3° co., c.c., ove si stabilisce, con portata che si reputa generale, che i creditori siano preferiti ai legatari [84].

Sia la necessità di destinare l'attivo ereditario, in primo luogo, alla soddisfazione dei creditori del defunto, sia, e soprattutto, le regole di protezione dei legittimari, potrebbero esporre al rischio di parziale o totale inefficacia le disposizioni testamentarie con le quali il collezionista preveda la creazione di enti e il trasferimento ad essi della propria raccolta. E, anche in questi casi – come in quelli, ricordati sopra,

---

[79] Sulla costituzione della fondazione per mezzo di disposizione testamentaria, cfr., per tutti, G. ALPA-A. FUSARO, *La costituzione della fondazione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, pp. 255 ss.

[80] In merito, si veda anche quanto già ricordato sopra, ai §§ 4 e 5, per il caso di fondazioni e di *trusts* costituiti per atto tra vivi.

[81] Cfr., *supra*, note n. 24 e nn. 26 ss.

[82] Sull'ordine con cui procedere alla riduzione, cfr., per tutti, A. TULLIO, *L'azione di riduzione. L'imputazione* ex se, cit., pp. 533 ss., spec. pp. 568 ss. In giurisprudenza, a titolo di esempio, cfr.: Cass., 10 marzo 2016, n. 4721, in banca dati *DeJure*; Cass., 2 dicembre 2022, n. 35461, in banca dati *DeJure*.

[83] In merito alla previsione di cui all'art. 558, 2° co. c.c., si leggano, tra molti: L. FERRI, *Dei legittimari*, nel *Comm. del cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1981, II ed., pp. 217 s.; L. MENGONI, *op. cit.*, pp. 272 ss.; A. TULLIO, *Le disposizioni di preferenza,* ex *art. 558, cpv., cod. civ.*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. II, *La successione testamentaria*, cit., pp. 709 ss. In giurisprudenza, cfr.: Cass., 24 maggio 1962, n. 1206, in *Foro it.,* 1963, I, c. 143; Cass., 8 dicembre 1978, n. 5775, in *Foro it.*, 1979, I. c. 1008.

Il testatore non potrebbe, viceversa, validamente disporre che le donazioni vengano ridotte prima delle disposizioni testamentarie, in deroga all'ordine legale che stabilisce dapprima la riducibilità delle disposizioni testamentarie, e solo poi, se necessario, quella delle donazioni. Cfr., al riguardo, Cass., 24 febbraio 1955, n. 563, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1955, III, p. 154. In dottrina, poi, cfr., ad esempio: M. D'ORAZI FLAVONI, *Modalità della riduzione*, nota a Cass., 24 febbraio 1955, n. 563, cit.; A. TULLIO, *L'azione di riduzione. L'imputazione* ex se, cit., pp. 567 s. Di recente, sull'inderogabilità dell'ordine della riduzione, tra disposizioni testamentarie e donazioni, nonché nell'àmbito delle sole donazioni, cfr.; Cass., 10 marzo 2016, n. 4721, cit.; Cass., 2 dicembre 2022, n. 35461, cit.

[84] Ciò, in applicazione del principio *nemo liberalis nisi liberatus*. Cfr., per tutti, M. FERRARIO HERCOLANI, *L'accettazione dell'eredità con il beneficio d'inventario*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. I, *La successione ereditaria*, cit., pp. 1327 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

di costituzione e trasferimento per atto tra vivi – conseguenza dell'inefficacia dell'assetto divisato dal collezionista, rischia di essere, ancora una volta, la disgregazione e la dispersione della collezione [85].

10. Il legato e la divisione disposta dal testatore

Uno strumento utile, per perseguire la conservazione dell'unitarietà della collezione, potrebbe essere il legato [86]. Fare dell'intera collezione l'oggetto di una disposizione a titolo particolare, difatti, potrebbe mettere la raccolta stessa al riparo dai rischi insiti nella divisione ereditaria, che si genererebbero laddove essa cadesse nella comunione ereditaria. Come ho ricordato anche poco sopra [87], peraltro, poiché a norma di legge i creditori del defunto debbono essere soddisfatti prima dei legatari, la trasmissione potrà avvenire così come voluto dal collezionista, solo quando non sia necessario destinare anche la collezione a pagare i debiti di questi.

Lo scopo di sottrarre la collezione alla comunione ereditaria, così da proteggerla dai rischi connessi alla divisione, potrebbe essere perseguito, altresì, ricorrendo alla divisione fatta dal testatore, di cui all'art. 734 c.c. [88] Il collezionista potrebbe, dunque, chiamare a titolo universale quello al quale, tra i suoi successori, intende trasmettere la collezione, e poi, già nel testamento, indicare che la quota di questo erede debba essere composta (anche) dalla collezione. Come ogni divisione, anche la divisione disposta dal testatore, nondimeno, può essere rescissa per lesione *ultra quartum*, ai sensi dell'art. 763 c.c. [89] Il collezionista, per evitare che la sistemazione organizzata nel testamento divenga inefficace, dovrà, perciò, porre attenzione a che non vi sia una differenza eccedente il quarto, tra il valore delle quote e il valore dei beni indicati a comporle.

Sia in caso di legato, sia in caso di divisione disposta dal testatore, poi, permane la necessità di non ledere, con le disposizioni destinate a trasmettere la collezione, i diritti riservati ai legittimari, per non esporre tali disposizioni all'azione di riduzione, e, ancora una volta, all'ulteriore conseguenza dell'inefficacia [90].

11. L'onere. Il fedecommesso

Come nel caso di donazione, anche nell'ipotesi di trasmissione della collezione per atto *mortis causa* potrà essere assai utile, per il raggiungimento degli scopi del collezionista, l'utilizzo di disposizioni modali [91]. Come con la donazione, infatti, attraverso l'onere o *modus* si potrebbe obbligare il successore

---

[85] Cfr., *supra*, note n. 24 e nn. 26 ss.

[86] Sul legato, in generale, cfr., *ex multis*: G. BONILINI, G. F. BASINI, *I legati*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, *passim*; G. BONILINI, *Dei legati. Artt. 649-673*, in *Il codice civile, Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F. D. Busnelli e G. Ponzanelli, Milano, 2020, III ed., *passim*.

[87] Cfr., *supra*, nota n. 84.

[88] In tema di divisione disposta dal testatore, si legga, anzitutto, L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, *passim*. In argomento, inoltre, cfr., ad esempio: A. MORA, *La divisione disposta dal testatore*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. IV, *Comunione e divisione ereditaria*, cit., pp. 299 ss.; F. MASTROBERARDINO, *"*Institutio ex re certa*" e divisione disposta dal testatore*, in *Fam. dir*., 2016, pp. 252 ss.

[89] Nota su applicabilità di rescissione a divisione del testatore

[90] Cfr., *supra*, note n. 24 e nn. 26 ss.

[91] Sull'onere testamentario, si legga, tra molti, M. PROTO, *Il modo*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. II, *La successione testamentaria*, cit., pp. 1223 ss. Cfr., altresì: M. D'AURIA, *Sull'autonomia del* modus

ISSN 2281-3918/2421-2563

nella collezione, ad esempio, a valorizzare la collezione, magari imponendo di riunire le opere in un unico luogo [92], e di esporle, in tutto o in parte, al pubblico [93], a non smembrare la collezione, e anche a non spostarla da dove si trovi al momento dell'apertura della successione [94], o, al contrario, a spostarla in un sito diverso, magari più consono alla fruizione pubblica, o, ancora, a non alienarla, in tutto o in parte [95].

Occorre ripetere [96], peraltro, come alcuni, tra gli oneri che obblighino il successore nella collezione a "non fare", rischino di valere solo nei limiti dell'art. 1379 c.c., o, almeno, nei limiti in cui le previsioni di tale articolo si reputino applicabili anche alle disposizioni testamentarie [97]. Ciò è vero per eventuali obblighi di non alienare, ma potrebbe esserlo anche per obblighi che, pur non precludendo la vendita della collezione, imponessero di non smembrarla e di non spostarla, sì da renderla assai meno appetibile sul mercato, qualora si leggesse nell'art. 1379 c.c. la manifestazione di un principio più generale, di sfavore verso ogni vincolo, di fonte volontaria, che limiti e rallenti la circolazione della ricchezza [98].

Gli effetti di questi oneri, allora, saranno solo obbligatori, e non saranno opponibili a eventuali terzi sub-acquirenti della collezione, o di opere di essa. Inoltre, l'onere non potrà essere vincolante oltre un ragionevole limite di tempo. In termini generali, viceversa, è dubbio e discusso, che al divieto di alienazione di fonte testamentaria sia applicabile anche il limite dell'apprezzabilità dell'interesse perseguito [99]; ma questo rilievo mi pare che ben raramente potrà essere centrale, con riferimento ai divieti alienare, o, più ampiamente, agli obblighi di non fare, imposti da un collezionista ai propri successori, poiché, per lo più, siffatti divieti, comunque, tradurranno un apprezzabile e meritevole interesse del collezionista stesso [100].

---

testamentario, in *Giur. it*., 2007, pp. 2698 ss.; G. CORRADI, *L'onere testamentario*, in *Fam. pers. succ*., 2011, pp. 851 ss.; U. STEFINI, *Natura giuridica del "*modus*" testamentario e impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, pp. 839 ss.; C. ATTANASIO, P*er una rilettura critica del "*modus*" testamentario tra tradizione e innovazione*, in *Persona e mercato*, 2022, pp. 258 ss.

[92] Per alcuni esempi di oneri così congegnati, cfr.: Trib. Firenze, 30 settembre 1997, n. 3959, cit.; T.A.R. Lazio, 29 maggio 2000, n. 4412, cit.

[93] Cfr., Trib. Firenze, 16 gennaio 1957, cit.

[94] In merito all'onere con cui si impone agli eredi di non spostare opere d'arte, o, più ampiamente, di non portarle al di fuori di una città, interessante è il testamento, datato 24 febbraio 1574, del banchiere Gasparo Scaruffi, nel quale si dispone, tra l'altro, che due grandi sculture in marmo di Carrara, commissionate dallo stesso Scaruffi all'artista Prospero Clementi, dovessero sempre rimanere nella città di Reggio Emilia, e che, in caso di inadempimento dell'onere, le statue dovessero passare, a titolo di legato, alla Magnifica Comunità di Reggio. Cfr., A. BALLETTI, *Gasparo Scaruffi e la questione monetaria nel secolo XVI*, Modena, 1882, p. 220: "*…nec non extra hanc civitatem Regii transmittere, sed eas indivisibiles inter ipsos heredes et heredum heredes perpetuo in hac civitate Regii voluit et mandavit stare et permanere debere, sub poena privationis predictarum statuarum, quas in tali casu idem Testator legavit Magnificae Comunitati Regii…*". Tale testamento, peraltro, alcuni anni dopo fu revocato dallo stesso Scaruffi, che lo sostituì con un diverso testamento, senza più l'onere di non spostare le statue fuori dalla città di Reggio Emilia, tanto che, anni dopo, l'ultima erede della famiglia Scaruffi le destinò al duce di Modena, sicché le statue del Clementi furono collocate presso il palazzo ducale di quella città, ove ancora oggi si trovano.

[95] Sull'utilizzo dell'onere da parte del collezionista, e il rischio di conflitto con il divieto di fedecommesso, si legga, M. CENINI, *La funzione sociale del patrimonio culturale: tra proprietà e persona*, cit., p. 127.

[96] Cfr., *supra*, nota n. 20.

[97] Sul divieto di alienazione di fonte testamentaria, cfr., ad esempio: A NATALE, *Il divieto di alienazione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. II, *La successione testamentaria*, cit., pp. 749 ss., spec. pp. 756 ss.

[98] Si vedano, *supra*, note nn. 19 e 74.

[99] Per l'irrilevanza dell'apprezzabilità dell'interesse perseguito dal disponente, nel caso in cui il divieto di alienazione sia di fonte testamentaria, cfr.: G. ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, in *Riv. trim dir. proc. civ*., 1982, pp. 459 ss.; G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, p. 247; A. Natale, *op. cit*., pp. 765 ss.

[100] Così potrebbe non essere, probabilmente, per un eventuale obbligo a non esporre, a non mostrare, e magari a tenere segreta la collezione, poiché, in tal modo, se ne impedirebbe la pubblica fruizione. Un onere siffatto, peraltro, mi pare ben

ISSN 2281-3918/2421-2563

Come di consueto, in ipotesi di onere testamentario, altresì, appare assai opportuno, anche più di quanto sia con riferimento all'onere apposto alla donazione, rafforzare l'onere, sia con la previsione della risoluzione della disposizione onerata [101], sia con la previsione di una penale testamentaria [102], per l'eventualità di inadempimento. Inoltre, nel caso in cui la collezione sia divenuta oggetto di comunione ereditaria, ogni limitazione imposta con oneri, che avesse come conseguenza il restringere la possibilità di effettuare la divisione, non potrebbe superare gli stretti limiti in cui è consentita la sospensione della divisione, a norma degli artt. 715 e, soprattutto, 717 c.c. [103].

Va ancora notato, da ultimo, come non possa trovare efficacia (se non attraverso la costituzione di un apposito ente) l'eventuale volontà del collezionista di garantire l'unità della collezione nel tempo, anche gestendone la trasmissione per via successoria, di generazione in generazione. Disposizioni a ciò finalizzate, difatti, non potrebbero che confliggere con il divieto di sostituzione fedecomissaria, e, conseguentemente, non potrebbero che essere colpite da nullità, come previsto all'art. 692, 5° co., c.c. [104].

12. La morte intestata del collezionista

Vengo ora al secondo, e forse meno probabile, tra gli scenari accennati sopra, al § 9, vale a dire al caso in cui il collezionista muoia senza aver fatto testamento (e senza avere provveduto al passaggio generazionale attraverso atti tra vivi). A tal ipotesi, naturalmente, può essere equiparata quella in cui il testamento via sia, ma in esso non si disponga della collezione, e quella in cui le disposizioni testamentarie concernenti la collezione, per una ragione qualsiasi, non possano produrre effetti. In questi casi, dunque, anche il passaggio della collezione sarà retto dalle regole della successione legittima intestata [105].

---

difficilmente immaginabile in pratica, dal momento che, solitamente, tra i più sentiti fini di ogni collezionista, vi è proprio quello di mostrarsi e rappresentarsi al pubblico tramite la propria raccolta.

[101] In materia di disposizione testamentaria risolutiva prevista per l'inadempimento di una o più obbligazioni di fonte successoria, si vedano, ad esempio: G. ORLACCHIO, *Natura dell'onere e risoluzione per inadempimento*, in *Vita notar.*, 2005, pp. 1216 ss.; M. LUPO, *Le disposizioni sanzionatorie*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. II, *La successione testamentaria*, cit., pp. 946 ss.

[102] Sulla, c. d., penale testamentaria, cfr., ancora, M. LUPO, *op cit.*, pp. 935 ss. Si vedano, inoltre: N. VISALLI, *Clausola penale testamentaria*, in *Giust. civ.*, 2002, II, pp. 537 ss.; L. NONNE, *Fondamento sistematico, natura giuridica e disciplina della clausola penale testamentaria*, in *Foro nap.*, 2018, pp. 437 ss.

[103] In merito alle eterogenee cause di sospensione della divisione, si legga, per tutti, A. MORA, *Il diritto alla divisione. Le cause di sospensione della divisione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. IV, *Comunione e divisione ereditaria*, cit., pp. 207 ss. In giurisprudenza, cfr., ad esempio: Trib. Varese, 30 luglio 2014, in *Dir. fam. pers.*, 2015, I, p. 542; Trib. Benevento, 22 febbraio 2018, in banca dati *DeJure*.

[104] Sul divieto di sostituzione fedecommissaria, si legga, ad esempio: M. MORETTI, *La sostituzione fedecommissaria*, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. II, *La successione testamentaria*, cit., pp. 1785 ss. Cfr., altresì: N. DI MAURO, *Divieto di sostituzione fedecommissaria ed attribuzione separata per testamento di usufrutto e nuda proprietà*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, pp. 235 ss.; L. GHIDONI, *Il discrimine tra legato di usufrutto universale e fedecommesso*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, pp. 695 ss.

Con specifico riferimento alla trasmissione di collezioni d'arte, inoltre, si veda, P. CARPENTIERI, *Il ruolo del fedecommesso nella conservazione delle collezioni d'arte*, in *Aedon*, 2022, pp. 161 ss.

[105] In generale, sulla successione legittima intestata, si leggano, tra i tanti: F. SANTORO-PASSARELLI, *Appunti sulle successioni legittime*, Roma, 1930, *passim*; C. GRASSETTI, *Delle successioni legittime*, in *Cod. civ., Libro delle successioni per causa di morte e donazioni*, Comm. a cura di M. D'Amelio, Firenze, 1941, pp. 330 ss.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1999, VI ed., *passim*. Nella trattatistica, per tutti, cfr., M. DOSSETTI, *La successione legittima. Principî generali*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. III, *La successione legittima*, cit., pp. 751 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Naturalmente, salvo quando vi sia un solo erede universale, in assenza di opportune disposizioni testamentarie la collezione non potrà che cadere nella comunione ereditaria, ed essere poi riguardata dalla divisione. Allora, principalmente se si sarà in presenza di un'asse così capiente da consentire di formare le parti senza smembrare la collezione, la disgregazione della collezione stessa potrà essere evitata [106]. Nella fase della divisione ereditaria, altresì, peserà pure l'estrema difficoltà che si può legare alla valutazione di una collezione di opere d'arte; difficoltà riguardo alla quale scriverò qualche parola nell'ultimo paragrafo [107].

Voglio ancora notare, prima di ciò, come, nel caso in cui la raccolta d'arte sia conservata nella casa di abitazione del collezionista, potrà trovare applicazione la previsione di cui al 2° comma dell'art. 540 c.c. [108], e anche l'uso della collezione (o della parte di essa custodita nella casa di abitazione del collezionista), insieme a quelle degli altri mobili che corredano la casa, potrà essere oggetto di legato *ex lege* in favore del coniuge sopravvissuto [109].

13. Cenni alla trasmissione delle collezioni oggetto di vincolo. Il problema della valutazione economica della collezione

I problemi che fino ad ora ho qui maggiormente preso in considerazione, non si daranno qualora la collezione sia, in tutto o in parte, oggetto di vincoli posti nell'interesse pubblico, che, ad esempio, impongano di mantenerne l'unitarietà [110], o anche la conservazione in un luogo determinato [111].

È ovvio come, in questi casi, la collezione non potrà che rimanere coesa anche dopo la vita del titolare, e ciò non solo e non tanto per volontà di questi (volontà che, nondimeno, potrebbe pure essere così indirizzata [112]), ma per la forza del vincolo posto dalla P.A. nell'interesse generale.

In questi casi, comunque, sono ipotizzabili problemi anche in prospettiva successoria, sebbene, per lo più, siano problemi differenti da quelli fino a qui ricordati. In caso di vincolo pubblico che disponga la non separabilità della collezione, difatti, mi pare che essa divenga una sorta di bene (giuridicamente)

---

[106] Un'altra possibilità, per mantenere unita la collezione, potrebbe consistere nella vendita di essa in blocco, per poi far luogo alla divisione del ricavato. Questa via, peraltro, ove non vi siano vincoli pubblicistici di indivisibilità che la impongano, difficilmente sarà seguita in concreto, dal momento che la vendita dell'intera collezione, di solito, consente di realizzare assai meno della vendita separata dei singoli pezzi che la compongono.

[107] Si veda quanto osservato al § seguente.

[108] In merito ai legati uxori di cui all'art. 540 c.c., si legga, da ultimo, T. Rossi, *La riserva a favore del coniuge superstite. Scenari attuali e prospettive evolutive*, Napoli, 2022, *passim*, spec. pp. 27 ss. Nella trattatistica, per tutti, cfr., C. Coppola, *I diritti d'abitazione e d'uso spettanti* ex lege, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. III, *La successione legittima*, cit., pp. 101 ss.

[109] Il che, nondimeno, consentirebbe di garantire la conservazione unitaria della collezione, unicamente per il tempo della vita del coniuge sopravvissuto, o per un tempo anche più breve, qualora si verificasse una delle ipotesi che possono portare all'estinzione del diritto di uso in capo a questi.

[110] Per un caso di vincolo, posto dalla P.A. nell'interesse pubblico, con il quale si è imposta la conservazione unitaria di una collezione privata, si legga, ad esempio, T.A.R. Lazio, 29 maggio 2000, n. 4412, cit.

[111] Per l'imposizione, sempre nell'interesse pubblico, del luogo di conservazione della collezione (sovente, attuata attraverso la creazione di un vincolo pertinenziale pubblicistico, tra collezione e immobile che la contiene), si leggano, ad esempio: T.A.R. Lazio, 8 ottobre 2008, n. 8824, cit.; T.A.R. Toscana, 23/2/2021, n. 288, in banca dati *DeJure*.

[112] Il collezionista potrebbe comunque avere interesse a proteggere, attraverso la propria manifestazione di volontà, la collezione dal possibile smembramento e dalla possibile dispersione, connessi al passaggio generazionale, poiché egli non può avere il controllo sulla permanenza del vincolo di natura pubblicistica, vincolo che potrebbe, per varie ragioni, poi venire meno. E, in questo caso, qualora l'unitarietà della collezione non fosse anche assicurata da strumenti privatistici, questa resterebbe esposta, appunto, alla disgregazione.

ISSN 2281-3918/2421-2563

indivisibile, con la conseguenza che, al momento della divisione dell'intero asse ereditario, essa, o dovrà essere attribuita per intero a uno solo dei condividenti, attribuendo agli altri, ulteriori e diversi cespiti eventualmente pure compresi nell'asse, oppure conguagli in danaro, o dovrà essere unitariamente venduta, per poi dividere il ricavato.

Infine, soprattutto in questi casi si mostrano in piena evidenza le notevolissime difficoltà legate alla determinazione del valore di mercato della collezione. Quasi diventa testuale, con riferimento al valore di una grande e importante collezione d'arte, per la quale sia stata imposta la conservazione unitaria, magari in un luogo determinato, l'attributo di "inestimabile", poiché è praticamente impossibile prevedere se una simile serie, così vincolata, potrà essere venduta e, eventualmente, a quale prezzo.

In verità, anche solo il vincolo di inscindibilità, fa sì che la collezione, se cospicua, divenga, praticamente, pressoché inalienabile. Questo è ancora più vero, poi, se la raccolta debba anche essere mantenuta in un determinato luogo. Solo pochissimi soggetti, infatti, potrebbero avere le risorse per l'acquisto, e anche l'interesse ad esso, qualora la collezione dovesse restare unita e comunque essere lasciata là dove si trova al momento del sorgere del vincolo [113]. Ecco, allora, che, in presenza di uno e di entrambi i vincoli ricordati, tanto maggiore sarà la ricchezza e l'importanza della collezione, tanto minore sarà la probabilità di poterne fare mercato. E tanto più complessa – sebbene necessaria, ad esempio al fine della divisione ereditaria – sarà un'attendibile attribuzione ad essa di un valore in danaro. La presenza di vincoli pubblici sulla collezione al momento dell'apertura della successione del collezionista, insomma, può creare, sia forte deprezzamento del cespite, sia notevoli e aspre difficoltà nella valutazione di esso. Deprezzamento e difficoltà che si aggravano, a seconda del numero e dell'intensità dei vincoli.

Va notato, infine, come problemi ancora maggiori potranno darsi nel caso in cui la collezione non sia vincolata al momento dell'apertura della successione, e uno o più vincoli intervengano successivamente, ma prima che la vicenda successoria si sia chiusa. Poiché, a norma degli artt. 556 e 747 c.c., il momento in cui attribuire il valore a tutti i cespiti riguardati dalla successione, sia dei beni compresi nell'asse, sia di quelli oggetto di donazione, è, sempre e solo, quello dell'apertura della successione stessa (e, dunque, quello della morte del *de cuius*) [114], assai gravi conseguenze potrà generare l'apposizione di un vincolo sulla collezione successivo a questo momento. Basti pensare, come esempio, al donatario della collezione che sia anche legittimario, e che abbia l'abbia imputata alla propria quota per il valore che aveva all'apertura della successione, prima dell'apposizione del vincolo, e che poi se ne trovi abbattuto il valore dall'apposizione del vincolo stesso.

---

[113] Potrebbe darsi il caso, nondimeno, che l'intera collezione venga acquistata a fini espositivi, da un soggetto che abbia intenzione di farne una galleria di pubblica fruizione, come, ad esempio, da un ente museale già esistente. Questo potrebbe avvenire per fini filantropici e di interesse generale, o, magari, per scopi pubblicitari. Anche un diretto fine di lucro soggettivo per un tale acquisto, sebbene non probabile, non si dovrebbe escludere a priori. Si tenga presente, tra l'altro, che, anche qualora vi siano vincoli pubblicistici che impongano di mantenere coesa la raccolta, e di conservarla nel luogo in cui già si trova, dovrebbe comunque essere consentito il "prestito" temporaneo di una o più opere comprese nella collezione stessa, per l'organizzazione di mostre, o comunque a fini espostivi, in luoghi diversi da quello della abituale conservazione.

[114] In merito al momento di attribuzione del valore a ogni cespite riguardato da una successione, si legga, per tutti: A. ALBANESE, *Della collazione. Del pagamento dei debiti. Artt. 737-756*, cit., pp. 281 ss.; A. ALBANESE, *La collazione*, cit., pp. 577 ss. In giurisprudenza, di recente, cfr., ad esempio: Cass., 6 ottobre 2016, n. 20041, in banca dati *deJure*; Cass., 14 gennaio 2022, n. 1062, cit.; Cass., 14 marzo 2022, n. 8174, in banca dati *deJure*. Cfr. anche, *supra*, nota n. 28.

ISSN 2281-3918/2421-2563

JUS CIVILE

ANTONELLO IULIANI*

BREVI RIFLESSIONI IN TEMA DI 'RINEGOZIAZIONE' E 'ADEGUAMENTO' A PARTIRE DAL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI**

BRIEF REFLECTIONS ON 'RENEGOTIATION' AND 'ADAPTATION' UNDER THE ITALIAN PUBLIC CONTRACTS CODE

Abstract: Muovendo dalle disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici e del Codice della crisi d'impresa, il saggio torna sulla questione, ancora dibattuta, dell'esistenza nell'ordinamento di un generale obbligo di rinegoziazione a fronte delle sopravvenienze perturbative dell'equilibrio contrattuale. L'analisi, condotta con l'ausilio di alcune coppie concettuali, si sofferma sul rapporto tra rinegoziazione e adeguamento, sui rimedi esperibili dalla parte svantaggiata e sul fondamento dell'obbligo di rinegoziare, tra previsione legale, autonomia pattizia e buona fede.

Abstract: Drawing on the provisions of the new Italian Public Contracts Code and the Business Crisis Code, the essay returns to the still-debated question of whether Italian law recognises a general duty to renegotiate in the face of supervening events disrupting the contractual equilibrium. The analysis, structured around a set of conceptual pairs, focuses on the relationship between renegotiation and adaptation, on the remedies available to the disadvantaged party, and on the foundation of the duty to renegotiate, between statutory provision, party autonomy and good faith.

SOMMARIO: *1. L'obbligo di rinegoziazione nel Codice dei contratti pubblici e nel Codice della crisi d'impresa. – 2. Sopravvenienze quantitative e sopravvenienze qualitative. – 3. 'Rinegoziare' e 'adeguare'. – 4. Il fondamento dell'obbligo di rinegoziare: obbligo legale e obbligo pattizio.*

1. L'obbligo di rinegoziazione nel Codice dei contratti pubblici e nel Codice della crisi d'impresa

Le disposizioni introdotte nel nuovo Codice dei contratti pubblici – ma ai fini del discorso è utile richiamare anche la rinnovata disciplina della crisi d'impresa – offrono al civilista un'ulteriore occasione di confronto con la questione, ancora dibattuta, dell'esistenza, nel nostro ordinamento, di un (generale) obbligo di rinegoziazione volto a fronteggiare quelle sopravvenienze (quantitative, qualitative, tipiche e atipiche) perturbative dell'equilibrio contrattuale.

La circostanza che proprio nei settori appena menzionati sia maturata l'esigenza dell'espressa previsione di un obbligo di rinegoziazione non deve meravigliare, se si considera che proprio l'innesto del contratto nell'azione amministrativa e nell'attività di impresa (in contesti in cui assumono

* Professore ordinario di Diritto privato – Università Pegaso.

** Contributo sottoposto a revisione.

ISSN 2281-3918/2421-2563

rilievo interessi superiori rispetto a quelli delle parti) ha agevolato, con maggiore evidenza, la rottura con la logica istantanea o sincronica (che ha riguardo al solo momento in cui si realizza lo squilibrio, per accordare alle parti un rimedio demolitorio) e l'approdo ad una prospettiva (quella dell'attività) capace di valorizzare la dimensione diacronica del contratto (funzionale allo svolgimento dell'attività amministrativa o d'impresa), che guarda oltre al momento in cui si verifica lo squilibrio, nella prospettiva del suo superamento, in uno con il mantenimento del contratto [1]. Nel riflettere tale mutamento, l'obbligo di rinegoziazione si allinea alla precettività propria, nei rispettivi ambiti, del principio del risultato [2] – (il quale, ai sensi dell'art. 1 cod. contr. pubbl., costituisce «attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità [...] ed è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea») – e del principio della continuità aziendale, mettendo in evidenza, più in generale, quella normatività implicita nei contratti di durata, segnalata dalle teorie relazionali, che si esprime nella necessaria cooperazione tra le parti nell'esecuzione del contratto.

Sul terreno della disciplina dei contratti pubblici vanno menzionati gli artt. 9, 60, 120 cod. contr. pubbl.(rilevanti sono, però, anche gli articoli 189, 192 in tema di concessioni): il primo positivizza il principio di conservazione del contratto e stabilisce, come regola generale, il diritto alla rinegoziazione (seppure come esito, in via preferenziale, di una clausola negoziale); gli artt. 60 e 120 cod. contr. pubbl., sempre in attuazione di tale principio [3] – così recita il comma 5 dell'art. 9 cod. contr. pubbl. – disciplinano, rispettivamente, la revisione del prezzo e le modifiche e varianti in corso dell'esecuzione. Sul terreno della disciplina della crisi d'impresa viene in rilievo l'art. 17, co. 5, c.c.i. il quale prevede che, nell'ambito delle trattative volte al risanamento dell'impresa, l'esperto possa «invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute» stabilendo che «le parti sono tenute a collaborare tra loro per rideterminare il contenuto del contratto o adeguare le prestazioni alle mutate condizioni».

2. Sopravvenienze quantitative e sopravvenienze qualitative

Nell'apprezzare la portata delle norme in commento può essere utile procedere con l'ausilio di alcune coppie concettuali:

(1) *Sopravvenienze quantitative/sopravvenienze qualitative*: il sistema del codice civile distingue due tipologie di sopravvenienze; quelle di natura quantitativa [4], disciplinate in via generale all'art. 1467 cod.

[1] Così G. LENER, *Appunti sull'autonomia privata e sulla rinegoziazione nel d.l. 118/21,* in *dirittodellacrisi.it*., 2022, 6-7; ma v., ampiamente, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, 1996, 54 ss.

[2] Così E. GUARNIERI, *Rinegoziazione, revisione prezzi e pagamenti*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, III ediz., Giappichelli, 2025, 1207.

[3] Come sottolineato da S. FANTINI – H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Giuffrè, 2024, 168: «Tale principio è costruito, per così dire, su due versanti: quello delle modifiche contrattuali di tipo strettamente patrimoniale, che coincidono con la revisione prezzi; e quello delle modifiche contrattuali concernenti profili differenti, quali ad esempio l'oggetto, il tempo e il luogo di adempimento».

[4] Sulle sopravvenienze quantitative cfr. E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 55 s.

ISSN 2281-3918/2421-2563

civ., e quelle di natura qualitativa, disciplinate, sempre in via generale, agli artt. 1463 e 1464 c.c. [5]. La distinzione coglie, perlomeno parzialmente, quella tra eccessiva onerosità della prestazione e impossibilità sopravvenuta della prestazione. Una distinzione che si è certamente attenuata per effetto dell'accoglimento della teoria dell'impossibilità nei termini dell'oggettività e della relatività (magistralmente elaborata da Luigi Mengoni [6]), ma che (nonostante una autorevole voce contraria [7]) conserva tuttora giustificazione nella misura in cui la prima – l'eccessiva onerosità – prende in esame eventi capaci di incidere direttamente (e oggettivamente) sul costo della prestazione, in sé e per sé considerata, mentre la seconda – l'impossibilità – prende in esame eventi che comporterebbero una modifica del contenuto dell'obbligazione (a es. l'impiego di mezzi diversi e più costosi) e che, dunque, solo indirettamente, incidono sul costo della prestazione. La coincidenza tra sopravvenienza qualitativa e impossibilità sopravvenuta della prestazione è, come si è detto, solo parziale giacché nell'area delle sopravvenienze qualitative si è soliti far rientrare anche tutte quelle circostanze (irriducibili al concetto di impossibilità sopravvenuta della prestazione oggettivamente intesa) che hanno un'incidenza sul grado di realizzabilità dell'interesse creditorio.

(2) *Tipicità/atipicità*: una consistente tendenza dottrinaria estende la rilevanza delle sopravvenienze oltre i presupposti applicativi delineati dal codice e, nella prospettiva dell'esistenza di un generale obbligo di rinegoziazione, già sul terreno delle sopravvenienze c.d. "tipiche" [8], ne espande la portata [9], in maniera non sempre esplicita e concorde, sia alle ipotesi in cui difetti il carattere della "imprevedibilità" o quello della "eccessiva onerosità" [10] (sopravvenienze quantitative atipiche), sia a quelle in cui

---

[5] Cfr, anche per i numerosi riferimenti bibliografici, E. Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Cedam, 2018, 17 s.; T. Mauceri, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Europa dir. priv*., 2007, 1099 ss.

[6] L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir*., XXXIX, Giuffrè, 1988, 1085 ss.

[7] C. Castronovo, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Europa dir. priv*., 1999, 796 ss.

[8] F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 292 s. il quale individua nel potere della parte avvantaggiata di ricondurre ad equità il contratto un diritto soggettivo ad evitare la risoluzione, cui corrisponde un obbligo a carico della controparte di «trattare in buona fede le condizioni della modificazione». Per una critica a questa ricostruzione cfr., tra gli altri, M. Barcellona, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. priv*, 2003, 477 s., secondo cui tale teoria «Per un verso, indebitamente trasforma il "diritto potestativo" del contraente avvantaggiato in un suo obbligo verso il contraente svantaggiato di trattare la modificazione del contratto onde ricondurlo ad equità. Per altro verso, invece, essa indebitamente trasforma la posizione meramente negativa di "soggezione" del contraente svantaggiato... in una sua obbligazione positiva di trattare con il contraente avvantaggiato l'adeguamento del contratto»; cfr., altresì, E. Gabrielli, *Sopravvenienza e rinegoziazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 20234, 23 s.; A. Gentili, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr*., 2002, 708; E. Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi*, cit., 80.

[9] Invocando, ora, gli artt. 1366 e 1375 cod. civ. (F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione* cit., 312 s., spec. 321), ora l'art. 1374 cod. civ., ora facendo riferimento all'equità integrativa (R. Sacco, *I rimedi per la sopravvenuta eccessiva onerosità*, in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ*., diretto da R. sacco, t. II, Utet, 1993, 686: «L'equità esige che nei contratti a durata particolarmente lunga, conformati a scelte operative condizionate dalla situazione dei luoghi, della tecnologia e del mercato, si sottintenda una clausola di rinegoziazione, in virtù della quale il dato obsoleto o non più funzionale possa essere sostituito dal dato aggiornato e opportuno»).

[10] F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 312, ad esempio, pur prospettando la possibilità di un «obbligo di reciproco dei contraenti a trattare le condizioni della modificazione del contratto, anche indipendentemente dalla ricorrenza di tutti i requisiti per la risoluzione ex art. 1467 c.c.", esclude tale esito, reputando (ivi, 317) «difficile ipotizzare un obbligo legale di rinegoziare generalizzato, che si estenda al di là del caso in cui il riconoscimento dello stesso obbligo costituisca il riflesso del diritto della parte avvantaggiata dalle sopravvenienze a continuare nell'esecuzione del contratto equamente modificato». Di qui la critica di M. Barcellona, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione*, cit., 489 s., secondo cui risulta impossibile da immaginare «che una tale tacita "volontà negativa" [di non regolare il rischio di sopravvenienze, così da fondare un obbligo di rinegoziazione] distingua tra rischio regolato dall'art. 1467 c.c. (ossia, propriamente, il "rischio quantitativo") ed il rischio esorbitante da tale previsione normativa (ossia, fondamentalmente, il "rischio qualitativo") e si limiti ad assumere ad oggetto solo quest'ultimo».

ISSN 2281-3918/2421-2563

la prestazione, anziché essere impossibile, si riveli, in tutto o in parte, inutile dal lato del creditore o, comunque, non rispondente ai presupposti alla base della conclusione del contratto (sopravvenienze qualitative atipiche) [11]. Sottesa a quest'ultima operazione ermeneutica v'è l'idea – anche di recente espressa in dottrina [12] – che l'impossibilità oggettiva di fruire della prestazione non appartenga all'area dell'(in)esecuzione del contratto ma a quella della perturbazione sopravvenuta della causa (o, come si specifica, dello scopo individuato nei vantaggi primari e secondari che il contratto mirava a realizzare) e che, dunque, il rimedio elettivo – anche al fine di evitare di ingessare il rimedio entro forme precostituite – sia rappresentato non già dalla risoluzione parziale (con conseguente riduzione del corrispettivo) ma proprio dall'obbligo di rinegoziazione.

Quali indicazioni emergono dal confronto con la disciplina sopra richiamata?

Anzitutto, con riguardo alle c.d. "sopravvenienze quantitative", la scelta del codice dei contratti pubblici è stata quella di limitarne la rilevanza, nella prospettiva della rinegoziazione, a quelle "straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto", secondo una più accorta nozione di disequilibrio apprezzabile secondo parametri di tipo qualitativo, quantitativo e temporale [13]. Diversa, invece, la portata dell'art. 17, co. 5, c.c.i. secondo capoverso, il quale, se espressamente richiede l'"eccessiva onerosità" della prestazione, quale limite all'operatività dell'obbligo di rinegoziazione [14], nulla dice in ordine alle caratteristiche dell'evento; e ciò, si potrebbe azzardare, sul presupposto che la crisi d'impresa (frutto di accadimenti, tutt'altro che imprevedibili) sia causa necessaria e sufficiente per la rideterminazione del contenuto del contratto [15].

Quanto alle sopravvenienze qualitative – perlomeno quelle coincidenti con l'impossibilità oggettiva di fruire della prestazione – l'art. 9, co. 3, cod. contr. pubbl. richiama espressamente la disciplina dell'art. 1464 cod. civ., prevendo che «se le circostanze sopravvenute rendono la prestazione, in parte o temporaneamente, inutile o inutilizzabile per uno dei contraenti, questi ha diritto a una riduzione proporzionale del corrispettivo, secondo le regole dell'impossibilità parziale». La norma – al netto dell'impiego della disgiuntiva "o", là dove sarebbe stata, forse, più opportuna la congiunzione "e", considerato che, nei

[11] F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 319 s.: «esaminando la realtà contrattuale dei rapporti a lungo termine nella prospettiva della continuità dell'esecuzione del contratto, non si può non notare che il problema dell'adeguamento del contratto non è legato soltanto al fenomeno delle sopravvenienze produttive della maggiore (ed eccessiva) onerosità della prestazione» giacché «il decorso del tempo implica l'incertezza sulla modificazione dei fatti rilevanti nell'esecuzione del contratto (indipendentemente dalle variazioni attinenti al costo delle rispettive prestazioni e, quindi, dell'equilibrio economico fra le stesse)». In questo caso la rinegoziazione tende «non tanto a salvare il contratto ineseguibile per l'intollerabile sproporzione fra le prestazioni, quanto a far aderire il regolamento contrattuale, a suo tempo predisposto, alla reale situazione di fatto, nel frattempo, evolutasi in un certo modo: in una parola, a rendere l'attuazione del regolamento contrattuale congrua rispetto agli interessi dei contraenti».

[12] A. M. GAROFALO, *Il dovere di rinegoziazione: spunti ricostruttivi a partire dall'eredità dell'emergenza pandemica*, in *Pers. merc*. 2024, 403 s. e 426 ss.

[13] G.D. COMPORTI, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in *Il diritto dell'economia*, 2024, 37 s.s

[14] Secondo M. BIANCA, *Crisi e rinegoziazione dei contratti tra diritto emergenziale e codice della crisi. Prime riflessioni*, in *Oss. Dir. comm*., 2002 904, a differenza dell'art. 1467, co. 2, l'art. 17 c.c.i., includerebbe anche quelle oscillazioni di valore delle prestazioni rientranti nella normale alea del contratto.

[15] Uno spunto in tal senso è offerto da G. LENER, *Appunti sull'autonomia privata e sulla rinegoziazione nel d.l. 118/21* cit., 9; secondo R. GALASSO, *La gestione delle sopravvenienze nell'ambito della procedura negoziata della crisi di impresa, tra intervento del giudice e obbligo di rinegoziazione*, in *Giust. civ*., 2024, 302, la norma andrebbe comunque interpretata «nella prospettiva della codificazione di un obbligo di rinegoziazione per le sole ipotesi di sopravvenienza imprevedibile e straordinaria».

ISSN 2281-3918/2421-2563

contratti di durata, l'impossibilità (definitiva sin dall'origine o tale per il protrarsi dell'impossibilità temporanea) è sempre parziale (lasciando impregiudicato l'adempimento delle prestazioni future) [16] si rivela particolarmente felice perché conferma che le disfunzioni sopravvenute nel rapporto prestazione-interesse non appartengono al campo statico della causa ma a quello dinamico dell'esecuzione della prestazione. L'impossibilità della prestazione non va, infatti, intesa solo come impedimento della condotta debitoria, ma anche come inutilità, anche solo parziale, della prestazione per il creditore (come nell'ipotesi delle locazioni ad uso commerciale divenute temporaneamente inutili, in termini parziali o anche totali durante e per effetto della pandemia). La conclusione si impone in ragione del contenuto dell'obbligazione, il quale consiste in un vincolo personale, caratterizzato da una condotta strumentale finalizzata alla realizzazione di un risultato. L'inclusione del risultato – poco conta se finale o soltanto strumentale – nel contenuto dell'obbligazione si riflette, infatti, sul carattere necessariamente utile della prestazione e sulla nozione stessa di impossibilità, la quale, abbandonata l'idea di distinguerla dall'inutilità, non può essere circoscritta all'impedimento che colpisce la possibilità del debitore di prestare, dovendo abbracciare anche l'impedimento, non imputabile, che preclude la possibilità per il creditore di fruire della prestazione [17].

3. 'Rinegoziare' e 'adeguare'

L'aspetto più controverso del dibattito sull'obbligo di rinegoziazione [18] riguarda la terza coppia concettuale.

(3) *Rinegoziare e adeguare*: il rapporto tra questi due termini, di cui va evitata ogni indebita sovrapposizione [19], lascia, infatti, isolare diverse possibilità.

La prima: *l'adeguamento come risultato del rinegoziare*, il quale, dunque, si configura come "obbligo di risultato" [20] (un dovere delle parti di riesercitare il potere di autonomia negoziale modificando il contratto originario) tanto da poter esigere, in caso di suo inadempimento, l'attuazione in natura ex art. 2932 cod. civ. [21] e comunque il risarcimento dell'interesse positivo [22]. Sembrano confortare tale

[16] Cfr. il rilievo di F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e contratti,* in *Contr*., 2020, 498.

[17] In questi esatti termini, F. PIRAINO, *La normativa emergenziale*, cit., 498.

[18] Come sottolinea F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata,* in *Europa e dir. priv*., 2019, 607 «uno dei punti cruciali del dibattito sulla rinegoziazione e sulla possibilità di conferirle la forma di un'attività dovuta riguarda, infatti, l'oggetto di tale obbligo. L'alternativa è tra l'attività di rinegoziazione o l'esito di tale attività».

[19] Così E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 133; M. MAGGIOLO, *Poteri e iniziative unilaterali nella rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ*., 2021, 908 ss.

[20] F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 343: «essere obbligati a trattare vuol dire essere obbligati a porre in essere tutti quegli atti che, in relazione alle circostanze, possono concretamente consentire alle parti di accordarsi sulle condizioni dell'adeguamento del contratto, alla luce delle modificazioni intervenute»; e, in senso più orientato al risultato, 346, là dove si afferma che entrambe le parti sono «tenute a trattare in buona fede e a condurre a termine la trattativa pervenendo al risultato». Di vero e proprio "obbligo a contrarre" si parla a 424: «La discrezionalità necessariamente riservata alle parti, che in sé stessa costituisce la migliore garanzia di flessibilità del contratto originario, può essere intesa soltanto in senso costruttivo».

[21] F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 424 s. sul presupposto di una diversità tra la trattativa precontrattuale e la trattativa instaurata nel corso dell'esecuzione del contratto (ivi, 425).

[22] F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 403: «le conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare, per quel che rileva ai fini del risarcimento del danno, non potranno che rifarsi al probabile esito della trattativa». La posizione dell'A. si mostra, però, più articolata giacché egli limita il risarcimento dell'interesse positivo alle ipotesi in cui sono *ab origine* definiti i contorni della modificazione e a quelle in sono divenuti tali per lo stadio avanzato della trattativa (ivi, p407-408);

ISSN 2281-3918/2421-2563

configurazione l'art. 9, co. 2, là dove collega il rinegoziare al "ripristino dell'equilibrio originario" e il co. 8 dell'art. 120 – in ipotesi in cui manca una clausola di rinegoziazione – là dove prevede che "*Nel caso in cui* [*tali clausole non siano previste*]*, la richiesta di rinegoziazione va avanzata senza ritardo e non giustifica, di per sé, la sospensione del contratto. Il Rup provvede a formulare la proposta di un nuovo accordo entro un termine non superiore a sei mesi. Nel caso in cui non si pervenga al nuovo accordo entro un termine ragionevole, la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione*".

Accedendo a questa interpretazione, l'inciso «*salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione*» starebbe, allora, a significare che il rimedio risarcitorio condividerebbe con quello costitutivo il presupposto rappresentato dall'inadempimento all'obbligo di rinegoziazione (inteso come obbligo di risultato). Il rapporto tra i due rimedi – l'art. 2932 cod. civ. e il risarcimento del danno – potrebbe allora essere inteso, sia in termini di rigida alternatività (con il risarcimento che supplisce alle ipotesi di impossibilità di ricorrere alla tutela costitutiva) sia di elettività (per una scelta del contraente svantaggiato) sia, ancora, di cumulatività (con il risarcimento a ristorare il danno prodottosi in conseguenza dell'inerzia di controparte e che non sia, per così dire, "assorbito" nel contratto modificato).

Resta, in entrambi i casi, seppure con ricadute differenti [23], il problema della surrogabilità, per via giudiziaria, del mancato esercizio dell'autonomia privata e, infatti, salvo ad immaginare un intervento del giudice di natura puramente equitativa, la dottrina amministrativistica (chiamata ad interpretare l'art. 120, co. 8, cod. contr. pubbl.) circoscrive la tutela in forma specifica alle ipotesi in cui esistano criteri predeterminati a cui il giudice possa appellarsi (col dubbio, in tal caso, che si tratti di rinegoziazione in senso proprio) oppure alle ipotesi in cui le trattative tra le parti siano giunte ad uno stadio tale da offrire, sostanzialmente, al giudice i termini dell'adeguamento [24].

Alla prima possibilità (l'adeguamento come risultato del rinegoziare) se ne contrappone un'altra: l'*adeguamento come esito eventuale del rinegoziare*, il quale, dunque, si configura come mero obbligo a trattare in buona fede [25], con la conseguenza che la violazione di tale obbligo (tradottosi nel rifiuto di negoziare, nel negoziare in modo malizioso, nella rottura immotivata delle trattative in una fase iniziale o in uno stadio avanzato o, ancora, nell'insufficiente comunicazione delle informazioni necessarie, ovvero nella comunicazione di informazioni incomplete o erronee) [26] esclusa in radice la tutela costitutiva, comporterebbe, secondo una diffusa opinione, il risarcimento del solo interesse negativo [27],

---

nell'ipotesi in cui, invece, la trattativa si sia arrestata ad uno stadio iniziale (in assenza di criteri che consentano di definire i contorni dell'accordo modificativo), il risarcimento del danno avrà ad oggetto il solo interesse negativo.

[23] M. MAGGIOLO, *Poteri e iniziative unilaterali*, cit., 922.

[24] G. D. COMPORTI, *La rinegoziazione dei contratti pubblici*, cit., 66; ma v., nella dottrina civilistica, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 430 ss., secondo il quale l'intervento del giudice «potrà tanto più approssimarsi alla volontà delle parti, quanto più matura sarà l'evoluzione della trattativa ... ma la mancanza di tali elementi non preclude al giudice di decidere nel senso della concessione della tutela».

[25] E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi*, cit., 117-118; in questo senso anche F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, 2015, 594, secondo il quale «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».

[26] Un'analitica descrizione del contenuto dell'obbligo di rinegoziazione e, specularmente, delle ipotesi di inadempimento è offerta da F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 358 e 395 ss.

[27] A. GENTILI, *La replica della stipula,* cit., 719 s.; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 2002, 811 s.; E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi*, cit., 290.

ISSN 2281-3918/2421-2563

attesa la oramai acquisita non necessaria coincidenza dell'interesso negativo con l'ambito delle trattative precontrattuali [28].

Nella direzione della configurazione dell'obbligo di rinegoziazione come obbligo meramente strumentale (o, meglio, procedimentale) parrebbe dirigersi l'art. 17 co. 5, c.c.i. là dove limita la portata dell'obbligo di rinegoziazione alla collaborazione tra le parti per rideterminare il contenuto o adeguare le prestazioni alle mutate condizioni (senza però imporre, come risultato dovuto, la modifica o l'adeguamento del contratto). Conclusione, questa, che sembrerebbe trovare conforto, secondo un ragionamento *a contrario*, nel più prossimo (peraltro ancora in vigore) precedente della disposizione costituito dall'art. 10, d.l. 118/2021 il quale – di fronte alla sopravvenienza rappresentata dalla pandemia – in mancanza di accordo, consente, invece, all'imprenditore di domandare al giudice di rideterminare equamente le condizioni del contratto.

Residua, infine, una terza possibilità: l*'adeguamento come conseguenza dell'esercizio di un potere unilaterale a esercizio giudiziale*. Si possono, a tal proposito, richiamare i meccanismi di adeguamento del contratto previsti, a esempio, dall'art. 1664 cod. civ. e, in certa misura, dagli artt. 1660 e 1661 cod. civ. per fronteggiare sopravvenienze di natura sia quantitativa, sia qualitativa (queste ultime solitamente attinenti alla sfera del committente). La forte assonanza [29]con la disciplina delle modifiche e delle varianti consentite dall'art. 120, co. 1-7 e 9-11, cod. contr. pubbl. e con quella della revisione dei prezzi di cui all'art. 60 cod. contr. pubbl., impone di affrontare il tema del rapporto tra queste disposizioni e l'art. 9 cod. contr. pubbl. e solleva diversi interrogativi: se la rinegoziazione, al di là dell'enfatica previsione, non sia altro che la forma negoziata dell'adeguamento del contratto (essenzialmente sotto il profilo del corrispettivo) conseguente alle modifiche o varianti proposte dal committente (e accettate dall'appaltatore); se, diversamente, – come parrebbe suggerire, anche sotto il profilo procedurale, l'art. 120, co. 3, cod. contr. pubbl. – la rinegoziazione differisca dalla disciplina delle modifiche e delle varianti consentite (art. 120, co. 1-7 e 9-11, cod. contr. pubbl.) non tanto per l'oggetto, quanto per i presupposti (non del tutto coincidenti) e, soprattutto, per le prerogative che spettano alla parte svantaggiata. E, invero, altro è la *possibilità* di modificare il contratto o di adeguarne il corrispettivo, altro il *diritto*, in capo alla parte svantaggiata (per lo più l'esecutore) di ottenerne giudizialmente l'adeguamento [30]. Di qui, però, l'interrogativo – che concerne proprio l'oggetto e il contenuto dell'obbligo di rinegoziazione – se la modifica del contratto (sia sotto il profilo strettamente patrimoniale, sia sotto il profilo delle modifiche concernenti profili differenti) più che essere conseguenza dell'esecuzione in forma specifica di un obbligo di rinegoziazione, inteso come obbligo a contrarre [31], non sia da ricondurre all'(autonoma) previsione in capo

[28] Pur escludendo che l'obbligo di rinegoziazione vincoli le parti alla conclusione di un contratto modificativo, F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi*, cit., 620 reputa che il risarcimento vada «sottratto alle secche dell'alternativa schematica tra c.d. interesse positivo e c.d. interesse negativo" e ammette che possa "spingersi sino al trasferimento del costo di tutto o di parte dell'aggravio provocato dalla sopravvenienza che la condotta predatoria, contraria a buona fede, della parte avvantaggiata tramuta in danno».

[29] Messa in evidenza, tra gli altri, da M. E. COMBA, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Giur. it*., 2023, 1080; G. L. BARRECA, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale – problematiche interpretative e applicative,* in *ItaliAppalti*, 2024, 8 ss.

[30] Cfr., sul punto, B. MARCHETTI, *Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, cit., 298; E. GUARNIERI, *Rinegoziazione, revisione prezzi e pagamenti*, cit., 1217 s.; 1226; M. RENNA, *I principi*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, a cura di S. Fantini e H. Simonetti, Il Foro italiano, gli Speciali, LaTribuna, 2023 22; G. L. BARRECA, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., 8.

[31] In questo senso si esprime G. D. COMPORTI, *La rinegoziazione dei contratti pubblici*, cit., 53: «Il mancato raggiungimento del nuovo accordo per una delle indicate fattispecie patologiche legittima la parte svantaggiata ad agire in giudizio per "ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originaria, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione»; e 67: «la decisione sostitutiva del giudice è prevista come *extrema ratio* del sistema ed è, dunque, destinata ad operare in via

ISSN 2281-3918/2421-2563

alla parte svantaggiata di un diritto all'adeguamento, in assonanza con quanto prevede, ora, l'art. 1195 *code civil* [32], dove al fallimento delle prime due tappe del procedimento disciplinato dal legislatore, rispettivamente destinate alla ricerca di un accordo, modificativo o risolutorio, fa seguire il diritto della parte svantaggiata a domandare l'adeguamento giudiziale del contratto [33].

Accedendo a questa interpretazione, diritto all'adeguamento e diritto al risarcimento avrebbero presupposti differenti: l'uno, il mancato raggiungimento dell'accordo; l'altro, l'inadempimento all'obbligo di rinegoziare, al cui contenuto è estraneo il risultato della modifica del contratto [34]. Da qui a considerare l'obbligo di rinegoziazione come un'inutile superfetazione il passo è breve, ma non immediato: se è indubitabile che l'obbligo di rinegoziazione, amputato del risultato finale (la modifica del contratto), viene meno alla funzione primaria per il quale è stato concepito – generalizzare, facendolo apparire in sintonia con l'autonomia privata, un diritto alla revisione del contratto – è pure vero che un'intesa tra le parti (agevolata dalla possibilità, per la parte svantaggiata, di rivolgersi comunque al giudice) potrebbe rivelarsi un esito conveniente per entrambe [35], rispetto ad una decisione del giudice connotata, inevitabilmente, da un minor tasso di aderenza agli interessi delle parti. Altra questione concerne, poi, la possibilità di una generalizzazione del rimedio dell'adeguamento: se è da escludere che a un tale esito si possa pervenire slegandone i presupposti dall'inadempimento all'obbligo di rinegoziare e riconnettendone l'esercizio direttamente al principio di buona fede (o all'equità), più persuasiva si rivela, invece, quella proposta ricostruttiva che, ragionando per "tipi di problemi" selezionati dal legislatore, individua nell'art.1664 cod. civ. il paradigma di tutti i contratti c.d. integrativi, caratterizzati da una "duratura interferenza delle sfere patrimoniali dei contraenti" [36]. Proprio la disciplina, ora prevista dagli artt. 9 e 120 9 e 120 co. 8 cod. contr. pubbl., ricalcata, perlomeno in parte su quella dell'art. 1664 cod. civ., sembrerebbe confortare tale ricostruzione, considerata l'ampiezza della nozione di appalto accolta dall'art. 3 dell'allegato I.1. che vi ricomprende tutti "i contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più stazioni appaltanti e aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di beni o la prestazione di servizi" [37].

---

sussidiaria e residuale nel caso di illecito fallimento delle trattative concordate dalle parti»; nello stesso senso anche A. BIANCHI, *Il principio di conservazione del contratto*, in *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. Cartei e D. Iaria, Editoriale Scientifica, 2023, 117.

[32] Cfr. E. TUCCARI, *Prime considerazioni sulla* "révision pour imprévision", in *Pers. merc*., 2018, 130 ss.

[33] In questo senso E. GUARNIERI, *Rinegoziazione, revisione prezzi e pagamenti*, cit., 1213 secondo cui «non è l'inadempimento che abilita il potere giudiziale di adeguare il contratto, bensì il fatto che il diritto alla rinegoziazione è rimasto insoddisfatto dal mancato raggiungimento di un accordo tra le parte».

[34] Cfr., ancora, E. GUARNIERI, *Rinegoziazione*, *revisione prezzi e pagamenti*, cit., 1213: «Il potere di adeguamento del contratto da parte del giudice prescinde quindi dal fatto dell'inadempimento, che d'altronde è valorizzato (quale inadempimento all'obbligo di trattare in buona fede) ai soli fini del risarcimento del danno». Secondo D. DI CARLO, *L'obbligo di rinegoziazione*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, a cura di B. Bruno, M. Mariani, E. Toma, Giappichelli, 2025, 302 «Dall'obbligo di rinegoziazione delle condizioni contrattuali, va tenuto distinto il concetto di "adeguamento contrattuale"», salvo poi interrogarsi (a 307) sulla possibilità di ottenere l'adeguamento in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 cod. civ.; ragiona in termini dubitativi S. PERRINO, *La rinegoziazione "coercibile" nel nuovo codice dei contratti pubblici: alla ricerca di una base legale, tra riforme fallite e riforme riuscite*, in *Contr. impr.,* 2024, 197.

[35] TRIMARCHI, *Sopravvenienze, rinegoziazione, adeguamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ*., 2025, 215, secondo cui l'esistenza della possibilità di un adeguamento giudiziale «può costituire per le parti un incentivo a provvedere consensualmente, al fine di sottrarsi al rischio di soluzioni giudiziarie non appropriate».

[36] Il riferimento è a M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione*, cit., 497; T. MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative*, cit. 1117 s.; E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi*, cit., 163 s.

[37] Non a caso, in dottrina (T. MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative*, cit., 1117) si propone un'applicazione analogica dell'art. 1664 cod. civ. non solo all'appalto di servizi ma anche al contratto di somministrazione.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Si pone, infine, la questione, che pure riguarda il rapporto tra l'art. 9 e l'art. 120 cod. contr. pubbl., relativa al perimetro applicativo del diritto all'adeguamento e che è posta in termini dubitativi dall'inciso dell'art. 120, co. 9 cod. contr. pubbl., secondo cui "il contratto è sempre modificabile ai sensi dell'art. 9 e nel rispetto delle clausole di rinegoziazione contenute nel contratto", il quale lascia isolare due possibilità: che fuori dai casi di modifica disposta (per lo più dalla stazione appaltante) e accettata (dall'operatore economico) vi sia sempre – qualora ne ricorrano i presupposti e, però, nei limiti delle modifiche contemplate dall'art. 120 cod. contr. pubbl. – il diritto a domandare l'adeguamento; che, invece, fuori dalle ipotesi elencate dall'art. 120 cod. contr. pubbl. sia sempre possibile ottenere l'adeguamento del contratto [38].

4. Il fondamento dell'obbligo di rinegoziare: obbligo legale e obbligo pattizio

L'ultima coppia concettuale introduce alla questione del fondamento dell'obbligo di rinegoziare:

(4) *Obbligo legale/obbligo pattizio*: tale dicotomia rinvia al problema del fondamento dell'obbligo di rinegoziare. Gli articoli del codice dei contratti pubblici appena richiamati evidenziano la priorità – anche nel rispetto del principio di concorrenza e, dunque, della prevedibilità *ex ante* – della rinegoziazione su base pattizia (che, vale precisarlo, resta tale anche qualora essa sia prevista come obbligatoria da una disposizione di legge). In questo contesto sembrano darsi due alternative: (a) l*'adeguamento come esito dell'applicazione di una clausola di adeguamento automatico*: a quest'ambio sembrerebbe possibile ricondurre la fattispecie prevista dall'art. 60 in materia di revisione dei prezzi la quale è congegnata come "auto-esecutiva" predeterminando i presupposti di attivazione e i termini dell'adeguamento senza alcun margine (o con ridotto margine) di discrezionalità [39]; (b) l'*adeguamento come esito dell'applicazione di clausole di rinegoziazione* c.d. "specifiche", ossia di quelle clausole nelle quali sono predeterminati in modo specifico i presupposti e i parametri di applicazione, ma che conservano, comunque, un certo margine di discrezionalità in capo alle parti [40]. Con certa approssimazione, si possono ricondurre a questa categoria le clausole "chiare, precise e inequivocabili" alle quali fa riferimento l'art. 120, co.1, lett. a) cod. contr. pubbl.

Il profilo di maggiore interesse per il civilista riguarda la esplicita previsione – che si rinviene all'art. 9 e all'art. 120, co. 8 – di un obbligo legale di rinegoziazione; previsione che, se da un lato, risolve il problema (più immediato) di rintracciarne un fondamento positivo, dall'altro sollecita operazioni interpretative volte a verificare se non sia immanente, anche alla disciplina del diritto comune dei contratti (perlomeno di quelli di durata), l'esistenza di un principio di conservazione del contratto che trovi emersione nell'obbligo di rinegoziazione. Il procedimento interpretativo – proseguendo nel confronto con il diritto amministrativo – potrebbe essere analogo a quello compiuto in relazione alla legge sul procedimento amministrativo, dove l'esplicita previsione di una serie di obblighi procedimentali non ha impedito (nella medesima prospettiva di una progressiva parificazione tra privato e amministrazione) di rintracciarne il fondamento ultimo nel principio di buona fede.

---

[38] Per questa alternativa sembra propendere V. CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *Contr. impr*., 2024, 610.

[39] F. GAMBINO, *Clausole di adeguamento delle condizioni contrattuali*, in *Clausole negoziali*, III, a cura di M. Confortini, Utet, 2024, 645; sulla distinzione tra clausole di adeguamento e clausole di rinegoziazione cfr., altresì, A. GENTILI, *La replica della stipula*, cit., 710 s.; E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi*, cit., 260 s.

[40] E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi*, cit., 279, nt. 131.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Proprio la buona fede (sia in funzione interpretativa, sia in funzione integrativa), come noto, ha rappresentato nel dibattito civilistico il referente primario per fondare nei contratti di durata un generalizzato obbligo di rinegoziazione, per lo più inteso come obbligo di risultato (a contrarre la modifica), sia con riguardo alle sopravvenienze tipiche, attraverso l'integrazione dell'art. 1467 cod. civ. con la previsione, a carico della parte svantaggiata, di un obbligo di rinegoziare, sia con riguardo alle sopravvenienze atipiche (per lo più intese in senso qualitativo), attraverso l'invocazione diretta dell'art. 1366 o dell'art. 1375 cod. civ. Ed è sul ruolo della buona fede che si sono concentrate gran parte delle critiche rivolte alla teoria dell'obbligo di rinegoziazione; ruolo che è stato considerato ipertrofico [41] nella misura in cui, in via di integrazione, obbligherebbe dapprima le parti a riesercitare il proprio potere di autonomia privata [42] in vista della modica del contratto e, successivamente, in caso di inadempimento, rimetterebbe al giudice la realizzazione di un intervento correttivo sul contratto. Nonostante la serietà degli argomenti – che pure andrebbero in parte ridimensionati, specie là dove enfatizzano l'eccessivo margine di discrezionalità attribuito al giudice, considerato che anche il codice ammette, e l'art. 1660 cod. civ. ne è un esempio, significativi margini di intervento sul contratto [43] – la critica rivela una concezione eccessivamente asfittica della buona fede, obliterandone il ruolo che essa riveste nel "mantenimento di un quadro di circostanze fattuali in linea con il piano delineato dai contraenti" [44]. Tale finalità risulta particolarmente avvertita proprio nei contratti di durata, i quali sono maggiormente esposti all'incidenza del fattore tempo sulla congruità della prestazione rispetto all'interesse dedotto in contratto e, proprio per questo, sono improntati ad un marcato spirito di reciprocità e solidarietà tra le parti. Nella necessità di una maggiore cooperazione [45] tra le parti consiste, d'altronde, la normatività propria dei contratti di durata, la quale trova concretizzazione, in una prospettiva spiccatamente procedimentale [46], nell'obbligo di rinegoziazione, inteso come espressione di sintesi dell'operare della buona fede nella duplice veste di criterio di valutazione a posteriori del contegno della parte avvantaggiata dalla sopravvenienza e di fonte di integrazione del contratto di obblighi di condotta strumentali al *ri*-esercizio dell'autonomia privata che, però, resta non dovuto negli esiti. In questo modo si supera l'obiezione rivolta alla buona fede di travalicare il perimetro della strumentalità alla realizzazione di un assetto di interessi già definito dalle parti [47] (là dove il fine della modificazione del contratto sarebbe, invece, impartito proprio dalla buona fede), giacché essa, anche in funzione integrativa, non mette capo ad un "obbligo di risultato" (la *ri*-definizione dell'assetto originario di interessi) bensì ad obblighi comportamentali (sia di contenuto positivo, che negativo: chiarezza, informazione, avviso, collaborazione, riservatezza) volti a favorire, per il tramite dell'istituzione di un dialogo tra le parti, il recupero di funzionalità del contratto; obblighi che,

[41] A. GENTILI, *La replica della stipula*, cit., 708 parla di «idea molto espansiva della buona fede integrativa».

[42] Cfr., ad esempio, E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi*, cit., 111 s.

[43] TRIMARCHI, *Sopravvenienze, rinegoziazione*, cit., 213-214 nel senso, però, del ridimensionamento della critica che fa leva sulla mancanza di competenze da parte del giudice per adeguare il contratto.

[44] L. NIVARRA, *Esecuzione del contratto*, in *Enc. dir.*, Tematici, Contratto, Giuffrè, 2021, 540.

[45] G. LENER, *Appunti sull'autonomia privata e sulla rinegoziazione nel d.l. 118/21*, cit., 7.

[46] Sia consentito, con riguardo alla normatività dell'azione procedimentale e al ruolo che a tal fine riveste la buona fede, il rinvio ad A. IULIANI, *Obblighi strumentali e azione di adempimento*, Giuffrè, 2018, 95 s. La prospettiva procedimentale è valorizzata, nel contesto della rinegoziazione, da F. RICCI, *La doppia rilevanza degli atti del procedimento nell'autonomia privata e la clausola di rinegoziazione*, in *Procedimento, processo e giustizia procedurale nell'esercizio dell'autonomia privata*, a cura di F. Ricci, Giuffrè, 2024, 297 s.

[47] Rileva M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione*, cit., 486 che «l'art. 1375 è inteso a conferire rilevanza a pretese dei contraenti che rivestono natura "strumentale-accessoria" rispetto agli interessi fondamentali dedotti in contratto».

ISSN 2281-3918/2421-2563

dunque, si pongono, pur sempre, in rapporto di strumentalità rispetto all'esecuzione dell'assetto di interessi definito dai contraenti. Al tentativo di definizione analitica del contenuto dell'obbligo di rinegoziare già offerto dalla dottrina [48] si aggiungono le preziose indicazioni provenienti dalla disciplina extracodicistica e in particolare, dalla disciplina della crisi d'impresa. Se, infatti, l'art. 4 c.c.i, ribadisce, in continuità con l'art. 9, co. 1, cod. contr. pubbl., il ruolo della buona fede come regola di condotta nell'ambito del procedimento di rinegoziazione [49], l'art. 16 ne specifica il contenuto, ora, al co. 5, con riferimento a taluni creditori ("Le banche e gli intermediari finanziari, i mandatari e i cessionari dei loro crediti sono tenuti a partecipare alle trattative in modo attivo e informato"); ora, al co. 6, con riguardo a tutte le parti coinvolte ("Tutte le parti coinvolte nelle trattative hanno il dovere di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto e rispettano l'obbligo di riservatezza sulla situazione dell'imprenditore, sulle iniziative da questi assunte o programmate e sulle informazioni acquisite nel corso delle trattative. Le medesime parti danno riscontro alle proposte e alle richieste che ricevono durante le trattative con risposta tempestiva e motivata").

La convivenza all'interno della categoria dell'obbligo di rinegoziazione, di entrambe le funzioni in cui si esplica la buona fede si traduce, per un verso, nella intercambiabilità, in alcuni casi, dei moduli argomentativi su cui esse poggiano e, per altro verso, nell'ampliamento dei rimedi, che non si riducono al solo risarcimento; così se il comportamento di chi insista nel pretendere l'adempimento di un contratto divenuto, nel frattempo, squilibrato e quello di chi ometta di fornire informazioni rilevanti ai fini della trattativa o divulghi informazioni riservate potranno, con maggiore univocità, essere ricondotti, ora all'area dell'abuso del diritto (e, dunque, della funzione valutativa), con conseguente possibilità di invocare, accanto al risarcimento del danno, anche l'*exceptio doli*, ora all'area dell'inadempimento; viceversa, il rifiuto di trattare [50] o il recesso ingiustificato dalla trattativa potranno, invece, in maniera fungibile, essere considerati ora ipotesi di inadempimento all'obbligo di rinegoziare, ora esempi di esercizio scorretto della libertà negoziale [51]. La configurazione dell'obbligo di rinegoziazione nei termini, accennati in precedenza, di un obbligo procedimentale, non esclude [52], tuttavia, che, in ragione dell'avanzamento del procedimento di rinegoziazione e, dunque, del progressivo esaurirsi della discrezionalità connaturata all'esercizio dell'autonomia privata ciò che, *ex ante*, appariva come un risultato estraneo al contenuto dell'obbligazione, diventi, invece, un esito dovuto. In questa eventualità, la modificazione del contratto, nei termini risultanti all'esito della trattativa, diverrà oggetto di una vera e propria prestazione, suscettibile finanche di esecuzione in forma specifica.

---

[48] F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 343 ss.; G. D. COMPORTI, *La rinegoziazione dei contratti pubblici*, cit., 52.

[49] Cfr., sul punto, D. LENZI, *I doveri dei creditori nella crisi d'impresa*, Giuffrè, 2023, 237 s.

[50] In ragione della diversità tra le trattative finalizzate alla conclusione del contratto e le trattative instaurate in corso di esecuzione, il rifiuto di trattare, senza un giustificato motivo, è da considerare sempre contrario a buona fede; in questo senso M. MAGGIOLO, *Poteri e iniziative unilaterali*, cit., 912-913.

[51] M. MAGGIOLO, *Poteri e iniziative unilaterali*, cit., 913 ss. Qualora si volesse esprimere la doverosità della trattativa (salvo il ricorrere di una giusta causa di recesso) nei termini dell'esistenza, *ex ante*, di un obbligo (in luogo della prospettiva che, invece, guarda ex post al comportamento della parte che recede dalla trattativa), si dovrebbe parlare, secondo F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi*, cit., 611 s. di un obbligo di condotta, in quanto tale forma giuridica «consente di conciliare due valori apparentemente incompatibili: la libertà di modificare o meno il regolamento contrattuale ... e la necessità di esercitare tale autonomia».

[52] Giusto il rilievo di F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 593 ss., secondo cui è «difficile stabilire in maniera definitiva l'intensità dell'obbligo legale di rinegoziare e, di conseguenza, la portata dei rimedi contrattuali invocabili in caso di sua violazione».

ISSN 2281-3918/2421-2563

JUS CIVILE

ALESSANDRO CARDUCCI ARTENISIO*

LA TRASFORMAZIONE "FORSE" ETEROGENEA DI ASSOCIAZIONE SPORTIVA DILETTANTISTICA IN SOCIETÀ DI CAPITALI SPORTIVA DILETTANTISTICA**

THE "PLAUSIBLY" HETEROGENEOUS CONVERSION OF NON-PROFESSIONAL SPORTS ASSOCIATIONS INTO NON-PROFESSIONAL SPORTS COMPANIES

Abstract: L'autore affronta la tematica della trasformazione di associazioni (riconosciute e non riconosciute) sportive dilettantistiche in società sportive dilettantistiche, soffermandosi sull'inquadramento giuridico dell'operazione, sulla disciplina applicabile, nonché esaminando le finalità perseguite dagli enti sportivi dilettantistici e le attività esercitabili per legge.

Abstract: The author examines the conversion of non-professional sports associations, whether legally recognised or unrecognised, into non-professional sports companies, focusing on the legal characterisation of the transaction and the applicable regulatory framework, whilst analysing the institutional purposes pursued by such entities and the activities permitted to them by law.

SOMMARIO: *1. L'oggetto dell'indagine. – 2. Le finalità perseguite dalle ASD e dalle SSD. – 3. L'inquadramento dell'operazione nell'ambito delle trasformazioni eterogenee. – 4. Le attività esercitabili dagli enti sportivi dilettantistici e la loro possibile rilevanza in chiave imprenditoriale. – 5. Sull'ammissibilità delle trasformazioni eterogenee di associazioni non riconosciute. – 6. Il diritto di opposizione dei creditori e la responsabilità per le obbligazioni pregresse. – 7. Le associazioni che hanno ricevuto contributi pubblici, liberalità e oblazioni dal pubblico. – 8. La maggioranza richiesta. – 9. Il diritto di recesso.*

1. L'oggetto dell'indagine

La trasformazione delle associazioni sportive dilettantistiche in società sportive dilettantistiche solleva una serie di questioni di rilevante interesse pratico, destinate ad incrociarsi con tematiche di carattere generale del diritto dell'impresa, soprattutto in virtù delle profonde modifiche che hanno investito l'ordinamento sportivo negli ultimi anni.

La recente riforma dell'ordinamento sportivo [1] ha infatti inciso in maniera significativa sulla disciplina degli enti sportivi dilettantistici, ridisegnando anche lo scopo fine delle società sportive dilettantistiche [2].

* Ricercatore di Diritto commerciale – Università degli Studi di Palermo.

** Contributo sottoposto a revisione.

[1] Ci si riferisce ai decreti legislativi del 28 febbraio 2021, n. 36 e n. 39, il primo successivamente integrato e corretto dal d.l. 22 marzo 2021, n. 41, convertito con modificazioni con legge del 21 maggio 2021, n. 69, dai d.lgs. del 5 ottobre 2022, n. 163 e del 29 agosto 2023, n. 120, nonché dal d. l. n. 96 del 30 giugno 2025, convertito con legge 8 agosto 2025 n. 119.

[2] Prima della riforma degli enti sportivi si erano occupati specificatamente del tema della trasformazione di associazioni sportive, F. Tassinari – A. Zoppini, *Sulla trasformazione eterogenea delle associazioni sportive*, in *Contr. e impr.,* 2006, n. 6,

ISSN 2281-3918/2421-2563

In via preliminare, occorre evidenziare come il decreto di riforma non contempli, sotto il profilo civilistico, una disciplina espressa dell'istituto della trasformazione degli enti dilettantistici, limitandosi a dettare disposizioni esclusivamente di natura fiscale [3]. Ne deriva che l'interprete, in assenza di una regolamentazione espressa, sia tenuto a individuare altrove, segnatamente nelle norme generali codicistiche, la disciplina applicabile all'operazione di trasformazione.

Come si vedrà è stato sostenuto che tale operazione sia da ricondurre nell'ambito delle trasformazioni omogenee, sul presupposto della sostanziale identità teleologica dell'ente di partenza e dell'ente di arrivo. Tuttavia, l'evoluzione normativa sembra poter confermare l'idea che questa ipotesi di trasformazione possa essere annoverata nell'alveo di quelle denominate dal legislatore come eterogenee in società di capitali ai sensi dell'art. 2500 – *octies* del codice civile. Infatti, la possibilità riconosciuta alle società sportive dilettantistiche di distribuire utili, seppure entro certi limiti, evidenzia non solo una differenza strutturale, ma anche funzionale rispetto all'associazione sportiva dilettantistica, caratterizzata dalla totale assenza di scopo lucrativo in senso soggettivo.

In via parallela al tema dello scopo fine perseguito dagli enti in discorso, si pone anche quello relativo alla qualificazione in termini di impresa dell'attività di organizzazione e gestione dello sport, nonché delle attività strettamente connesse, con le conseguenti implicazioni giuridiche derivanti da tale qualificazione.

Occorre verificare se la disciplina dettata dall'art. 2500 – *octies* c.c. con riferimento alle associazioni riconosciute sia suscettibile di trovare applicazione anche in relazione alle associazioni non riconosciute che, ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 36 del 2021, possono assumere la qualifica di enti sportivi dilettantistici. A tal fine, si rende necessario accertare la compatibilità dell'operazione trasformativa con le esigenze di tutela dell'integrità del capitale sociale della società di arrivo, tenuto conto che l'associazione non riconosciuta difetta di quel preventivo controllo sulla consistenza e sulla congruità patrimoniale dell'ente che costituisce, per converso, elemento fisiologico e indefettibile del procedimento di riconoscimento della personalità giuridica, nel cui ambito l'autorità competente è chiamata a verificare l'adeguatezza del patrimonio rispetto agli scopi statutari.

Ove tale quesito riceva risposta affermativa e si ritenga dunque applicabile all'associazione non riconosciuta la disciplina di cui all'art. 2500 – *octies* c.c., dovrà altresì formare oggetto di specifica indagine la questione se tale disciplina sia integralmente trasponibile all'ipotesi in esame, ovvero se taluni suoi profili risultino in parte incompatibili con la mancanza di personalità giuridica dell'ente di partenza e con le peculiarità della sua organizzazione interna, imponendo all'interprete il ricorso a soluzioni interpretative che tengano conto delle specificità del soggetto coinvolto nell'operazione.

Sotto questo profilo, sul piano strettamente procedimentale, con particolare riferimento alle modalità deliberative necessarie per il perfezionamento dell'operazione occorre comprendere se possa trovare applicazione, in via analogica, il regime delle maggioranze previsto dall'art. 2500 – *octies* c.c. ovvero

---

p. 909 ss., ove, tra l'altro, si affronta il problema del rapporto tra la disciplina della trasformazione eterogenea introdotta dalla riforma del diritto societario e la legislazione speciale previgente riguardante aspetti fiscali di cui all'art. 90, comma 18 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, come all'epoca vigente. Il citato comma 18 risulta oggi abrogato per effetto del d.lgs. n. 36 del 2021, che ha parimenti abrogato l'impianto normativo recato dalla l. n. 91 del 1981 in materia di rapporti tra società sportive e sportivi professionisti. Tale disciplina aveva rappresentato, tra l'altro, il primo – ancorché non espresso – riconoscimento normativo della ammissibilità della trasformazione eterogenea da associazione sportiva calcistica in società di capitali, operazione che, anteriormente all'entrata in vigore della già menzionata legge, era ritenuta preclusa dall'ordinamento.

[3] Si prevede all'art.12 del citato decreto che l'imposta di registro per la trasformazione sia dovuta in misura fissa.

ISSN 2281-3918/2421-2563

se, in ragione della peculiare natura associativa dell'ente e dell'incidenza del mutamento sulla posizione soggettiva dei singoli associati, debba ritenersi necessario il consenso unanime di tutti i partecipanti. Occorre inoltre verificare la posizione dei creditori del trasformando ente non riconosciuto: la mancanza per l'associazione non riconosciuta di un regime di pubblicità legale assimilabile a quello previsto per gli enti dotati di personalità giuridica pone infatti dubbi in ordine alla tutela dell'affidamento dei terzi e alla salvaguardia delle loro ragioni creditorie. Si rende pertanto necessario comprendere se tale deficit di trasparenza sia peggiorativo della posizione dei creditori, tenuto conto che una volta attuata la trasformazione, la stessa non potrà più essere dichiarata invalida e che nelle associazioni non riconosciute, ai sensi dell'art. 38 c.c., per le obbligazioni dell'ente rispondono anche coloro che hanno agito. A tal proposito, nell'ottica di garantire massima trasparenza all'operazione si vaglierà se in forza della tipologia di attività istituzionalmente programmate dall'ente possa ritenersi sussistente per l'associazione sportiva l'obbligo di iscrizione presso il registro delle imprese.

Infine, l'analisi si concentrerà sui profili della disciplina che presentano maggiori criticità nell'ambito dell'operazione in esame, muovendo dall'assunto che tale operazione si caratterizza per elementi di specialità che si traducono talvolta nella difficoltà di risolvere le problematiche che si presentano, avvalendosi esclusivamente degli schemi tipici del diritto societario e dell'impresa. Ne deriva l'esigenza di un approccio ricostruttivo di natura sistematica, volto a considerare i vari interessi in gioco. Non può omettersi, a tal proposito, il richiamo alla legge costituzionale 26 settembre 2023, n. 1, che ha inciso sull'art. 33 della Costituzione, prevedendo che "La Repubblica riconosce il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme", disposizione che contribuisce a rafforzare, anche sul piano costituzionale, la rilevanza sistematica del fenomeno sportivo. Ne consegue che le soluzioni interpretative elaborate dalla dottrina, in relazione alle molteplici questioni sollevate dalla materia, risentono inevitabilmente della difficoltà di contemperare la peculiare funzione sociale riconosciuta all'attività sportiva con le esigenze di tutela dei creditori e, più in generale, dell'insieme degli *stakeholders* gravitanti attorno all'ente sportivo, la cui eterogeneità di interessi rende particolarmente ardua l'individuazione di un punto di equilibrio sistematicamente coerente.

In tale prospettiva, l'indagine si colloca all'intersezione tra diritto societario, disciplina degli enti associativi e ordinamento sportivo, in un terreno di confine nel quale la compresenza e l'interferenza di modelli normativi diversi determinano, inevitabilmente, significativi margini di incertezza interpretativa.

2. Le finalità perseguite dalle ASD e dalle SSD

Per comprendere quale possa essere la disciplina applicabile alla trasformazione di associazione sportiva dilettantistica in società di capitali sportiva dilettantistica [4] occorre soffermarci, seppur brevemente, sullo scopo-mezzo e sullo scopo-fine che la riforma degli enti sportivi di cui al decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 36 assegna a tali enti.

Il quadro normativo delineato dal citato decreto ha organicamente riformato la disciplina degli enti operanti nel settore sportivo dilettantistico, i quali sono distinti principalmente in due paradigmi

[4] Esula dalla presente indagine la trasformazione in società cooperativa sportiva dilettantistica.

ISSN 2281-3918/2421-2563

organizzativi: l'associazione sportiva dilettantistica (ASD), connotata o meno da personalità giuridica di diritto privato, e la società sportiva dilettantistica (SSD), costituibile nelle forme delle società di capitali e delle cooperative [5].

Il legislatore prescrive un rigido perimetro per le attività istituzionali: l'atto costitutivo e lo statuto di entrambi gli enti devono prevedere indefettibilmente l'esercizio "in via stabile e principale dell'organizzazione e gestione di attività sportive dilettantistiche". Tra tali attività vengono espressamente ricomprese anche quelle propedeutiche e accessorie alla pratica sportiva, quali la formazione, la didattica, la preparazione e l'assistenza. Il vincolo di "principalità" viene meno, in forza di un'espressa deroga normativa, unicamente qualora l'ente dilettantistico si costituisca ai sensi del Codice del Terzo Settore acquisendo la qualifica di ETS; in tale eventualità l'organizzazione sportiva è qualificata quale "attività di interesse generale" e viene meno il menzionato requisito dell'esercizio in via principale.

Al di là dell'eccezione da ultimo citata, oltre alle attività principali, in via ancillare e strumentale viene consentito lo svolgimento di attività di natura differente. L'esercizio di tali "attività diverse" deve trovare la propria fonte di legittimazione in un'espressa previsione statutaria e deve uniformarsi a criteri di "secondarietà e strumentalità" rispetto al nucleo delle attività principali.

Sul versante delle attività che possono essere esercitate non si rinviene nel dettato normativo, per tutti gli enti sportivi dilettantistici, alcuna preclusione o asimmetria funzionale. L'ordinamento non individua, in altri termini, un novero di attività espletabili esclusivamente dalle forme societarie e radicalmente inibite alle forme associazionistiche, o viceversa.

La vera diversità tra i due enti, infatti, non si rinviene sotto il versante delle attività, ma, ed è quello che più interessa al fine del nostro ragionamento, su quello teleologico.

Se è vero che esiste per entrambi gli enti un generale divieto di distribuzione dei risultati, siano essi utili, avanzi di gestione, fondi o riserve [6], è pur vero che tale divieto risulta assoluto per le sole associazioni sportive dilettantistiche, mentre può essere derogato per le società sportive.

Infatti, se la regola generale stabilita all'art. 8 co. 1 del d.lgs. n. 36 è quella per cui "Le associazioni e le società sportive dilettantistiche destinano eventuali utili ed avanzi di gestione allo svolgimento dell'attività statutaria o all'incremento del proprio patrimonio" ed "è vietata la distribuzione, anche indiretta, di utili ed avanzi di gestione, fondi e riserve comunque denominati, a soci o associati, lavoratori e collaboratori, amministratori ed altri componenti degli organi sociali, anche nel caso di recesso o di qualsiasi altra ipotesi di scioglimento individuale del rapporto", è pur vero che per le SSD costituite in forma di società di capitali o cooperative il legislatore ha introdotto un'importante eccezione, codificando un

[5] Il legislatore prevede all'art. 7 del d.lgs. n. 36 la costituzione per atto scritto riferendosi indistintamente a tutti gli enti sportivi. Da notare però che mentre per le associazioni non riconosciute sportive tale forma rappresenta il minimo indispensabile per la costituzione, non essendo prevista alcuna forma particolare dal codice civile, per gli altri enti andranno seguite le regole più rigide di forma di volta in volta previste. Va ricordato altresì che l'art. 14 del d.lgs. 28 febbraio 2021 n. 39 (decreto di attuazione dell'articolo 8 della legge 8 agosto 2019, n. 86, recante semplificazione di adempimenti relativi agli organismi sportivi) prevede espressamente la forma dell'atto pubblico a proposito delle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto di associazioni sportive dilettantistiche, preordinate all'ottenimento della personalità giuridica.

[6] Sul tema della non distribuzione dei risultati e sui criteri di differenziazione tra società e associazioni si veda G. Marasà, *Forme organizzative dell'attività d'impresa e destinazione dei risultati,* in *Contratti associativi e impresa*, Padova, 1995, p. 178 ss.; P. Ferro Luzzi, *I contratti associativi*, Milano, 1971, p. 246 ss. Per analoga questione nel diritto francese si veda Y. Guyon, *Droit des affaires,* I, Paris, 2001, p. 110 ss. ed altri autori citati in A. Carducci Artenisio, *Associazioni e fondazioni come forme organizzative di impresa:* frammenti *di disciplina in tema di trasformazione eterogenea e prospettive di riforma*, in *Vita not*., 2005, 2, p.1114 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

regime di lucro soggettivo parziale, controllato [7]. A siffatti enti è infatti consentito, con diverse modalità, distribuire ai soci o destinare ad aumento di capitale gratuito una quota degli utili annuali o rimborsare la quota di capitale sociale versata, rivalutata o aumentata secondo quanto sancito nei commi 3 e 4 del citato articolo 8 del decreto [8]. Tale possibilità, secondo quanto disposto dal comma 4 *bis* della citata disposizione può diventare ancor più accentuata nel caso in cui, come spesso accade, la società gestisca infrastrutture quali piscine, palestre o impianti sportivi in veste di proprietario, conduttore o concessionario, determinandosi un regime premiale volto a incentivare gli investimenti nell'impiantistica sportiva [9].

Il legislatore nel prevedere all'art. 8 del citato d.lgs. n. 36 restrizioni significative alla distribuzione degli utili per le società sportive dilettantistiche non si è in effetti molto distaccato dall'*id quod plerumque accidit;* è un fatto noto agli osservatori del mercato che nelle società di piccole dimensioni, in particolare in alcune fasi della propria vita, l'utile realizzato non è spesso monetizzabile a causa di mancanza di liquidità che può dipendere da varie ragioni, generalmente di carattere contabile. Nella prassi risulta scarsamente ricorrente l'ipotesi che società di siffatte dimensioni procedano alla distribuzione di dividendi di significativo ammontare, pur in presenza di un risultato economico positivo nell'esercizio.

Muovendo da tali premesse, non sembra che la circostanza per cui il legislatore abbia consentito la distribuzione degli utili subordinandola al rispetto di determinati limiti quantitativi possa, di per sé, assurgere a motivazione assorbente e dirimente per escludere la sussistenza di diversità, sul piano della causa e dello scopo finale, tra la società sportiva dilettantistica e l'associazione sportiva dilettantistica. Tale diversità, che qui si ritiene sussistente, è suscettibile di produrre conseguenze di non poco momento sul piano della disciplina applicabile, con particolare riferimento all'operazione di trasformazione.

Peraltro, la novità normativa sopra citata consente di riavvicinare la società sportiva dilettantistica al modello societario classico pensato dal legislatore all'articolo 2247 del codice civile, preordinato alla distribuzione dei risultati tra i partecipanti [10]. E a tale conclusione sembra non essere di ostacolo il fatto che la possibilità di distribuire utili derivi da apposita previsione statutaria; la mancanza di una clausola di tal specie *ab origine* non esclude che la stessa possa essere introdotta in qualsiasi momento con una modifica dell'atto costitutivo.

Sia consentito notare che l'intervento normativo al quale abbiamo da ultimo fatto riferimento incide sullo scopo fine della società sportiva, che va tenuto distinto dalla "finalità" sportiva, termine che più volte ricorre nel decreto n. 36 e che va più propriamente ricondotto all'ambito dello scopo mezzo.

Stabilisce l'art. 6 del decreto legislativo in parola che sia per le associazioni sportive, sia per le società sportive sussiste la c.d. "finalità sportiva". Tale finalità deve anche emergere dalla denominazione di tali enti, così come dalla denominazione [11] deve trasparire il carattere dilettantistico che caratterizza le attività

---

[7] Non possono avvalersi di tale possibilità le società cooperative a mutualità prevalente *ex* art. 2512 c.c.

[8] In particolare, le società possono destinare a remunerazione dei soci unicamente una quota inferiore al 50% degli utili e degli avanzi di gestione annuali, previa deduzione di eventuali perdite maturate negli esercizi precedenti.

Tale quota può essere destinata alternativamente ad un aumento gratuito del capitale sociale (entro i limiti della variazione dell'indice ISTAT) oppure alla materiale distribuzione di dividendi (anche tramite emissione di strumenti finanziari); in quest'ultimo caso, l'importo liquidato al socio non può comunque superare l'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato.

[9] In questo caso la soglia del 50% di utili distribuibili o imputabili ad aumento gratuito del capitale è innalzata all'80%. Tale possibilità è subordinata all'autorizzazione della Commissione europea.

[10] Sul tema della neutralità dei tipi societari si veda *G. Marasà, Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984, p. 165 ss.

[11] Il legislatore all'art. 6 fa riferimento, a proposito dell'indicazione del carattere dilettantistico, sia alla denominazione, sia alla ragione sociale; è dato leggere al primo comma del richiamato articolo che: "Le associazioni e le società sportive dilettantistiche indicano nella denominazione sociale la finalità sportiva e la ragione o la denominazione sociale dilettantistica"; il tenore

ISSN 2281-3918/2421-2563

sportive organizzate e gestite dall'ente. La finalità sportiva, dunque, si sostanzia in un enunciato di sintesi delle attività da svolgere in via stabile e principale ed è coincidente per tutti gli enti sportivi dilettantistici.

Sulla scorta di queste brevi considerazioni sembra possibile concludere che nel sistema attuale esiste una distinzione causale tra gli enti con "finalità sportiva": mentre nelle associazioni sportive dilettantistiche vi è una totale abdicazione dell'intento speculativo, nelle società dilettantistiche si ammette un contemperamento in cui, pur mantenendosi la finalità sportiva sotto il versante dello scopo mezzo, viene normativamente tollerata una "normale" remunerazione ai soci dei risultati conseguiti.

3. L'inquadramento dell'operazione nell'ambito delle trasformazioni eterogenee

Le conclusioni raggiunte sulla diversa causa giuridica che distingue associazioni e società sportive dilettantistiche risultano utili, come si è accennato, per stabilire quale disciplina si applichi alla trasformazione da ASD a SSD. In particolare, esse permettono di invocare le garanzie proprie della fattispecie tipica di trasformazione eterogenea da associazione in società di capitali, che prevede, tra l'altro, maggioranze rafforzate e una tutela più incisiva dei creditori, i quali possono avvalersi dello strumento dell'opposizione ai sensi dell'art. 2500 – *novies* c.c.

Pur nella difficoltà di individuare un denominatore comune a tutte le ipotesi di trasformazione eterogenea previste dal legislatore [12], aderendo all'impostazione sostenuta da autorevole dottrina [13] che ravvisa tale

letterale della citata disposizione è poco comprensibile, se si tiene conto che da nessuna parte risulta espressamente che la finalità sportiva possa essere perseguita anche da società di persone.

[12] Ritiene impossibile trovare un denominatore comune a tutte le fattispecie di trasformazione M. Castellano, *Riflessioni sulla trasformazione eterogenea*, in *Studi in onore di Umberto Belviso, Volume I*, Bari, 2011, pp. 339 e 348. Tra le varie definizioni sostenute dopo l'introduzione dell'istituto della trasformazione eterogenea si ricordano quelle di: G. Marasà, *Le trasformazioni eterogenee*, in *Riv. notariato*, 2003, p. 585 che ravvisa nella trasformazione un "mutamento della componente strutturale della fattispecie che può determinare anche un cambiamento dello scopo a cui era originariamente destinato il patrimonio autonomo"; G. Tantini, *La trasformazione di comunione d'azienda in società, le inquietudini del giurista e la «magia» delle parole"*, in *Contratto e impresa*, 4-5, 2008, p. 811 ss. riscontra nella trasformazione un'evoluzione organizzativa unitaria che garantisce la sussistenza dei legami preesistenti senza interruzioni soggettive. Per A. Gambino – D. U. Santosuosso, *Fondamenti di diritto commerciale, Società di capitali*, 2006, pp. 321 e 322 l'atto di trasformazione "comporta la estinzione dell'ente che effettua la trasformazione" ed è per questo che il legislatore richiede anche la pubblicità richiesta per la cessazione dell'ente di partenza. Ma successivamente Cass. civ S.U., 31 ottobre 2007, n. 2319 ha chiarito che "la trasformazione di una società in un altro dei tipi previsti dalla legge non si traduce nell'estinzione del soggetto e nella correlativa creazione di uno diverso, ma configura una vicenda meramente evolutivo – modificativa dello stesso soggetto".

A. Genovese, *Le trasformazioni*, in *La riforma delle società di capitali e cooperative*, a cura di L. Starola, Milano, 2003, p. 340, a proposito della trasformazione eterogenea evidenzia il mutamento della causa del rapporto associativo originario; A. Stagno D'Alcontres, *La trasformazione delle società dopo la "riforma Vietti"*, in *La riforma del diritto societario*, Bari, 2004, p. 218 ss., definisce la trasformazione eterogenea un "istituto atto a consentire la modificazione della genesi causale dell'esercizio di un'attività da parte di più soggetti". Si ricorda che prima della riforma societaria l'idea prevalente era nel senso di escludere dall'ambito delle trasformazioni quelle operazioni volte a determinare mutamento della causa; sul punto si veda G. Tantini, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Trattato di dir. comm.*, diretto da Galgano, Padova, 1985, VIII, p. 213 ss. Evidenzia F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, Padova, 2004, I, p. 538 ss. che i nuovi istituti introdotti dalla riforma del diritto societario non possono essere letti con la "lente deformante" del passato.

Non è questa la sede per riprendere il dibattito sugli elementi caratterizzanti le trasformazioni eterogenee. Va osservato però che la motivazione che per lo più induce gli interpreti a rintracciare un elemento costante caratterizzante le varie ipotesi tipiche di trasformazione eterogenea è quella di poter qualificare come eterogenee anche ipotesi non espressamente previste. A tal proposito si potrebbe pensare di rintracciare gli elementi caratterizzati della fattispecie trasformativa eterogenea tipica che più si avvicina, di volta in volta, alla situazione atipica da esaminare.

[13] P. Spada, *Due aggettivi per cinque vicende (ancora a proposito della trasformazione)*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, p. 617 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

denominatore nella "riclassificazione funzionale" dell'ente di arrivo con rottura del programma causale iniziale, sembra possibile qualificare la trasformazione da associazione sportiva dilettantistica riconosciuta in società di capitali come trasformazione eterogenea tipica, disciplinata quindi dall'art. 2500 – *octies* c.c. Sussiste, infatti, quella riallocazione funzionale con continuità di rapporti giuridici [14] e mantenimento del patrimonio, che ha indotto il legislatore della riforma societaria a predisporre tutele più marcate rispetto a quelle previste per la trasformazione omogenea [15].

L'inquadramento della trasformazione in esame nell'ambito della trasformazione eterogenea non sembra potersi ritenere precluso neppure nell'ipotesi in cui lo statuto della società sportiva dilettantistica di arrivo non preveda la clausola che legittima la distribuzione degli utili tra i soci.

Tale clausola potrebbe comunque essere astrattamente inserita successivamente, rendendosi quindi a monte necessarie le maggiori garanzie previste dal legislatore per la trasformazione eterogenea [16]. La modifica causale immediata o potenziale tra ente di partenza ed ente di arrivo determina la necessità di maggiori tutele a favore dei creditori. È questa la ragione di fondo per la quale il legislatore della riforma ha introdotto l'istituto dell'opposizione dei creditori di cui all'articolo 2500 – *novies* c.c., sul quale ci soffermeremo tra breve.

Occorre tuttavia dar conto di quell'orientamento interpretativo [17] che, anche a seguito delle richiamate novità normative, continua a qualificare come omogenea la trasformazione da associazione sportiva dilettantistica in società sportiva dilettantistica, traendone, tra le altre conseguenze, la disapplicazione della disciplina dell'opposizione dei creditori. Tale disciplina, è opportuno precisarlo, presenta, sul piano astratto, profili di tensione con le esigenze di speditezza proprie delle dinamiche operative del mondo sportivo anche dilettantistico, se si tiene conto del meccanismo del differimento temporale dell'efficacia dell'operazione, funzionale alla tutela del ceto creditorio.

Secondo tale richiamata impostazione, nel caso di passaggio da associazione a società sportiva dilettantistica vi sarebbe pur sempre una radicata causa comune, identificabile nell'attività sportiva dilettantistica, dal momento che entrambi i paradigmi condividono le medesime finalità istituzionali volte alla realizzazione di un interesse di categoria o di serie e beneficiano del medesimo regime di agevolazioni.

---

[14] Sul concetto di continuità prima della riforma si veda tra gli altri, G.Tantini, *Trasformazione e fusione delle società*, cit. p. 227 ss. Di recente in giurisprudenza si sofferma sulla continuità dei rapporti giuridici nella trasformazione, Cass. civ., 19 ottobre 2023, n. 29119.

[15] Precisa Trib. Roma, 20 luglio 2017 (Giudice del Registro) che a fondamento delle ipotesi tipiche di trasformazione eterogenea e delle tutele particolari per essa apprestate vi è la "modificazione della stessa causa associativa e del relativo scopo dell'ente". Questa sentenza peraltro limita il fenomeno delle trasformazioni eterogenee ai soggetti di partenza e di arrivo espressamente previsti dal legislatore. Nello stesso senso, Corte appello Torino, 14 luglio 2010. Estende invece la disciplina della trasformazione eterogenea all'ipotesi atipica da associazione non riconosciuta in società di capitali Trib. Bologna, 16 giugno 2017, n. 1109, secondo cui "pur in assenza di un'espressa previsione normativa, è possibile una trasformazione eterogenea da associazione non riconosciuta in società di capitali (s.r.l.)".

[16] Considerazioni simili sembrano valere anche quando l'ente risultante dalla trasformazione sia una società cooperativa a mutualità prevalente. Anche in questo caso, infatti, qualora la cooperativa perdesse successivamente il carattere della prevalenza, potrebbe ben configurarsi una destinazione egoistica limitata dei risultati.

[17] Per questa impostazione, G. M. Banna, *La trasformazione da ente sportivo dilettantistico a società sportiva professionistica*, in *La riforma dello sport*, Milano, 2024, p. 181; D. Barone – D. Boggiali, *La nuova lucratività attenuata e le operazioni sul capitale delle società sportive dilettantistiche*, in *La riforma dello sport*, Milano, 2024, pp. 149-151; D. Boggiali, *Le forme giuridiche dello sport dilettantistico e professionistico*, in *La riforma dello sport*, Milano, 2024, pp. 20-21. Tale impostazione risente di quanto previsto dalla previgente normativa fiscale alla quale si è già fatto cenno di cui all'art. 90, comma 18°, della legge 27 dicembre 2002, n. 289, come all'epoca risultante, che equiparava la finalità dell'ente di partenza e di arrivo: si veda F. Tassinari – A. Zoppini, *Sulla trasformazione eterogenea delle associazioni sportive*, cit. p. 912.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Secondo tale impostazione l'omogeneità causale sarebbe corroborata dalla perdurante condivisione della struttura non lucrativa fondata sull'assenza di lucro soggettivo e l'identità causale assorbente non risulterebbe inficiata neppure dalla "lucratività attenuata" di cui abbiamo riferito riservata alle sole società, le quali restano pur sempre enti in cui il fine sportivo e dilettantistico prevale. Questa ricostruzione attribuisce maggior risalto alle attività esercitabili e agli interessi sottesi ai profili sportivi connessi all'operazione, ponendo in secondo piano l'aspetto teleologico e gli interessi tipicamente tutelati nelle operazioni di trasformazione eterogenea.

In effetti non può negarsi come risulti di particolare complessità, nella materia *de qua*, il contemperamento dei molteplici interessi coinvolti, difficoltà che si accentua ulteriormente ove si consideri che l'art. 33 della Costituzione, a seguito della revisione operata dalla legge costituzionale n. 1 del 2023, riconosce oggi rango costituzionale espresso al valore dello sport.

Non può tuttavia omettersi di rilevare come il medesimo legislatore, nell'esercizio dell'attività di bilanciamento degli interessi contrapposti, abbia in talune circostanze attribuito prevalenza a quelli riconducibili alla tutela degli assetti proprietari, relegando in posizione recessiva gli interessi afferenti alle esigenze proprie dell'ordinamento sportivo. La mente corre al nuovo organo denominato "comitato dei tifosi", introdotto dal decreto di riforma all'art. 13 co. 7, nell'ambito delle società sportive professionistiche. Si tratta di un organo consultivo, con composizione da tre a cinque membri, con il compito di esprimere pareri a presidio degli interessi dei tifosi. Il dato normativo rivela però che i pareri resi da questo organo, il cui presidente può anche partecipare alle assemblee dei soci, siano obbligatori, ma non vincolanti, con ciò confermandosi la priorità riservata dal legislatore ordinario agli interessi riferibili alla sfera proprietaria rispetto alle nuove istanze connesse ad interessi legati ad esigenze sportive [18].

Occorre altresì evidenziare come il tentativo di ricondurre la trasformazione in esame nell'alveo della trasformazione omogenea, operazione che comporta la disattivazione delle più intense tutele approntate dalla disciplina della trasformazione eterogenea, talvolta percepite come ostacolo al perseguimento dell'interesse sportivo, si scontri con una tendenza di segno opposto, rilevabile tanto sul piano legislativo quanto su quello interpretativo. In entrambe le prospettive si registra, infatti, una progressiva estensione delle tutele rafforzate, proprie della trasformazione eterogenea, ad alcune fattispecie di trasformazione tradizionalmente qualificate come omogenee.

Così, l'istituto dell'opposizione dei creditori di cui all'art. 2500 – *novies* è stato "trapiantato" dal legislatore anche nell'ambito di trasformazioni aventi ad oggetto enti di partenza e di arrivo con finalità ultima pressoché coincidente, per scongiurare il rischio per i creditori di non poter più paralizzare l'operazione una volta divenuta efficace. L'art. 42 *bis* del codice civile [19] al primo comma stabilisce che "Se non è espressamente escluso dall'atto costitutivo o dallo statuto, le associazioni riconosciute e non riconosciute e le fondazioni di cui al presente titolo possono operare reciproche trasformazioni, fusioni o

[18] Va segnalato che il coinvolgimento del "comitato dei tifosi" nell'organizzazione delle società sportive si colloca in una generale tendenza legislativa volta a riconoscere una partecipazione degli *stakeholders* nella vita imprenditoriale. In tale direzione si colloca ad esempio anche l'art. 11 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112, a proposito dell'influenza sulle decisioni di impresa che, in alcuni ambiti, viene attribuita a lavoratori, utenti e altri soggetti interessati. Anche a livello comunitario la tendenza è quella di prevedere un coinvolgimento dei portatori di interessi terzi: si pensi alla Direttiva (UE) 2024/1760 (CSDDD), che prevede, per determinate tematiche, la consultazione obbligatoria degli *stakehoders*.

[19] L'art. 42 *bis* è stato introdotto dal decreto legislativo n. 117 del 3 luglio 2017. Sul tema si veda G. Capo, *Appunti sulla trasformazione delle associazioni e fondazioni e viceversa*, in *Giust. civ*., 2025, 1, p. 89 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

scissioni" [20]. Il secondo comma della citata disposizione normativa, preliminarmente chiarisce che anche queste fattispecie trasformative si muovono nella continuità sancita più in generale per l'istituto della trasformazione societaria dall'art. 2498 cc., attingendo poi, in quanto compatibili, "pezzi di disciplina" sia dalle trasformazioni omogenee, sia dalle trasformazioni eterogenee, a tale ultimo proposito richiamando espressamente anche l'istituto dell'opposizione dei creditori. Sotto il secondo profilo è da segnalare che autorevole dottrina [21] aveva già fatto notare l'esigenza di applicare le tutele rafforzate previste (sia per i partecipanti all'ente sia per i soggetti che vi gravitano intorno) anche ai casi di trasformazioni omogenee implicanti il mantenimento della funzione non lucrativa o mutualistica, allorquando l'organizzazione e il regime di responsabilità dell'ente subiscano stravolgimenti radicali, tali da giustificare le medesime cautele previste per le trasformazioni eterogenee [22].

Ne consegue quindi che anche chi nega la natura eterogenea della trasformazione in discorso, con apparente disapplicazione diretta della corrispondente disciplina, deve però fare i conti con i vari formanti dell'ordinamento che inducono a non ignorare le esigenze di tutela degli interessi riconducibili alla protezione del credito e del diritto di proprietà, con tutte le conseguenze che da ciò derivano.

Si rimane, comunque, dell'idea che la trasformazione eterogenea in società da ASD riconosciuta sia una trasformazione eterogenea tipica e che quella atipica, da associazione non riconosciuta, ove ritenuta ammissibile per le ragioni che verranno esposte più avanti, risulti ancor più coerente con le tutele offerte dal legislatore della riforma del diritto societario.

4. Le attività esercitabili dagli enti sportivi dilettantistici e la loro possibile rilevanza in chiave imprenditoriale

Per avvalorare la tesi secondo cui la trasformazione in esame possa essere ricondotta nell'alveo delle fattispecie eterogenee, assume rilievo marginale la questione relativa all'inquadramento delle attività svolte dagli enti sportivi dilettantistici nell'ambito del fenomeno imprenditoriale. Tale possibile inquadramento può tornare invece utile sotto altro versante.

È noto che le ipotesi tipiche di trasformazione eterogenea possano muoversi anche al di fuori del fenomeno imprenditoriale. L'evoluzione dell'istituto della trasformazione societaria ha progressivamente determinato il superamento della tradizionale concezione che lo confinava esclusivamente nell'ambito dell'attività di impresa, quale strumento destinato a consentire il mero mutamento della veste giuridica del soggetto collettivo senza alterarne la continuità sostanziale [23]. L'istituto della trasformazione eterogenea

[20] Dal tenore letterale della norma sembrerebbe non essere trasformazione il passaggio da associazione non riconosciuta ad associazione riconosciuta e viceversa. Si sono occupati della tematica M. Maltoni, *Da associazione non riconosciuta ad associazione riconosciuta e la trasformazione degli enti del libro primo del codice civile*, in *Riv. Dir. comm.*, 2019, p. 419 ss.; G. Caccavale, *La trasformazione di associazione non riconosciuta in associazione riconosciuta*, in *Il Foro Napoletano*, 2018, p. 207 ss. La questione si fonda essenzialmente su due aspetti: per un verso, che tra i due enti non esiste una differenza strutturale; per altro verso, che nelle associazioni non riconosciute esiste una responsabilità patrimoniale imperfetta.

[21] P. Spada, *Due aggettivi per cinque vicende (ancora a proposito della trasformazione)*, cit., p. 619 ss.

[22] Come si vedrà più avanti la trasformazione eterogenea da associazione sportiva dilettantistica non riconosciuta in società sportiva dilettantistica porta con sé anche la problematica connessa alla sorte della responsabilità, ai sensi dell'art. 38 c.c., di coloro che hanno agito prima della trasformazione e della tutela dei creditori.

[23] Non risulta decisiva la sussistenza di continuità d'impresa tra ente di partenza e di arrivo al fine della identificazione della fattispecie trasformativa, se si tiene conto che il legislatore ha previsto la trasformazione da e in comunione d'azienda. Sul punto si rinvia ancora a A. Stagno D'Alcontres, *La trasformazione delle società dopo la "riforma Vietti"*, cit., p 218; G.

ISSN 2281-3918/2421-2563

ha ampliato in modo significativo l'orizzonte applicativo dell'istituto, rendendo possibile il "passaggio" tra enti appartenenti a categorie ontologicamente differenti, anche al di fuori del fenomeno strettamente imprenditoriale. Emblematiche, in tal senso, risultano le ipotesi tipiche di trasformazione eterogenea da comunione d'azienda, consorzi senza attività esterna, associazioni o fondazioni, fattispecie nelle quali l'operazione non si limita a modificare la forma organizzativa (o la situazione giuridica) di partenza, ma incide profondamente sulla sua struttura causale e funzionale. In tali ipotesi, infatti, l'attività d'impresa, ove non già esistente in via di fatto, ovvero svolta in forma meramente strumentale o accessoria, come frequentemente accade nell'ambito associativo [24], risulta normalmente destinata a essere avviata o ad assumere rilievo centrale solo successivamente alla trasformazione, proprio in conseguenza dell'adozione del modello organizzativo tipico della società di capitali. In modo speculare, nelle ipotesi di trasformazione da società di capitali verso enti privi di finalità lucrative, l'attività imprenditoriale è generalmente destinata a cessare o, quantomeno, a perdere la propria centralità, in ragione del mutamento della causa e della funzione dell'ente esito dell'operazione. Non è pertanto necessario che la trasformazione eterogenea presupponga che sia l'ente di partenza che quello di arrivo esercitino attività di impresa.

Sebbene quindi non conducente ai fini dell'inquadramento della fattispecie oggetto d'indagine nell'ambito della trasformazione eterogenea, vale la pena comunque incidentalmente soffermarsi sulla questione [25], che può avere implicazioni sulla vicenda trasformativa, in particolare sotto il versante della trasparenza.

Merita subito osservare, ove ve ne fosse bisogno, che l'attività sportiva [26] è svolta dagli atleti dilettanti tesserati e non necessariamente associati; le attività svolte in via stabile e principale dall'ente consistono, secondo quanto dispone l'art. 7 del citato decreto, nell'organizzazione e gestione di attività sportive dilettantistiche, ivi comprese le attività connesse di formazione, didattica, preparazione e assistenza. È possibile poi che tali enti svolgano, in via secondaria e strumentale, entro certi limiti e se previsto nell'atto costitutivo o nello statuto, "attività diverse", secondo quanto stabilito dall'art. 9 del decreto di riforma.

Soffermandoci sulle attività istituzionali previste dal testo di legge che possono esercitare le associazioni sportive dilettantistiche, sembra che esse si sposino con la fattispecie impresa delineata all'articolo 2082 del codice civile, a nulla rilevando la previsione dell'indefettibile assenza della finalità lucrativa

---

Tantini, *La trasformazione di comunione d'azienda in società, le inquietudini del giurista e la «magia» delle parole"*, cit., p. 811 ss.; evidenziano la discontinuità soggettiva nella trasformazione da e in comunione d'azienda M. Maltoni – E. Tradii*, La trasformazione eterogenea da società di capitali in comunione d'azienda e viceversa, in Notariato, 2004, 2, p. 148 ss.*; A. Cetra*, Trasformazione eterogenea,* nel *Il Nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gianfranco Campobasso,* diretto da P. Abbadessa e G. Portale*,* Torino, 2007, 4, p. 185 ss.

Sul tema della continuità d'impresa anteriforma del diritto societario si veda, tra gli altri, M. Sarale, *La trasformazione e continuità di impresa*, Milano, 1996, p. 43 ss.

[24] Sul tema dell'attività di impresa svolta dalle associazioni e della differenza tra lucro soggettivo e lucro oggettivo in relazione a tale forma organizzativa cfr. A. Cetra, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, 2003, 39 ss.; A. Carducci Artenisio, *Associazioni e fondazioni come forme organizzative di impresa: frammenti di disciplina in tema di trasformazione eterogenea e prospettive di riforma*, cit., p. 1106 ss.

[25] Sul tema si veda per tutti M. Cian, *Le società sportive: profili di specialità*, in *Le nuove leggi civ. comm*., 2022, p. 1391 ss., in particolare p. 1401, ove l'autore fa notare che generalmente le associazioni sportive operano con metodo economico.

[26] L'art. 2 del d.lgs. n. 36 definisce lo sport alle lettere nn) come "qualsiasi forma di attività fisica fondata sul rispetto di regole che, attraverso una partecipazione organizzata o non organizzata, ha per obiettivo l'espressione o il miglioramento della condizione fisica e psichica, lo sviluppo delle relazioni sociali o l'ottenimento di risultati in competizioni di tutti i livelli".

ISSN 2281-3918/2421-2563

in senso soggettivo [27]. Invero, salvo a voler rintracciare nell'atto costitutivo improbabili clausole che prevedano l'erogazione a terzi dei risultati, non sembra esservi dubbio che il metodo economico risulti fisiologico per lo svolgimento delle attività istituzionali normativamente previste.

L'analisi del decreto di riforma induce infatti a ritenere che il legislatore abbia avuto in mente, anche per le associazioni sportive dilettantistiche, l'esercizio di attività produttive [28] da svolgere, con un (seppur minimale) complesso aziendale [29], professionalmente [30] e con metodo economico [31], le cui prestazioni prevalentemente di servizi sono normativamente rivolte sia a favore degli associati, sia a favore di terzi. Sotto questo ultimo profilo, per scongiurare che possa essere evocata nel caso di specie la tematica dell'impresa per conto proprio [32], merita essere ricordato l'art. 42 del decreto di riforma che espressamente prevede la possibilità di esigere corrispettivi per le prestazioni svolte, corrispettivi che per i soli associati (non per i tesserati non associati e per i terzi), possono essere versati all'ente anche sotto forma di quota associativa.

Ulteriore passaggio da compiere attiene al profilo dell'oggetto delle attività esercitabili dagli enti sportivi dilettantistici. La gestione e l'organizzazione delle attività sportive (nonché le attività propedeutiche e

---

[27] Considerava invece necessario lo scopo di lucro al fine dell'integrazione della fattispecie impresa, A. Arena, *L'attività economica degli enti pubblici con riferimento ai settori di competenza del diritto amministrativo e del diritto commerciale*, Padova, 1968, p. 5 ove si afferma che "non vi è dubbio che lo scopo di lucro sia sottinteso nell'art. 2082 c.c.".

Da ricordare che secondo autorevole dottrina l'associazione esercente attività di impresa con finalità egoistica sarebbe da riqualificare, a determinate condizioni, come società di fatto; tale riqualificazione sarebbe invece preclusa nel caso in cui l'ente associativo, anche esercente attività di impresa in via principale, continui a perseguire una finalità ideale, G.F. Campobasso, *Associazioni ed attività d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 581 ss. Sul punto si veda anche E. Zanelli, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962, pp. 95 ss., 107 ss., che tra l'altro sostiene che se l'attività economica è del tutto subordinata allo scopo istituzionale ideale, viene a mancare il requisito della professionalità richiesto dall'art. 2082 c.c.

In giurisprudenza hanno riqualificato associazioni esercenti attività di impresa in società, tra le altre Trib. Firenze, 1° aprile 1947; Trib. Palermo, 24 febbraio 1997, in *Giur. Comm.,*1999*,* II, p. 440 ss. con nota di A. Cetra.

Da ricordare che secondo un orientamento la qualifica di imprenditore sarebbe da attribuire alle associazioni solo quando l'attività di impresa sia esercitata in via esclusiva o principale; mentre nel caso in cui l'attività commerciale fosse svolta in via strumentale potrebbe applicarsi solo la disciplina dello statuto generale dell'imprenditore, per una sorta di parallelismo con gli enti pubblici economici; tali ricostruzioni sono riportate in G. Marasà, *Forme organizzative dell'attività d'impresa e destinazione dei risultati, in contratti associativi e impresa*, cit., p. 171 e ss., ove ampi riferimenti. Si veda inoltre A. Cetra, *L'associazione riconosciuta che esercita un'impresa commerciale non è una società di fatto tra gli associati,* in *Giur. comm.,* 1992, II, p. 446; S. Gatti, *L'impresa collettiva non societaria e la sua disciplina fallimentare,* in *Riv. dir. comm*., p. 102 ss.

Ritenevano invece applicabile anche lo statuto dell'imprenditore commerciale agli enti del libro primo del codice civile, a prescindere se l'attività commerciale fosse svolta in via principale o secondaria, tra gli altri, R. Costi, *Fondazione ed impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 1 ss., G. Ferri, *Delle imprese soggette a registrazione, in Comm. al cod. civ.,* Bologna-Roma, 1972, p. 82 ss.; P. Rescigno, *Fondazione e impresa,* in *Riv. soc.*, 1967, p. 842 ss.

[28] Si sofferma sul requisito della produttività, evidenziando che l'attività di impresa non può che essere destinata all'attività di scambio, B. Libonati, *L'impresa e le società. Lezioni di diritto commerciale,* Milano, 2004, p. 7.

[29] Sul requisito dell'organizzazione per tutti si veda G. Oppo, *L'impresa come fattispecie,* in *Riv. dir. civ.,* 1982, I, p. 112 ss.; P. Spada, voce *Impresa,* in *Digesto comm.,* IV ed. VII, Torino, 1992, p. 47 ss.; F. Ferrara Jr., F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, 15ª ed., Milano, 2011, p. 24; G. F. Campobasso, *Diritto commerciale, Diritto dell'impresa*, ottava edizione, a cura di M. Campobasso, Milano, 2022, p. 25 ss.

[30] In ordine al requisito della professionalità si veda G. Oppo, *L'impresa come fattispecie,* cit.*,* p. 114; G. F. Campobasso, *Diritto commerciale, Diritto dell'impresa*, cit., p. 29 ss.; W. Bigiavi, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948, p. 19 ss.

[31] Evidenzia B. Libonati, *L'impresa e le società,* cit., pp. 12 e 13, che è sufficiente che sia programmato l'equilibrio fra ricavi e costi; si veda anche G. Presti – M. Rescigno, Corso di diritto commerciale, Impresa – Contratti – Titoli di credito – Fallimento, 2004, Bologna, p. 18.

[32] Sul tema si veda P. Spada, voce *Impresa,* cit. p. 52 ss. Per F. Galgano, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, Bologna-Roma, 1976, pp. 59 ss. e 88, quando i servizi vengono resi agli associati sulla base del versamento delle quote associative si resterebbe al di fuori del fenomeno imprenditoriale.

ISSN 2281-3918/2421-2563

accessorie alla pratica sportiva) sono verosimilmente da inquadrarsi nell'ambito di quelle commerciali, trattandosi di attività di produzione di servizi o comunque di attività certamente non agricole e quindi in ogni caso, in via residuale, commerciali secondo l'orientamento prevalente [33].

Se tale risultato interpretativo sortisce pochi effetti concreti quando le attività previste dal decreto n. 36 sono riferibili ad una società sportiva, la cui forma organizzativa impone sostanzialmente la disciplina applicabile, maggiore rilevanza assume nel caso in cui tali attività riguardano una associazione. In questo ultimo caso, infatti, si potrebbe ritenere applicabile lo statuto dell'imprenditore commerciale [34] e quindi esigersi, tra l'altro, la pubblicità presso il registro delle imprese, che si andrebbe ad aggiungere alle altre espressamente previste dal decreto di riforma, quali l'iscrizione al Rasd [35] – che consente di beneficiare delle agevolazioni fiscali e dei contributi all'uopo previsti – nonché l'iscrizione al Runts, nel caso in cui si intenda acquisire anche la qualifica di ente del terzo settore. [36] Peraltro, trattandosi di attività predeterminate dalla legge, sembra che in questo caso possa valere, al fine di applicare lo statuto dell'imprenditore commerciale, la regola del "programma [37]" e non quella fondata sul principio di effettività [38]. Tale impostazione comporterebbe, tra le altre conseguenze, l'insorgenza dell'obbligo di iscrizione presso il registro delle imprese fin dal momento della costituzione dell'ente, operando tale obbligo *ab origine* anche nei confronti delle associazioni sportive dilettantistiche, indipendentemente dall'avvio in concreto dell'attività commerciale prevista dalla legge. [39] Infatti mentre l'art. 16 del codice civile, a proposito di ciò che deve essere indicato nell'atto costitutivo e nello statuto delle associazioni (riconosciute), non prevede l'oggetto sociale e quindi il programma, l'art. 7 del d.lgs. n. 36 al comma 1 lett. b) richiede espressamente "l'oggetto sociale con specifico riferimento all'esercizio in via stabile e principale dell'organizzazione e gestione di attività sportive dilettantistiche, ivi comprese la formazione, la didattica, la preparazione e l'assistenza all'attività sportiva dilettantistica".

Se tale conclusione fosse corretta, nel caso di trasformazione di associazione sportiva (anche non riconosciuta) non ancora iscritta al registro delle imprese, potrebbe preventivamente all'operazione rendersi necessaria l'iscrizione dell'ente presso tale registro. Ciò consentirebbe ai creditori di accrescere la

---

[33] Si veda per tutti G. Cottino, *Diritto commerciale. Vol. 1, L'imprenditore*, 4ª ed., Padova, 2000, 121; G. Marasà, *Il registro delle imprese*, a cura di Marasà – Ibba Torino, 1997, p. 53. Cfr. Cass., 11 giugno 1968, n. 1834, in *Foro it*. 1968, I, col. 1766.

[34] Si segnala da ultimo la recente sentenza Cass. civ., sez. I, 18 maggio 2026 n. 14722, che applica ad un ente del terzo settore (nel caso di specie una associazione di promozione sociale) esercente attività commerciale in via principale lo statuto dell'imprenditore commerciale, nel caso di specie assoggettando l'ente a liquidazione giudiziale, a nulla rilevando la mancanza della finalità egoistica.

[35] Istituito dal d.lgs. del 28 febbraio 2021, n. 39.

[36] Ritengono necessaria l'iscrizione presso il registro delle imprese le associazioni che esercitano attività di impresa commerciale, tra gli altri G. Oppo, *Impresa e imprenditore* in *EG*, XVI, Roma, 1989, p. 309; P. Spada, Voce *Impresa*, cit., p. 69. Considerano obbligatoria l'iscrizione nel registro delle imprese delle associazioni esercenti attività di impresa solo allorquando l'attività viene esercitata in via esclusiva o principale, sulla falsariga di quanto previsto per gli enti pubblici non economici dall'art. 2201 c.c. e quindi tramite una interpretazione analogica, W. Bigiavi, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948, p. 38; F. Galgano, *Il fallimento*, in *Tratt*. Galgano, X, Padova, 1988, p. 131; affrontano la questione G. Marasà, Contratti associative e impresa, Padova, 1995, p. 146; A. Fusaro, *Le associazioni imprenditrici ed il registro delle imprese*, in *Contratto e Impresa*, 1995, p. 617.

[37] Si occupa del programma nelle società E. Zanelli, *La nozione di oggetto sociale*, cit., p. 95 ss. ove si rileva che l'oggetto sociale esprime la scelta programmatica e la delimitazione specifica dell'attività economica che i soci si obbligano a conferire e ad esercitare in comune.

[38] Sul principio di effettività P. Spada, Voce *Impresa,* cit. pp. 37 e 59 ss.; T. Ascarelli, *Corso di diritto commerciale,* Milano, 1962, p. 155; V. Panuccio, *Teoria giuridica* dell'impresa*,* Milano, 1974, p. 102; G. Oppo, *L'impresa come fattispecie,* cit., p. 109 ss.

[39] Su tale problema si rinvia a G. Marasà, *Forme organizzative,* cit., p. 166 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

possibilità di conoscere per tempo la vicenda trasformativa per potersi avvalere, se del caso, del rimedio dell'opposizione di cui all'art. 2500 – *novies* c.c. In tal modo, la trasformazione sarebbe completa del doppio adempimento pubblicitario fisiologicamente previsto dal combinato disposto degli artt. 2500 – *novies* co. 1 e 2500 co. 2 c.c., garantendo maggiore trasparenza nei confronti degli *stakeholders*. A tal proposito va ricordato che secondo una certa interpretazione [40] la pubblicità anche dell'ente di partenza potrebbe ritenersi elemento legittimante per poter ricorrere a fattispecie trasformative atipiche, come è quella da associazione non riconosciuta sportiva dilettantistica. In tale prospettiva, si può discutere se la sola iscrizione presso il Rasd, quando l'ente di partenza sia una associazione non riconosciuta, possa considerarsi una forma di pubblicità rilevante ai sensi dei commi secondo e terzo dell'art. 2500 c.c. [41].

5. Sull'ammissibilità delle trasformazioni eterogenee di associazioni non riconosciute

Ritenuta eterogenea la trasformazione di associazioni sportive dilettantistiche in società di capitali sportive dilettantistiche per le motivazioni sopra esposte, l'ulteriore passaggio logico da compiere consiste nel verificare se sia possibile estendere la relativa disciplina anche all'ipotesi in cui l'ente di partenza sia pur sempre un'associazione, però sprovvista del riconoscimento e, per quel che qui interessa, una associazione non riconosciuta dilettantistica sportiva [42]. Il principale ostacolo di fondo da superare per ricorrere all'interpretazione analogica è astrattamente rappresentato dal rischio di non potere determinare con certezza il capitale sociale della società esito dell'operazione [43].

---

[40] Si veda a proposito della necessità di un regime pubblicitario per rendere utilizzabile il rimedio dell'opposizione dei creditori in caso di trasformazione eterogenea di associazione non riconosciuta, G. Marasà, *Le trasformazioni eterogenee*, in *La riforma di società cooperative, associazioni e fondazioni*, Padova, 2005, p. 88. Non ritiene invece indispensabile l'esistenza di un regime di pubblicità A. Laudando, *La trasformazione delle associazioni*, cit., p. 269 ss.

[41] Segnala la complessa sovrapposizione di discipline riguardanti la pubblicità degli enti sportivi C. Ibba, *Le imprese sociali costituite in forma di società di capitali. Profili organizzativi e pubblicitari*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 3, 2022, p. 688, che tra l'altro fa notare che all'iscrizione presso il Rasd "– seguendo quella che è ormai diventata una vera e propria moda legislativa degli ultimi anni – è stata ricollegata l'efficacia dichiarativa". Si sofferma sui rapporti, anche gerarchici tra Runts e Rasd a proposito di enti riconosciuti, D. Boggiali, *Le associazioni sportive dilettantistiche con personalità giuridica e il nuovo RASD*, *Studio* n. 2-2024/CTS del Consiglio Nazionale del Notariato (approvato dalla Commissione Studi Terzo Settore, Enti e Sociale l'8 febbraio 2024), in CNN Notizie n. 72 del 16 aprile 2024, p. 8 ss.

[42] In senso positivo F. Tassinari – A. Zoppini, *Sulla trasformazione eterogenea delle associazioni sportive*, cit. p. 916 ss. Sul tema delle trasformazioni atipiche di associazioni non riconosciute, tra gli altri, G. Marasà, *Le trasformazioni eterogenee*, in *Riv. not.,* 3, 2003, pp. 594 ss., 597; A. Pisani Massamormile, *in Riv. dir. comm.,* 2008, I, p. 109 ss.; F. Guerrera, *Trasformazione, fusione, scissione*, *Diritto delle società di capitali*. *Manuale breve* a cura di N. Abriani, Milano, Giuffrè, 2003, p. 319. In giurisprudenza ammette la trasformazione eterogenea di associazioni non riconosciute in società di capitali, Trib. Bologna, 16 giugno 2017, n. 1109. Negano invece la possibilità di ricorrere a trasformazioni eterogenee atipiche in dottrina, G. F. Campobasso, *Diritto commerciale, Diritto delle società*, settima edizione, a cura di M. Campobasso, Milano, 2009, p. 631 ss. e in giurisprudenza Trib. di Roma (Giudice del Registro), 20 luglio 2017, n. 5403, proprio a proposito di una trasformazione di associazione non riconosciuta, con commento non adesivo di A. Sacco Ginevri, *Parere sulla trasformazione eterogenea di associazione non riconosciuta in società di capitali*, in *Riv. not.*, 2023, p. 207 ss.

[43] Nell'ordinamento tedesco è disciplinata la trasformazione eterogenea delle associazioni nell'ambito dell'*Umwandlungsgesetzes*. Anche in tale sistema si prevede però la trasformazione della sole associazioni riconosciute "*rechtsfähige Vereine*" non ritenendosi estensibile l'operazione alle associazioni non riconosciute, sulla base del divieto di interpretazione analogica vigente in questa materia (§ 1 Abs. 2 UmwG). Sottolinea la illogicità del divieto di trasformazione eterogenea di associazioni non riconosciute, K. Schmidt, *Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht. Eine Studie über Erwerb und Verlust der Rechtsfähigkeit nichtwirtschaftlicher und wirtschaftlicher Vereine*, Heidelberg, 1984, p. 309 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

È noto che le associazioni, per ottenere il riconoscimento della personalità giuridica [44], sono sottoposte ad una valutazione del patrimonio, secondo il procedimento stabilito dal d.p.r. 361/2000. Va a tal proposito ricordato che l'art. 14 del d.lgs. del 28 febbraio 2021, n. 39 [45] ha riconosciuto che le associazioni sportive dilettantistiche possano acquistare la personalità giuridica mediante richiesta di iscrizione al registro nazionale delle attività sportive dilettantistiche. In tal caso il Notaio ha l'obbligo di verificare che sussistano tutte le condizioni previste dalla legge, con particolare riguardo alla natura dilettantistica e alla democraticità dell'ente nonché al possesso del patrimonio minimo di euro diecimila [46].

È stato evidenziato che l'assenza di riconoscimento (e quindi di personalità giuridica) non rappresenta un ostacolo alla realizzazione dell'operazione trasformativa, in quanto la disciplina da applicare alla trasformazione delle associazioni non riconosciute non può che essere la stessa di quella prevista e ritenuta applicabile per quelle riconosciute, disciplina che consente di determinare con certezza l'entità del capitale della società di arrivo.

In particolare, per determinare il capitale sociale della società esito dell'operazione si ritiene obbligatoria, per l'ipotesi tipica di trasformazione eterogenea di associazione riconosciuta (e, quindi, anche per quella atipica di associazione non riconosciuta) la redazione della relazione di stima ai sensi degli artt. 2465 c.c. e 2343 c.c., a rigore espressamente prevista all'art. 2500 – *ter* per le trasformazioni progressive da società di persone in società di capitali. Tale regola viene infatti estesa dagli interpreti in via diretta o analogica alla trasformazione eterogenea in società di capitali, rilevata l'identità di *ratio* di garantire la certezza nella determinazione del capitale della società di arrivo [47].

Tale relazione ha la funzione fondamentale di certificare, a tutela dei soci e dei terzi, che il patrimonio netto dell'ente trasformato è "quantomeno sufficiente a coprire il capitale sociale imposto dalla legge" per il nuovo tipo di società adottato.

---

[44] Sulla funzione del riconoscimento della personalità giuridica si veda F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 39 ss.; G. Tamburrino, *Persone giuridiche e associazioni non riconosciute. Comitati*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, 1980, p. 215.

[45] La normativa è stata attuata in via regolamentare con molto ritardo e risulta operativa solo dal ventinove gennaio 2024.

[46] Se il patrimonio non è composto (solo) da denaro, l'art. 14 co. 3 *ter* e la normativa regolamentare stabiliscono che il valore dei beni deve risultare da una relazione giurata datata non più di centoventi giorni allegata all'atto costitutivo, redatta da un revisore legale o da una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro.

[47] Si veda M. Sarale, *sub art. 2500-octies*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino-Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, p. 2294; A. Fusaro, *La trasformazione delle associazioni in società di capitali e delle società di capitali in associazioni*, in AA.VV., *Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 245 ss.; A. Laudando, *La trasformazione delle associazioni*, Milano, 2013, p. 224 ss., che ravvisa altresì la necessita di applicare alla trasformazione eterogenea di associazioni anche la redazione da parte degli amministratori di una relazione che illustri le motivazioni e gli effetti dell'operazione secondo quanto previsto al secondo comma dell'art. 2500 *sexies* c.c. a proposito delle trasformazioni regressive omogenee di società di capitali. A ben vedere anche la redazione di questa ultima relazione al caso di trasformazioni eterogenee di associazioni appare oggi ancor più logica se si tiene conto che il legislatore l'ha espressamente prevista (richiamando l'art. 2500 *sexies* c.c.) anche per le trasformazioni omogenee degli enti del libro I, all'art. 42 *bis* c.c. Da ricordare che il diritto spagnolo prevede, nella parte dedicata al regime unitario valido per tutte le trasformazioni (articoli da 3 a 21 della *Ley de Modificaciones Estructurales*, c.d. LME) una relazione degli amministratori che descriva l'impatto di genere e di responsabilità sociale: "*el socio ha de tener acceso gratuito [...], al informe de los administradores que justifique la operación y que, como novedad más destacable, ha de hacer referencia al impacto de género y la responsabilidad social corporativa*"; si può omettere tale relazione (art. 9.3 LME) quando la trasformazione è adottata all'unanimità in una assemblea totalitaria (c.d. *junta universal*). Sul punto si veda M. Moya, *Modificaciones Estructurales*, in J.M. Embid Irujo (dir.), M.L. Ferrando Villalba, L. Hernando Cebriá, V. Martí Moya (coords.), *Derecho de sociedades de capital. Estudio de la Ley de sociedades de capital y de la legislación complementaria*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2016, p. 398.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Neppure per le associazioni riconosciute si potrebbe fare a meno di questa stima, pur avendo tali enti all'origine subìto un vaglio patrimoniale per ottenere il riconoscimento. La valutazione del patrimonio fatta in sede di riconoscimento della personalità giuridica, infatti, ha una funzione del tutto diversa: serve a verificare l'adeguatezza delle risorse rispetto alla realizzazione dello scopo dell'ente, bilanciando il beneficio della responsabilità limitata.

Pertanto, il fatto che l'associazione non abbia riconoscimento e non abbia subìto controlli patrimoniali pregressi risulterebbe ininfluente: la garanzia dell'effettività del capitale sociale della società risultante si fonderà esclusivamente sulla relazione di stima predisposta *ad hoc* per l'operazione di trasformazione [48].

Superato il principale ostacolo di ordine patrimoniale, la cui soluzione nei termini sopra delineati costituisce argomento importante per affermare la piena ammissibilità dell'operazione, occorre evidenziare un ulteriore profilo di rilievo, sul quale si avrà modo di soffermarsi più diffusamente nel prosieguo della trattazione. L'associazione non riconosciuta sportiva dilettantistica presenta, infatti, una struttura corporativa come emerge dal d.lgs. n. 36 del 2021 e che si rivela idonea ad assicurare garanzie equivalenti a quelle offerte dalla disciplina codicistica in materia di associazioni riconosciute per quanto concerne la formazione della volontà associativa e il corretto svolgimento del procedimento deliberativo. Tale equivalenza strutturale non è priva di conseguenze sul piano della legittimità dell'operazione: se è vero, infatti, che uno dei principali argomenti addotti a sostegno dell'inammissibilità della trasformazione eterogenea degli enti privi di personalità giuridica risiede proprio nell'asserita inadeguatezza della loro organizzazione interna a garantire una formazione della volontà collettiva comparabile a quella degli enti riconosciuti, la predisposizione legislativa di una struttura corporativa tipizzata e sufficientemente articolata vale a rafforzare, sotto altro versante, la legittimità della fattispecie di trasformazione atipica in esame.

Va da ultimo evidenziato come la mancanza di un regime pubblicitario generale dell'ente di partenza non possa essere addotta quale argomento idoneo ad escludere la legittimità della trasformazione dell'associazione non riconosciuta [49]. L'associazione sportiva dilettantistica non riconosciuta è infatti soggetta all'obbligo di iscrizione presso il registro delle associazioni sportive dilettantistiche e, ove si aderisse alla tesi prospettata nel presente lavoro, altresì presso il registro delle imprese. La sussistenza di tali adempimenti pubblicitari (o anche solo del primo) vale a neutralizzare l'obiezione fondata sulla astratta non conoscibilità dell'operazione da parte dei terzi.

6. Il diritto di opposizione dei creditori e la responsabilità per le obbligazioni pregresse

Il legislatore stabilisce all'art. 2500 – *novies* c.c. che "In deroga a quanto disposto dal terzo comma dell'articolo 2500, la trasformazione eterogenea ha effetto [50] dopo sessanta giorni dall'ultimo degli

[48] Ritiene invece che l'associazione non riconosciuta debba preventivamente ottenere il riconoscimento, F. Galgano, *Diritto commerciale, Le società*, sedicesima edizione, Bologna, 2006, p. 503.

[49] Sostiene fondamentale la presenza di un regime pubblicitario dell'ente di partenza M. Sarale, *sub art. 2500*-octies, in *Il nuovo diritto societario*, cit. p. 2273 ss.; contra A. Sacco Ginevri, *Parere sulla trasformazione eterogenea di associazione non riconosciuta in società di capitali*, p. 225, ove l'autore sostiene che la vigente disciplina ammette già espressamente la trasformazione eterogenea in società di capitali di altri enti che sono ugualmente sprovvisti di pubblicità preventiva, come ad esempio i consorzi con attività interna e le comunioni di azienda.

[50] Si tratta di una condizione sospensiva *ex lege*. Ritiene applicabile "*cum grano salis"* la disciplina prevista dal codice civile in tema di pendenza della condizione agli artt. 1356 ss., E. Civerra, *Le operazioni di trasformazione*, Milano, 2004, p. 176.

ISSN 2281-3918/2421-2563

adempimenti pubblicitari [51] previsti dallo stesso articolo, salvo che consti il consenso dei creditori o il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso. I creditori possono, nel suddetto termine di sessanta giorni, fare opposizione. Si applica in tal caso l'ultimo comma dell'articolo 2445" [52].

Si è ritenuto [53] che, decorso il termine di sessanta giorni senza opposizione da parte dei creditori, venga meno la possibilità di avvalersi del rimedio reale volto a far dichiarare l'invalidità della trasformazione, residuando, al ricorrere dei relativi presupposti, la tutela di natura risarcitoria, secondo quanto previsto, in generale, dall'art. 2500 – *bis* c.c.

Invero, sebbene il legislatore in seno all'art. 2500 – *novies* c.c., preveda un'espressa deroga solo in relazione all'immediata efficacia della trasformazione di cui all'art. 2500 c.c., secondo questa impostazione dovrebbe ritenersi postergata, per il medesimo termine di sessanta giorni dall'ultimo degli adempimenti, la preclusione di far valere l'invalidità dell'operazione, restando altrimenti poco efficace la tutela attribuita ai creditori che presentano l'opposizione. Va ricordata la posizione di chi ritiene invece che il differimento di sessanta giorni che il legislatore prevede all'art. 2500 – *novies* c.c. a tutela dei creditori, non consente di ritardare anche gli effetti della pubblicità sanante che si verificano invece con la conclusione degli adempimenti stabiliti dall'art. 2500 c.c. [54].

Si è rilevato inoltre che una volta determinata la preclusione di far valere l'invalidità della trasformazione, residuerebbe comunque la possibilità di far dichiarare la nullità della società di arrivo nelle tassative ipotesi previste dall'art. 2332 c.c. [55].

Il dato normativo non contempla espressamente alcun adempimento pubblicitario finalizzato a rendere ostensibile, tramite il registro delle imprese, l'avvenuto decorso del termine di sessanta giorni senza che sia stata proposta opposizione da parte dei creditori. Nella prassi notarile, si è consolidata la tendenza a inserire, alla fine dell'atto contenente la verbalizzazione della delibera assembleare, una clausola che preveda l'assunzione da parte del legale rappresentante dell'ente risultante dalla trasformazione, dell'impegno a depositare presso il registro delle imprese l'atto ricognitivo dell'avveramento della condizione

---

[51] Sul tema di adempimenti pubblicitari in tema di trasformazione eterogenea si veda A. Cetra, *Le trasformazioni «omogenee» ed «eterogenee»*, cit. p. 148 ss.

[52] Sul tema si veda, tra gli altri, D. Santosuosso, sub *art. 2500-novies c.c*., in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1931 ss.; G. Marasà, *La nuova disciplina di trasformazioni e fusioni*, in *Principi civilistici nella riforma del diritto societario*, Milano, 2005, p. 272; Id, *Le trasformazioni eterogenee*, in *Riv. not.*, vol. 57, n. 3, 2003, p. 590; M. Sarale, *sub art. 2500-novies*, in *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 2303, che giustifica l'introduzione dell'istituto dell'opposizione per il fatto che la trasformazione eterogenea determina "l'adozione di un modello di governo del patrimonio comune che è spesso molto distante da quello dei tipi societari".

Si occupa delle delibere condizionate, tra gli altri, C. Ibba, *Gli effetti dell'iscrizione,* in *Il Registro delle Imprese* a cura di G. Marasà – C. Ibba, Torino 1997, p. 224.

[53] In tal senso L. De Angelis, *Osservazioni sull'invalidità della trasformazione*, in *Società*, 2003, p. 1439; M. Sarale, *sub art. 2500-novies*, in *Il nuovo diritto societario*, cit. p. 2306; G. Iermano, *Invalidità delle operazioni straordinarie e principio di stabilità*, in *Il nuovo diritto delle società,* cit., p. 419 ss.

[54] In tal senso A. Laudando, *La trasformazione delle associazioni*, cit., p. 331 ss. Evidenzia la sostanziale sterilità del rimedio cautelare in tema di trasformazione L. Benedetti, *La tutela risarcitoria contro la trasformazione invalida*, in *Rds*, 2013, 3, ss., 457 ss., ove si affronta, tra l'altro, il tema delle ragioni che hanno indotto il legislatore ad estendere all'istituto della trasformazione la disciplina dell'invalidità della trasformazione nonché la questione relativa all'autonomia del rimedio risarcitorio *in subiecta materia* rispetto all'azione di annullamento della delibera, anche basando il proprio ragionamento su principi di carattere costituzionale.

[55] Sul tema si veda L. Benedetti, *La trasformazione invalida tra rimedi demolitori e rimedi risarcitori*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2012, n. 19, p. 71 ss.; F. Guerrera, *Trasformazione, fusione, scissione*, in *Diritto delle società di capitali-manuale breve*, Milano, 2004, p. 409; P. Montalenti, *La costituzione*, in *Le società per azioni*, a cura di Abriani – Ambrosini – Cagnasso – Montalenti, Padova, 2010, p. 119.

ISSN 2281-3918/2421-2563

sospensiva *ex lege*, integrata, nella specie, dalla mancata proposizione di opposizioni creditorie entro il termine stabilito dalla legge; ovvero a depositare la corrispondente dichiarazione sostitutiva di atto notorio, al fine di assicurare la necessaria certezza giuridica in ordine all'efficacia dell'operazione.

I creditori che presentano l'opposizione ai sensi dell'art. 2500 – *novies* c.c. dovranno provare il pericolo di pregiudizio derivante dall'operazione, sulla base del rinvio all'art. 2445, comma 4 c.c. Tale pericolo da valutare in concreto, potrà essere avvalorato dal "mutamento" da un ente che prevede per legge il divieto di distribuzione dei risultati ad un altro che invece, se pur con le limitazioni segnalate, consente tale distribuzione. Nell'ipotesi in cui l'opposizione venga tempestivamente proposta, l'operazione rimarrà sospesa e la dichiarazione di avveramento della condizione sospensiva non potrà essere resa fintantoché il Tribunale competente non si sia pronunciato, con decreto motivato, sul rigetto dell'opposizione. Tale pronuncia di rigetto potrà intervenire alternativamente: per accertata insussistenza del pericolo di pregiudizio per il creditore opponente; per intervenuto soddisfacimento delle ragioni creditorie da parte dell'ente; ovvero per avvenuta prestazione, da parte di quest'ultimo, di idonea garanzia a tutela delle pretese vantate dal creditore. Ricorrendo una di tali condizioni, il Tribunale potrà autorizzare il perfezionamento dell'operazione, consentendo così la rimozione della sospensione e la prosecuzione dell'*iter* trasformativo.

Passando al tema della responsabilità per le obbligazioni pregresse, la questione si pone in modo in modo più rilevante per la trasformazione da associazione non riconosciuta in società di capitali. Infatti, mentre nelle associazioni riconosciute lo schermo della personalità giuridica impedisce per gli associati qualsiasi tipo di imputazione personale di responsabilità per le obbligazioni dell'ente, in quelle non riconosciute, ai sensi dell'art. 38 c.c., per le obbligazioni assunte "rispondono anche personalmente e solidalmente le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione" [56]. Tale regola non risulta regolamentata né derogata dal decreto n. 36, e quindi è applicabile anche alle associazioni non riconosciute sportive dilettantistiche.

La regola di base è che in forza del principio di continuità dei rapporti giuridici che informa l'istituto della trasformazione, per le obbligazioni sorte anteriormente alla trasformazione continui a rispondere successivamente l'ente di arrivo.

Con riferimento alla responsabilità *ex* art. 38 c.c. per le obbligazioni assunte, occorre verificare se, successivamente alla trasformazione in società sportiva dilettantistica, residui la responsabilità concorrente di coloro che hanno agito o se tale responsabilità venga meno una volta divenuta efficace la trasformazione.

Sul punto la giurisprudenza (tributaria) ha di recente precisato, proprio a proposito di una ipotesi di trasformazione di associazione sportiva non riconosciuta dilettantistica in società sportiva dilettantistica, che una volta divenuta efficace l'operazione "la responsabilità personale e solidale prevista dall'art. 38 c.c. per il legale rappresentante dell'associazione non riconosciuta viene meno" ed i " debiti dell'associazione vengono assunti dalla società subentrante, escludendo così la coesistenza di

[56] Sulla responsabilità di coloro che hanno agito ai sensi dell'art. 38 c.c. e sul rapporto esistente tra ente e soggetto agente si veda M. Trimarchi, *La responsabilità contrattuale e extracontrattuale degli enti collettivi e dei loro organi*, in *Rappresentanza e responsabilità negli enti collettivi*, a cura di M. Trimarchi, Milano, 2007, p. 7 ss. Sul tema si veda anche F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 48; P. Ferro Luzzi, *I contratti associativi,* Milano, 1971, p. 248.

ISSN 2281-3918/2421-2563

responsabilità illimitata del precedente legale rappresentante." [57]. Si afferma che in forza della trasformazione tutti i rapporti giuridici facenti capo all'ente originario, ivi compresi i debiti contratti dalla preesistente associazione e dai suoi amministratori, siano automaticamente trasferiti in capo al soggetto giuridico subentrante, in ossequio al principio di continuità dei rapporti giuridici. Il differimento dell'efficacia della trasformazione eterogenea al decorso del termine di sessanta giorni dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari previsti dall'art. 2500 c.c., termine entro il quale i creditori possono proporre opposizione, si giustifica in ragione dell'esigenza di tutelare questi ultimi rispetto al possibile pregiudizio derivante dal mutamento della forma giuridica dell'ente di partenza, anche in ragione del venir meno di garanzie patrimoniali pregresse e segnatamente la perdita della responsabilità personale e solidale dei soggetti che hanno agito in nome e per conto dell'associazione, prevista dall'art. 38 c.c. La mancata opposizione dei creditori nel termine di sessanta giorni legittima, pertanto, la cessazione della responsabilità di coloro che hanno agito, restando responsabile unicamente la società esito della trasformazione, escludendosi la possibilità di configurare la persistenza di una coobbligazione. La sentenza in questione non fa invece alcun riferimento alla possibile applicabilità della regola prevista all'art. 2500 – *quinquies* c.c. [58], che a proposito della trasformazione da società di persone in società di capitali stabilisce che l'operazione non libera i soci a responsabilità illimitata per le obbligazioni anteriori agli adempimenti pubblicitari previsti dal terzo comma dell'art. 2500 c.c., salvo il consenso espresso o presunto dei creditori sulla base di quanto previsto all'ultimo comma del citato all'art. 2500 – *quinquies* c.c.

In altri termini, la responsabilità personale ai sensi dell'art. 38 c.c. per le obbligazioni contratte in nome e per conto dell'associazione prima della trasformazione verrebbe meno per effetto del decorso infruttuoso del termine per la proposizione dell'opposizione da parte dei creditori. A tale riguardo, è stato condivisibilmente osservato [59] che la comunicazione ai creditori della delibera di trasformazione, finalizzata ad ottenerne il consenso, espresso o tacito, alla liberazione dei soggetti precedentemente gravati da responsabilità personale, e l'opposizione di cui all'art. 2500 – *novies* c.c. operano su piani giuridici distinti e non del tutto sovrapponibili: il primo strumento è preordinato a conseguire la liberazione dei coobbligati personalmente responsabili, subordinatamente alla volontà adesiva dei creditori; il secondo costituisce un rimedio di tutela riconosciuto in capo ai creditori nell'ipotesi in cui dall'operazione possa derivare un pregiudizio alla loro posizione creditoria.

In effetti, non appare giustificabile imporre al creditore dell'ente, che intenda semplicemente preservare la garanzia rappresentata dalla coobbligazione personale, il ricorso al complesso e gravoso meccanismo dell'opposizione, strumento che, producendo effetti *erga omnes*, è suscettibile di paralizzare l'intera operazione, ben al di là della tutela del singolo interesse creditorio di cui si intende solo proteggere il mantenimento della solidarietà passiva.

---

[57] In tale senso Corte di giustizia tributaria di secondo grado Molise, Sez. II, del 13/01/2025, n. 5. La sentenza chiarisce comunque che, con riferimento alla responsabilità ex art. 38 c.c. il creditore deve dar prova di chi concretamente ha compiuto l'operazione, non potendosi addossare la responsabilità in modo automatico a chi riveste la carica di amministratore e legale rappresentante dell'ente. Dal tenore letterale della sentenza emerge comunque che anche se tale prova fosse stata data nel caso di specie, la responsabilità personale sarebbe comunque cessata, non avendo il creditore utilizzato lo strumento dell'opposizione *ex* art. 2500 *novies* c.c.

[58] Ritiene invece applicabile in via analogica l'art. 2500 – *quinquies* c.c., Trib. Bologna, 16 giugno 2017, n. 1109.

[59] Sul punto si veda A. Laudando, *La trasformazione delle associazioni*, cit., p. 304 ss. L'Autore sostiene che la disposizione di cui all'art. 2500 – *quinquies* c.c. è espressione di una regola di portata generale, applicabile a tutte le ipotesi di trasformazione nelle quali i soci o gli associati dell'ente di partenza siano gravati da responsabilità personale.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Sembrerebbe invece che, per il citato orientamento giurisprudenziale, la regola prevista per le trasformazioni eterogenee all'art. 2500 *novies* c.c. assorbirebbe anche la problematica della responsabilità pregressa di coloro che hanno precedentemente agito e del consenso espresso o tacito alla loro liberazione.

Se tale orientamento dovesse risultare confermato, nell'ottica di accrescere la possibilità di conoscenza dell'operazione da parte dei creditori, risulterebbe ancor più importante il rispetto della sopra ipotizzata pubblicità presso il ben più consultato registro delle imprese [60].

Dall'avvenuta esecuzione degli adempimenti connessi alla cancellazione e non da quelli relativi alla iscrizione della delibera di trasformazione [61] inizierà a decorrere il *dies a quo* dei sessanta giorni previsti per l'opposizione dei creditori [62].

7. Le associazioni che hanno ricevuto contributi pubblici, liberalità e oblazioni dal pubblico

La trasformazione di associazioni riconosciute in società di capitali, oltre che per preclusioni legislative o statutarie, non è ammessa ogni qualvolta l'ente abbia ricevuto, secondo quanto disposto all'art. 2500 – *octies,* contributi pubblici, liberalità e oblazioni del pubblico [63]. Ritenuta ammissibile la trasformazione di associazione non riconosciuta in società di capitali, senza passare per la strada del preventivo riconoscimento, tale divieto sembra conseguentemente estensibile anche a tale fattispecie atipica.

Il divieto sancito dalla citata disposizione, il cui testo si contraddistingue per una formulazione di non elevato tecnicismo giuridico e tendenzialmente comprensiva di una variegata pluralità di proventi ostativi alla realizzazione dell'operazione, ha dato luogo nel tempo ad un articolato dibattito interpretativo. In tale

---

[60] Evidenzia che il sistema della trasformazione eterogenea non offre adeguate garanzie di conoscenza per i creditori, al fine di potersi tempestivamente avvalere del rimedio dell'opposizione A. Ballo, *Appunti in tema di trasformazione riformata*, in *Riv. not*., 2004, 4, p. 968.

[61] È dubbio se il doppio adempimento pubblicitario previsto dall'art. 2500 c.c. secondo comma (forma di pubblicità per il tipo adottato e pubblicità richiesta per la cessazione dell'ente che effettua la trasformazione) sia da effettuare anche quando l'ente di partenza e l'ente di arrivo siano sottoposti allo stesso registro. Ritiene che "La pubblicità dell'atto sarà duplice solo se gli enti coinvolti sono soggetti a pubblicità in Registri Pubblici diversi", G. Cesaroni, *Sub art. 2500*, in A. Maffei Alberti (diretto da), *Commentario breve al diritto delle società*, 3ª ed., Milano, 2017, p. 1687. In realtà il testo letterale non sembra far propendere per tale conclusione. Senza voler prendere posizione sul punto sembra possibile affermare che l'adesione alla tesi prospettata da tale autore determini un alleggerimento degli adempimenti post stipula, ma probabilmente riduca la possibilità di effettiva conoscibilità dell'operazione al fine di avvalersi tempestivamente del rimedio dell'opposizione.

[62] Si veda da ultimo Cass. 22 agosto 2023, n. 25008, in *Riv. not*., 2024, 4, II, p. 858, secondo cui: "L'ultimo degli adempimenti pubblicitari cui agganciare l'efficacia nei confronti dei terzi della trasformazione eterogenea è l'iscrizione nel Registro delle imprese della cancellazione della società trasformanda, evento dal quale decorre il termine di cui all'art. 2500 – *nonies c.c.* Prima di tale momento, la trasformazione resta un fatto puramente interno che non produce alcun effetto nei confronti dei terzi, per i quali, sebbene sia stata iscritta la delibera di trasformazione (atto iniziale del procedimento di trasformazione), la società deve ritenersi ancora pienamente esistente quale centro di imputazione e di legittimazione dei rapporti giuridici e non può considerarsi venuta meno la sua governance". Sosteneva che la pubblicità relativa alla cancellazione dovesse precedere l'iscrizione dell'ente di arrivo, A. Laudando, *La trasformazione delle associazioni*, cit., p. 274 ove si considera la prima forma di pubblicità quale *condicio juris* della seconda.

[63] Sul punto si veda A.M. Gambino, V. Occorsio, *Le società sportive*, in *Trattato delle società*, diretto da Donativi, tomo IV, 2022, pp. 1243-1244. Si sofferma sulla ratio del divieto A. Genovese, *La trasformazione eterogenea*, in *Il nuovo diritto societario. Prime riflessioni su alcuni contenuti di disciplina*, collana *Quaderni del Dipartimento di scienza e storia del diritto – Università degli Studi di Catanzaro «Magna Graecia»*, vol. 17, Torino, 2004, p. 64 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

contesto, gli interpreti, superando le impostazioni inizialmente più restrittive [64], hanno progressivamente elaborato soluzioni ermeneutiche di maggiore elasticità, volte a circoscrivere la portata applicativa del divieto e a rendere così più agevole ed effettivo il ricorso all'istituto della trasformazione eterogenea delle associazioni, senza tuttavia pervenire ad un orientamento univoco e consolidato in grado di offrire certezza applicativa agli operatori del diritto.

Tra le interpretazioni maggiormente diffuse sembra oggi prevalere quella secondo cui la trasformazione eterogenea dovrebbe ritenersi ammissibile ogniqualvolta i contributi pubblici o gli introiti derivanti da liberalità ed oblazioni del pubblico non risultino più presenti nel patrimonio dell'ente al momento dell'operazione, per essere stati integralmente consumati nell'esercizio dell'attività ovvero, ove possibile, restituiti ai soggetti eroganti [65]. È stato inoltre sostenuto che l'avvenuto esaurimento di tali apporti o dei benefici derivanti da regimi agevolativi, dovrebbe risultare da apposita perizia attestante il valore negativo della situazione patrimoniale dell'ente di partenza, così da offrire una garanzia oggettiva e verificabile in ordine all'insussistenza, nel patrimonio associativo, di risorse di provenienza pubblica o comunque esterna, suscettibili di essere indebitamente deviate verso finalità lucrative per effetto dell'operazione trasformativa [66].

La genericità della disposizione presta comunque il fianco a possibili contestazioni e sarà il singolo Giudice a valutare il caso concreto, avuto riguardo alla tipologia dell'attribuzione, alla finalità per cui tale attribuzione fu concessa ed al possibile rischio di "distorsione" dalla originaria finalità insito nella specifica operazione di trasformazione. Tale eventuale verifica giudiziale risulta accostabile a quanto accade nel sistema americano ove l'autorità giudiziaria assume un ruolo fondamentale nel caso di *conversion* che determina un mutamento dello scopo e il rischio di distrazione di risorse originariamente destinate a scopi altruistici [67].

La trasformazione eseguita in spregio al sopracitato divieto è astrattamente affetta da invalidità, sebbene, ove risultino conclusi gli adempimenti pubblicitari richiesti, in forza della preclusione di cui all'articolo 2500 – *bis* c.c., per i soggetti danneggiati potrebbe svanire la possibilità di avvalersi della tutela reale e residuare solo quella risarcitoria [68].

---

[64] Riteneva che "sembra preferibile l'interpretazione più rigorosa che esclude la trasformazione in forza del fatto storico del contributo, indipendentemente dall'uso che ne sia stato fatto", A. Genovese, *La trasformazione eterogenea*, cit., p. 65.

[65] Secondo l'interpretazione più permissiva tale preclusione sussisterebbe quindi non per il semplice fatto di avere ricevuto la liberalità, il contributo (da intendere anche come agevolazione) o l'oblazione, ma solo allorquando tali apporti/vantaggi si trovino ancora nel patrimonio dell'ente al momento in cui si intende avviare la trasformazione. Per la questione si rinvia a A. Carducci Artenisio, *Associazioni e fondazioni come forme organizzative d'impresa*, cit. p. 1122 ss., ove si faceva notare che una interpretazione testuale della regola determinasse generalmente l'inapplicabilità dell'istituto della trasformazione eterogena per le associazioni, in particolare nei casi in cui l'ente non avesse proventi derivanti da attività d'impresa. Sul tema cfr. anche A. Laudonio, *La trasformazione delle associazioni*, Cedam, 2013, p.190 ss.

[66] A.M. Gambino, V. Occorsio, *Le società sportive*, cit. p.1244, che richiama quanto scritto da R. Guglielmo, *Società sportive e profili di interesse notarile della nuova disciplina* (studio n. 5271/I approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 17/09/2004), in *Studi e Materiali*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, 2004, n. 2, p. 779 ss.

[67] Sul tema si veda A. Laudando, *La trasformazione delle associazioni*, cit. p. 103 ss.

[68] Anche per l'istituto della trasformazione è stata adottata dal legislatore la regola già prevista in tema di fusione e di scissione che era stata introdotta nel nostro ordinamento dal d.lgs. 16 gennaio 1991, n. 22, per uniformarsi alla terza direttiva comunitaria in materia di società (dir. 78/855/CEE del 9 ottobre 1978); anche l'invalidità della trasformazione non potrà pertanto essere dichiarata una volta eseguita la pubblicità richiesta dall'art. 2500 – *bis* c.c. L'esperienza ha evidenziato che i casi di invalidità di trasformazione si verificano per vicende trasformative non consentite dalla legge, per gravi vizi procedimentali, o in presenza di soggetti non ammessi come soci nel tipo sociale esito dell'operazione.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Va infine segnalato che la riforma del diritto societario prevedeva anche un regime transitorio per le associazioni (e le fondazioni) già costituite, che avessero nel patrimonio fondi creati in virtù di particolari regimi fiscali di agevolazione, disponendo cha la trasformazione fosse consentita nel caso in cui risultassero versate le relative imposte [69].

Focalizzando la questione con specifico riferimento alla trasformazione oggetto di indagine, deve prendersi atto che gli enti sportivi generalmente godono di contribuiti pubblici e regimi agevolativi e che l'iscrizione al RASD ha anche la funzione di poter accedere a tali facilitazioni. Proprio per la "normalità" di tali contributi, l'art. 12 del decreto n. 36 prevede anche delle agevolazioni fiscali sui contributi erogati dal CONI, dalle Federazioni Sportive Nazionali e dagli Enti di Promozione Sportiva riconosciuti dal CONI, alle società e associazioni sportive dilettantistiche e l'art. 35 comma 8 – *octies* del citato decreto prevede la pubblicità, presso il registro nazionale delle attività sportive dilettantistiche, per alcuni contributi previdenziali ricevuti.

A tal proposito si segnala la massima del Triveneto V.A.1 10/24 [70] la quale stabilisce che la trasformazione da associazione sportiva dilettantistica in società sportiva dilettantistica non è preclusa anche se l'ente di partenza abbia ricevuto contributi pubblici. Ciò in quanto la finalità dell'ente di partenza e dell'ente di arrivo coincidono e quindi non vi sarebbe distrazione dei contributi pubblici, i quali sarebbero, anche dopo la trasformazione, destinati alla medesima finalità.

A ben vedere, se è vero che le attività svolte dall'ente di partenza e da quello di arrivo possono essere coincidenti, non è del pari vero, come più volte precisato, che l'ente di partenza e quello di arrivo presentino il medesimo scopo – fine. Anche nel caso della trasformazione di cui ci stiamo occupando non

---

Le ipotesi in cui non si riscontra un vizio che determina invalidità non dovrebbero essere coperte dall'efficacia sanante prevista dalla norma, potendo invece essere annoverate nell'ambito dell'inesistenza e come tali non suscettibili di essere private della tutela reale al fine di rimuoverle.

Più in generale, infatti, spetta all'interprete il delicato compito di individuare le situazioni giuridiche coperte dalla preclusione derivante dalla pubblicità sanante ed individuare invece in quali ipotesi tale pubblicità cessi di prevalere dinanzi a vizi tali da permettere che la norma di legge possa divenire fonte di copertura di abusi da parte della maggioranza.

In realtà la violazione del divieto affrontato nel testo non sembra determinare un vizio di procedura e quindi non è da escludere che il Giudice investito della questione anche dopo l'efficacia della trasformazione possa, valutata ogni circostanza, adottare provvedimenti di natura reale.

Prima della riforma del diritto societario si riteneva non estensibile alla trasformazione la regola preclusiva della dichiarazione di invalidità, all'epoca prevista solo per fusioni e scissioni; si ammetteva quindi la possibilità di dichiarare l'invalidità della trasformazione anche dopo l'adempimento degli oneri pubblicitari con la conseguente imputazione alla società originaria di tutti gli atti compiuti, prima della dichiarazione di invalidità, dalla società derivante dalla viziata trasformazione: cfr. in tal senso Cass., 14 febbraio 1995, in *Giur. comm*., 1996, II, p. 760. Da segnalare l'orientamento che "convertiva" la invalida vicenda evolutiva in costituzione di società nell'ipotesi di delibera di trasformazione assunta all'unanimità; cfr. in tal senso Cass., 17 aprile 1959, n. 1144 e Cass., 10 aprile 1964, n. 829. Per una dettagliata analisi delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali che si fronteggiavano prima della riforma del diritto societario in merito all'invalidità della trasformazione si rinvia a F. Tassinari, *L'invalidità delle trasformazioni*, in M. Maltoni – F. Tassinari, *La trasformazione delle società*, Ipsoa, 2005, p. 31 ss. L'autore fa altresì notare che l'introduzione della regola di cui all'art. 2500 *bis* c.c. non risulti imposta dal legislatore comunitario, se si considera che l'istituto della trasformazione non rientra nel campo coperto dalle direttive di armonizzazione dettate dall'ordinamento comunitario.

Si sofferma da ultimo sulla possibilità di far valere l'azione revocatoria successivamente agli adempimenti pubblicitari di cui all'art. 2500 c.c., F. Marasa, *La trasformazione dell'impresa individuale in società di capitali: problemi di disciplina*, in *Giur. comm*., 2025, 3, I, p. 455 ss.

[69] Ci si riferisce all'art. 223 – *octies* delle disposizioni di attuazione e transitorie al testo normativo di riforma del diritto societario di cui si era occupato, P. SPADA, *Riflessioni sul regime transitorio del nuovo diritto delle società di capitali*, in *Riv. not*., 2003, 3, p. 642 ss.

[70] Consultabile su *notaitriveneto.it*.

ISSN 2281-3918/2421-2563

sembra quindi cancellato il rischio di una potenziale distrazione dei contributi rispetto alla finalità originaria.

8. La maggioranza richiesta

Per la fattispecie tipica di trasformazione da associazione riconosciuta in società di capitali è prevista, all'art. 2500 – *octies,* "la maggioranza richiesta dalla legge o dall'atto costitutivo per lo scioglimento anticipato". La maggioranza prevista dalla legge è quella stabilita all'art. 21 c.c. che al terzo comma dispone che "Per deliberare lo scioglimento dell'associazione e la devoluzione del patrimonio occorre il voto favorevole di almeno tre quarti degli associati".

Si tratta allora di verificare se tale maggioranza possa valere anche per la trasformazione di associazioni non riconosciute, almeno allorquando tali enti prevedano in statuto l'organo assembleare, che consente di assumere una deliberazione ponderata e caratterizzata da tutte le garanzie derivanti da una decisione assunta collegialmente [71]. Parte della dottrina [72] ha ritenuto che il *quorum* deliberativo contemplato dalla disposizione da ultimo citata rappresenti un *favor* legislativo accordato in via esclusiva alle associazioni dotate di personalità giuridica. Sembra però che sulla base del mutato quadro sistematico, che eleva la trasformazione a strumento generale di riorganizzazione degli enti, sia possibile ritenere interamente estensibile alla fattispecie "atipica" quanto previsto prescritto per le associazioni riconosciute, scongiurando così, almeno nel caso in cui lo statuto dell'ente preveda l'organo assembleare, la necessità di dover ricorrere al gravoso limite del consenso unanime di tutti gli associati per il perfezionamento dell'operazione.

Da notare che, sebbene l'art. 36 c.c. disponga che l'ordinamento interno e l`amministrazione delle associazioni non riconosciute come persone giuridiche siano regolati dagli accordi degli associati, non risultando quindi imposta, almeno espressamente, la costituzione di un organo assembleare, è pur vero che il d.lgs. 36 all'art. 7 lett. e), a proposito di ciò che deve contenere lo statuto dell'associazione sportiva dilettantistica prevede, tra l'altro, l'indicazione di "norme sull'ordinamento interno ispirato a principi di democrazia e di uguaglianza dei diritti di tutti gli associati, con la previsione dell'elettività delle cariche sociali; alla lettera f) del medesimo articolo il legislatore conferma poi la necessità della presenza dell'assemblea stabilendo che la redazione di rendiconti economico-finanziari siano approvati dagli "organi statutari". Ne consegue che risulta ormai praticamente impossibile imbattersi in una associazione non riconosciuta sportiva sprovvista di un organo collegiale deliberativo, venendo così meno *ab origine* l'esigenza di indagare il regime delle maggioranze richieste ai fini della deliberazione di trasformazione in assenza dell'organo assembleare [73].

Sempre con specifico riferimento alle associazioni sportive dilettantistiche va rilevato poi che il

[71] Sul metodo collegiale anche al di fuori delle società si veda A. Mirone, *Il procedimento deliberativo nelle società di persone*, Torino, 1998, p. 103 ss.

[72] G. Franch, *Commento sub art. 2500* – octies, in *Trasformazione. Fusione. Scissione, artt. 2498 – 2506* – quater a cura di L.A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti – L.A. Bianchi – F. Ghezzi – M. Notari, Milano, 2006, p. 335. Ritiene necessario il consenso unanime per le trasformazioni atipiche P. Spada, *Due aggettivi per cinque vicende (ancora a proposito della trasformazione)*, cit., pp. 622 e 623.

[73] In generale nelle associazioni non riconosciute ove non figura l'organo assembleare ritiene necessario il consenso unanime tra i tanti, M. Eroli, *Le associazioni non riconosciute*, Napoli, 1990, p. 119. G. Volpe Putzolu, *La tutela dell'associato in un regime pluralistico*, Milano, 1977, p. 104 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

medesimo art. 7 del d.lgs. n. 36 indica, tra gli elementi che devono essere contenuti nello statuto, al co. 1 lett. g), "le modalità di scioglimento dell'associazione" [74]. Se il concetto di "modalità" abbraccia anche la tematica delle maggioranze, lo statuto dell'ente (riconosciuto e non) dovrà prevedere apposita clausola ovvero richiamare espressamente la disciplina codicistica. Sembra comunque che lo statuto non possa prevedere un *quorum* deliberativo minore di quello previsto all'art. 21 co. 3 c.c., secondo quanto evidenziato dalla dottrina e dalla giurisprudenza per le associazioni di qualsiasi tipo [75].

Rimane, peraltro, il quesito, la cui trattazione esula dai limiti del presente lavoro, concernente la scelta del legislatore della riforma societaria di richiamare, nell'ambito dell'art. 2500 – *octies* c.c., la regola maggioritaria di cui all'art. 21, co. 3, c.c., dettata per lo scioglimento dell'ente, in luogo di quella prevista dal co. 2 del medesimo articolo in materia di modifiche dell'atto costitutivo. La questione ermeneutica investe l'alternativa tra due possibili ricostruzioni: se, cioè, il legislatore abbia in tal modo trascurato il connotato della continuità giuridica che caratterizza l'istituto della trasformazione, ovvero se, con consapevole scelta, abbia inteso richiamare la disciplina maggioritaria prevista per lo scioglimento al solo fine di individuare *per relationem* un *quorum* deliberativo particolarmente elevato, così evitando di determinarlo *expressis verbis* mediante una previsione autonoma e diretta.

La trasformazione dell'ente sarà pertanto deliberata dall'organo assembleare e tale delibera dovrà essere cristallizzata in un atto pubblico ai sensi del primo comma dell'art. 2500 c.c., che, sulla base delle considerazioni sopra svolte, avrà sempre la natura di verbale di seduta assembleare, con tutte le conseguenze giuridiche che da ciò derivano [76]. Sia consentito notare che al voto, per teste, saranno ammessi solo, gli associati risultanti dal corrispondente libro (la cui tenuta non è espressamente prevista dal decreto di riforma) e non anche i soggetti esclusivamente tesserati [77] con l'ente. Questa precisazione, che può apparire superflua, risulta forse utile per non incorrere in errori che possono derivare dalla mancanza di un obbligo normativo di tenuta del libro associati. Si verifica di frequente che le attività istituzionali contemplate dal decreto legislativo di riforma, consistenti nella formazione, didattica, preparazione e assistenza all'attività sportiva, siano rivolte a soggetti tesserati, ma non associati che versano all'ente somme a titolo di corrispettivo per le prestazioni ricevute. Si è già ricordato infatti che l'art. 42 del d.lgs. n. 36 stabilisce che per le citate prestazioni può essere richiesto un corrispettivo a qualsiasi titolo "anche" sotto forma di quote di adesione. Ne consegue che anche un non associato possa fruire a titolo oneroso dei servizi offerti dall'ente; ma il tesserato non associato non avrà diritto di voto nelle assemblee dell'ente.

---

[74] Va evidenziato che l'art. 16 c.c. prevede una mera facoltà stabilendo che "L'atto costitutivo e lo statuto possono inoltre contenere le norme relative alla estinzione dell'ente e alla devoluzione del patrimonio".

[75] Così F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile*, già a cura di A. Scialoja e G. Branca e ora F. Galgano, Bologna – Roma, 2006, p. 277; Cass., 4 febbraio 1993, n. 1408 che ha stabilito che: "Per la deliberazione di scioglimento delle associazioni riconosciute, l'art. 21, terzo comma c.c. applicabile in via analogica anche alle associazioni non riconosciute, esige inderogabilmente il voto favorevole di almeno tre quarti degli associati, non già dei soli partecipanti all'assemblea".

[76] Al verbale di trasformazione sarà allegato il documento contenente lo statuto della società di arrivo e non l'atto costitutivo, realizzando l'operazione un mutamento della veste giuridica dell'ente di partenza. Si sofferma sul tema A. Laudonio, *La trasformazione delle associazioni*, cit., 258 ss.

[77] Ai sensi dell'articolo 15 del decreto legislativo 36 del 2021, il tesseramento è l'atto formale con il quale la persona fisica diviene soggetto dell'ordinamento sportivo ed è autorizzata a svolgere attività sportiva, tra l'altro, con una associazione o società sportiva.

ISSN 2281-3918/2421-2563

9. Il diritto di recesso

Occorre da ultimo valutare se all'associato dissenziente spetti, in caso di trasformazione in società sportiva dilettantistica, il diritto di recesso. Va da subito rilevato come né la normativa di riforma dell'ordinamento sportivo né la disciplina codicistica in materia di trasformazioni eterogenee recano una disposizione specificamente a ciò dedicata. È compito dell'interprete verificare se la norma sul recesso prevista in generale in tema di associazioni riconosciute sia idonea, con le sue limitazioni, ad offrire adeguata tutela ai dissenzienti all'operazione che intendano uscire dall'ente ovvero se sia necessario, al fine di colmare la lacuna, procedere in via analogica e sistematica, attingendo ai principi generali desumibili dall'insieme del quadro normativo di riferimento ed in particolare dalla fattispecie trasformativa inversa.

La norma generale sul recesso delle associazioni riconosciute è contenuta nell'art. 24 del codice civile che al secondo comma stabilisce, lo si riporta per comodità del lettore, che "L'associato può sempre recedere dall'associazione se non ha assunto l'obbligo di farne parte per un tempo determinato. La dichiarazione di recesso deve essere comunicata per iscritto agli amministratori e ha effetto con lo scadere dell'anno in corso, purché sia fatta almeno tre mesi prima"[78].

Si tratta di un recesso ad *nutum* che, restando fedeli al dato testuale, sembrerebbe non avere efficacia immediata, ma differita allo scadere dell'anno in corso, purché la corrispondente dichiarazione sia avvenuta nei termini previsti. In tema di associazioni dottrina [79] e giurisprudenza [80] ritengono comunque legittimo il recesso per giusta causa, con efficacia immediata; ritenendo la trasformazione eterogenea come una ipotesi integrante giusta causa, il recesso potrà pertanto avvenire senza le limitazioni temporali di cui all'art. 24 c.c.

La dichiarazione di recesso fondata sul mutamento della causa dell'ente potrà essere resa dall'associato dissenziente solo qualora la delibera risulti definitivamente approvata. Non sarà invece possibile recedere con effetto immediato – salvo quanto si dirà tra breve a proposito delle associazioni non riconosciute – in vista di una trasformazione eterogenea ancora non deliberata, ma solo (anche formalmente) prospettata dall'organo amministrativo; una diversa soluzione, legittimante il recesso anticipato, determinerebbe infatti una distorsione nel raggiungimento del *quorum* deliberativo richiesto per l'approvazione della trasformazione, alterando la corretta formazione della volontà assembleare e pregiudicando l'integrità del procedimento deliberativo [81].

---

[78] Il rapporto di durata a tempo indeterminato riguarda quello tra l'associato e l'ente e non si riferisce alla durata a tempo indeterminato dell'ente medesimo. Si ritiene infatti ammissibile la facoltà di recesso ad *nutum* anche nel caso di associazioni a tempo determinato quando l'associato non ha posto limitazioni all'obbligo di far parte dell'ente per l'intera sua durata, in tale senso F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile*, cit. 317.

[79] Tra i tanti D. Rubino, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952, p. 194 ss.; A. Auricchio, voce *Associazione riconosciuta*, in Enc. dir, III, Milano, 1958, p. 904; M. Basile, *Le persone giuridiche*, in *Tratt. Dir. priv.*, a cura di G. Iudica – P. Zatti, Milano, 2003, p. 121 ss. A proposito del recesso in caso di trasformazione si veda M. Maltoni, *La trasformazione delle associazioni e delle fondazioni*, in M. Maltoni, F. Tassinari (a cura di), *La trasformazione delle società*, cit., p. 323 ss., che richiama F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di Scialoja – Branca, Bologna Roma, 1969, p. 318.

[80] Per tutte Cass., 14 maggio 1997, n. 4244, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, p. 308 ss., con nota di A. Fusaro, ove la Corte ha evidenziato la necessità di un bilanciamento tra la libertà individuale di recesso e la stabilità organizzativa dell'associazione.; Trib. Pavia, 19 febbraio 1980, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, p. 526, con nota di M. Basile.

[81] La trasformazione non potrà comunque essere rimessa in discussione una volta eseguite le formalità pubblicitarie.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Va ricordato peraltro che secondo un orientamento [82] *a)* il differimento previsto all'articolo 24 c.c. riguarderebbe esclusivamente il profilo contributivo, mentre non si applicherebbe alla cessazione dello *status* di associato che avverrebbe comunque immediatamente nel momento della conoscenza della dichiarazione di recesso; *b)* le limitazioni temporali di cui all'art. 24 c.c. non troverebbero applicazione con riferimento alle associazioni non riconosciute, salvo espresso richiamo contenuto nello statuto.

Quanto al profilo evidenziato sub *a)*, potrebbe sostenersi che tale ragionamento sia in linea con quanto dispone l'art. 1373 c.c. a proposito del recesso per i contratti a esecuzione continuata o periodica ove è stabilito che il "recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione". In realtà il tenore letterale dell'art. 24 c.c. appare di difficile superamento in via interpretativa; tra l'altro, quando il legislatore ha voluto prevedere strade alternative per la perdita dello *status* e per la regolamentazione degli aspetti patrimoniali lo ha fatto esplicitamente, come ad esempio avvenuto in tema di recesso nelle società cooperative ove, secondo quanto stabilito dal terzo comma dell'art. 2532 c.c., i due profili sono in modo espresso tenuti ben distinti tra loro. In ordine al profilo sub *b)* pare invece coerente sostenere la inapplicabilità della limitazione temporale prevista dal secondo comma dell'art. 24 c.c. alle associazioni non riconosciute [83]; infatti tale limitazione (differimento alla fine dell'anno solare) alla generale regola del recesso con immediata efficacia per l'associato che non ha assunto l'obbligo di far parte dell'ente per un tempo determinato, sembra espressamente prevista in funzione delle caratteristiche proprie dell'ente con personalità giuridica. Si è osservato infatti [84]che l'art. 24 c.c. si fondi proprio sull'esigenza di garantire la stabilità dell'assetto patrimoniale connesso al riconoscimento della personalità giuridica, esigenza non sussistente negli enti privi di riconoscimento.

Per tale ragione sembra possibile che nel caso di associazione non riconosciuta l'associato che non abbia assunto un vincolo statutario di permanenza nell'ente per un periodo determinato possa, in caso di trasformazione eterogenea, esercitare il diritto di recesso con efficacia immediata. Tale ricostruzione legittimerebbe quindi, per le associazioni non riconosciute, il diritto di recesso *ad nutum* con efficacia immediata, utile soprattutto ove si aderisse all'idea che la trasformazione da associazione sportiva dilettantistica a società di capitali sportiva dilettantistica sia ancor oggi un'operazione di tipo omogeneo senza mutamento della causa, che conseguentemente, potrebbe non integrare una ipotesi di giusta causa ai fini del diritto all'*exit*.

Tanto la strada del recesso *sine causa* quanto, verosimilmente, quella del recesso immediato per giusta causa presentano tuttavia un limite, che discende dal disposto dell'art. 24, co. 4, c.c., ai sensi del quale gli associati receduti non possono ripetere i contributi versati nel corso del rapporto associativo, né vantano alcun diritto sul patrimonio dell'associazione. La norma preclude dunque all'associato receduto qualsiasi pretesa di natura patrimoniale nei confronti dell'ente, con la conseguenza che il recesso – in entrambe le forme considerate – si risolve in uno strumento di mera fuoriuscita dall'ente, privo di qualsiasi effetto restitutorio o liquidatorio, e risulta pertanto inidoneo ad assicurare all'associato dissenziente una tutela patrimoniale adeguata rispetto alle conseguenze economiche che il mutamento causale impresso dalla trasformazione è suscettibile di produrre.

---

[82] Si veda A. Laudonio, *La trasformazione delle associazioni*, cit., p. 293 in particolare nota 8.

[83] In tal senso Cass. civ. 17 febbraio, 2023, n. 5046; Cass. civ. 11 maggio 2001 n. 6554. In senso contrario Cass. civ., 14 maggio 1997, n. 4244.

[84] R. Di Raimo, *Le associazioni non riconosciute e i comitati*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2024, p.180.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Tale regola risulta perfettamente coerente con il prototipo di associazione delineato dal legislatore del 1942, il quale, per un verso, disconosceva implicitamente la possibilità che l'ente associativo potesse svolgere attività d'impresa – e dunque che il patrimonio fosse suscettibile di incrementarsi per effetto di tale attività [85] – e, per altro verso, non contemplava l'eventualità di una trasformazione dell'ente in una società con scopo fine diverso da quello originario.

Tuttavia, tanto l'evoluzione del mercato quanto i successivi interventi del legislatore hanno progressivamente smentito questi presupposti fondanti, imponendo una riconsiderazione del quadro normativo di riferimento. Si rende pertanto necessario verificare se all'associato non consenziente alla delibera di trasformazione in società sportiva dilettantistica debba essere riconosciuta, a tutela della sua posizione soggettiva, una pretesa creditoria sul patrimonio dell'ente, ovvero se, al contrario, egli sia destinato a non ricevere alcuna attribuzione patrimoniale sulla scorta dell'impostazione codicistica.

Sembra che il mutamento dello scopo fine dell'ente risultante dalla trasformazione sia potenzialmente idoneo a determinare un'appropriazione, da parte dei soci non receduti, di entità patrimoniali, ivi comprese quelle generatesi dall'esercizio dell'attività imprenditoriale precedentemente svolta, che anteriormente all'operazione erano sottratte al regime distributivo in ragione del vincolo di destinazione proprio degli enti del Libro I del codice civile. Su questa via la dottrina che si è occupata della questione ha avanzato l'idea che un riconoscimento di natura patrimoniale debba spettare all'associato non consenziente alla trasformazione e che abbia esercitato il diritto di recesso [86], al fine di evitare l'arricchimento ingiustificato dei soci non receduti a seguito dell'operazione trasformativa.

Muovendo da tali premesse, appare ragionevolmente sostenibile che l'ipotesi di recesso, determinato dal mutamento dello scopo fine discendente dalla trasformazione, non possa trovare la sua fonte esclusivamente nel precetto di cui art. 24 c.c., che è stato costruito quale strumento per garantire l'uscita da un ente con finalità ideale, nel caso in cui l'associato non abbia limitato ad un certo tempo la propria partecipazione. Inoltre, sembra da superare l'idea che l'associato receduto per la trasformazione possa al massimo pretendere la mera restituzione dei contributi versati per i servizi ancora non usufruiti [87].

La questione, che non può trovare in questa sede la trattazione che meriterebbe, apre tuttavia prospettive di indagine, sulle quali appare opportuno almeno sollevare il problema, rimettendone la soluzione a futuri e più meditati approfondimenti. Ci si potrebbe domandare, infatti, se, ferma la consapevolezza che l'associato non è titolare di una quota in senso tecnico, con tutto ciò che ne deriva sul piano della sua posizione patrimoniale nei confronti dell'ente, non possa individuarsi, quale termine di riferimento per un'applicazione analogica dei criteri di liquidazione, la disciplina sul recesso apprestata dal legislatore per l'ipotesi speculare e inversa, vale a dire quella prevista per la trasformazione da società

---

[85] Si ricorda che l'art. 37 c.c. previsto a proposito delle associazioni non riconosciute legittima la possibilità di chiedere la liquidazione della quota in caso di recesso, ma non finché l'associazione dura. Da notare che il legislatore descrive il fondo comune come la sommatoria dei contributi dell'ente e dei beni acquistati con tali contributi.

[86] Tratta in modo approfondito la questione A. Laudando, *La trasformazione delle associazioni*, cit. p. 297 ss., rilevando che al fine di determinare la ripetizione per il socio receduto di quanto versato sia rilevante il confronto tra "la finalità perseguita prima e quella da perseguire dopo la trasformazione".

[87] Ritiene che l'associato receduto possa ottenere la liquidazione della quota con conseguente riduzione del capitale della società esito dell'operazione, M. Maltoni, *La trasformazione delle associazioni e delle fondazioni*, in M. Maltoni – F. Tassinari, *La trasformazione delle società*, cit., p. 324, precisando però che il valore della quota ripetibile corrisponderebbe "alla parte di contributo per servizi non usufruiti".

ISSN 2281-3918/2421-2563

in associazione [88]; ovvero, in alternativa, se percorrendo il binario dell'indebito arricchimento [89] possa esservi spazio a favore dell'associato receduto per avvalersi del rimedio dell'opposizione di cui all'art. 2500 – *novies* c.c. Si potrebbe infine valutare se l'autonomia statutaria possa spingersi sino a introdurre nell'atto costitutivo dell'associazione una clausola che, anticipando le incertezze del dato normativo, regoli espressamente il diritto di recesso dell'associato non consenziente rispetto alla delibera di trasformazione in società sportiva dilettantistica, disciplinandone le modalità di quantificazione e i termini di liquidazione.

[88] Ci si riferisce agli artt. 2437 e 2473 c.c. in combinato disposto con l'art. 8 comma 4 del d.lgs. n. 36.

[89] Sulla possibilità che nel caso di trasformazione eterogenea di associazione in società di capitali il socio receduto possa aver diritto ad un indennizzo per indebito arricchimento dei soci della società risultante dell'operazione si veda A. Carducci Artenisio, *Le trasformazioni eterogenee riguardanti associazioni e fondazioni*, Palermo, 2006, p. 120.

ISSN 2281-3918/2421-2563

JUS CIVILE

FLAVIO PETROCELLI*

LA PROVA DELL'INADEMPIMENTO. LA RESPONSABILITÀ DEL PROFESSIONISTA INTELLETTUALE E DEL DATORE DI LAVORO**

BREACH OF CONTRACT AND THE ALLOCATION OF THE BURDEN OF PROOF WITH PARTICULAR REFERENCE TO THE PROFESSIONAL LIABILITY AND THE EMPLOYER'S LIABILITY

Abstract: Il saggio si propone di analizzare il regime probatorio della responsabilità da inadempimento delle obbligazioni di *facere* professionale. Ripercorsi i diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in tema di responsabilità del professionista intellettuale, sarà analizzato in prospettiva critica il recente indirizzo della Corte di cassazione che ascrive al creditore, oltre all'onere di allegare l'inadempimento del professionista, quello di provare, anche attraverso presunzioni, il nesso causale tra inadempimento ed evento dannoso. Sarà analizzata la responsabilità del datore di lavoro nelle particolari fattispecie in cui il regime probatorio è allineato al nuovo statuto della responsabilità del professionista intellettuale.

Abstract: The essay aims to analyze the allocation of the burden of proof when the breach of contract concerns obligations related to an intellectual *facere.* Going through the different orientations of civil Court of Cassation and doctrinal guidelines, this paper will analize, in a critical perspective, the recent address of the Italian Supreme Court which requires the creditor to prove causation in professional liability, even with presumptions, in addition to the illustration of defects of professional's performance.
Further examination will be given to the employer's liability where the allocation of burden of proof appears to be similar to the new statute of professional liability.

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. La prova dell'inadempimento come problema di diritto sostanziale nella responsabilità contrattuale. – 2.1. La prova dell'inadempimento secondo l'orientamento meno recente. – 2.2. 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. Il superamento della distinzione obbligazioni di mezzi e di risultato con riferimento alla responsabilità professionale. – 2.4. 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. I profili di criticità sottesi al nuovo orientamento giurisprudenziale. – 4. La responsabilità del datore di lavoro. – 5. Conclusioni.*

1. Premessa

Il regime probatorio della responsabilità da inadempimento delle obbligazioni di *facere* professionale [1]

* Assegnista di ricerca – Università degli Studi della Tuscia.

** Contributo sottoposto a revisione.

[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

ISSN 2281-3918/2421-2563

interroga, in stretta connessione, la disciplina generale dell'onere della prova (art. 2697 c.c.) e quella specifica dettata dall'art. 1218 c.c. [2] con riguardo alla responsabilità civile del debitore, in relazione agli artt. 1176, 2230, 2236, 2740 c.c.

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 professionale 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 c.c. 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,

---

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.

[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 c.c. e/o 1176 c.c. 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

ISSN 2281-3918/2421-2563

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 negativamente 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.

---

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 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, pp. 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.

ISSN 2281-3918/2421-2563

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. La prova dell'inadempimento come problema di diritto sostanziale nella responsabilità contrattuale

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 sulla ripartizione dell'onere della prova (art. 2697 c.c.) [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 c.c. [14]; sicché, secondo alcuni autori, l'art. 2697 c.c. opererebbe solo quale norma di chiusura, alla quale rivolgersi in mancanza di un criterio specifico [15].

---

[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 c.c. 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.

[11] L'art. 2697 c.c. 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 c.c. devono essere interpretati sistematicamente; l'art. 1218 c.c. 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.

ISSN 2281-3918/2421-2563

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 c.c. è dunque norma sostanziale e non processuale perché l'art. 2698 c.c. 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].

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 c.c., alle presunzioni legali *ex* art. 2728 c.c., diverse dalle presunzioni semplici *ex* art. 2729 c.c. [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 c.c.) 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*

---

[16] Diffusamente P. RESCIGNO, *Introduzione*, *Trattato di diritto privato*, Torino, 1985, 14, il quale osserva che l'art. 2697 c.c. 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 c.c. 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.

Per Cass., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 564, l'art. 2697 c.c. 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.

ISSN 2281-3918/2421-2563

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 c.c. [21].

Le oscillazioni sulla ripartizione degli oneri probatori nella materia della responsabilità contrattuale dipendono anzitutto dalla formulazione dell'art. 1218 c.c. [22] il quale tace sulla prova dell'inadempimento, dandolo per presupposto [23]; la disposizione da ultimo richiamata si limita a disciplinare solo le conseguenze 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 c.c. in combinato disposto con l'art. 2236 c.c., 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. La prova dell'inadempimento secondo l'orientamento meno recente

Muoviamo dal primo profilo problematico; ossia se l'inadempimento costituisca fatto costitutivo o meno dell'azione risarcitoria ai sensi dell'art. 1218 c.c.

Secondo l'orientamento tradizionale, oggi superato dalla giurisprudenza (su cui *infra*), la ripartizione

---

[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, c.c. 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 liberatoria. 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.

ISSN 2281-3918/2421-2563

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 c.c., 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 c.c. [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 c.c. n. 566).

Tale ripartizione degli oneri probatori richiama, del resto, quanto già previsto dal previgente art. 1312 c.c. 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 stesso dopo la scadenza del termine per l'adempimento, alla luce della *ratio* di preservazione dello *status quo* sottesa all'art. 2697 c.c. [29].

---

[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.

[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 c.c. 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.

ISSN 2281-3918/2421-2563

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].

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 c.c., con fatti positivi contrari [34].

Per opposto e, in passato, minoritario indirizzo giurisprudenziale, invece, tutte le azioni previste dall'art. 1453 c.c. 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

---

[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 c.c. 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 c.c. 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 c.c. 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.

[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.

ISSN 2281-3918/2421-2563

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, c.c. 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 inversa, la giurisprudenza ha affermato che solo l'eccezione di inesatto adempimento *ex* art. 1460 c.c. onera il convenuto di dimostrare la mancata coincidenza tra prestazione ricevuta e quella dovuta [38].

2.2. La semplificazione degli oneri di allegazione e prova introdotta da Cass. sez. un. 30 ottobre 2001 n. 13533 e le principali critiche della dottrina

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

---

[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.

[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,

ISSN 2281-3918/2421-2563

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 c.c. [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 c.c. perché, con riguardo a queste ultime, secondo le Sezioni Unite, il diritto nasce già soddisfatto (non opera, dunque, alcuna presunzione di mancato adempimento) e 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

---

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*".

[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.

ISSN 2281-3918/2421-2563

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 c.c.) 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 c.c. [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 secondo 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

---

[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 c.c. 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.

[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

ISSN 2281-3918/2421-2563

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].

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 c.c. non soffre di eccezioni; e così anche per le eccezioni fondate su fatti (impeditivi) negativi, la cui prova graverà sul convenuto [57].

---

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, pp. 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 c.c. e del relativo onere della prova, senza alcun regime differenziato.

[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

ISSN 2281-3918/2421-2563

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 c.c., 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 c.c.

Il criterio della vicinanza della prova non dovrebbe autorizzare deroghe alla disciplina dell'art. 2697 c.c., 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 c.c. per i patti che modificano le regole di ripartizione dell'onere della prova [62].

---

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 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).

ISSN 2281-3918/2421-2563

Così intesa la vicinanza alla prova, con riguardo all'art. 1218 c.c. 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 c.c.

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. Il superamento della distinzione obbligazioni di mezzi e di risultato con riferimento alla responsabilità professionale

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 c.c.) 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 c.c.) [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

---

[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 «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.

ISSN 2281-3918/2421-2563

c.c. [69], talora attenuata da presunzioni giurisprudenziali [70], è stata confermata da altra pronuncia delle Sezioni 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 dell'obbligazione (di diligenza o di

---

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 c.c. perché, con riguardo alle prime, ha operato l'art. 1176 c.c. 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 c.c. 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.

ISSN 2281-3918/2421-2563

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 c.c. anche con riguardo alla responsabilità professionale.

2.4. Dall'allegazione dell'inadempimento all'allegazione dell'inadempimento "qualificato"

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

[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.

ISSN 2281-3918/2421-2563

"qualificato" e cioè di uno o più specifici fatti addebitati al convenuto, astrattamente efficienti alla produzione del danno lamentato dall'attore [81].

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].

---

[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 dell'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

ISSN 2281-3918/2421-2563

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

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 c.c.

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

---

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.

[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.

ISSN 2281-3918/2421-2563

professionale) e di risultato [90] esplicitamente affermata soprattutto con riferimento alla responsabilità dell'avvocato [91].

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.

---

[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 c.c. 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 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 c.c. 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 c.c. 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.

ISSN 2281-3918/2421-2563

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.

3.1. I profili di criticità sottesi al nuovo orientamento giurisprudenziale

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.

---

[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.

[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.

ISSN 2281-3918/2421-2563

A differenza dell'illecito civile *ex* art. 2043 c.c., nella struttura dell'art. 1218 c.c. – 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].

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]).

---

[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., pp. 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, p. 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*".

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"*

ISSN 2281-3918/2421-2563

L'affermazione del predetto principio di diritto sembra perciò esigere, nella sostanza, una vera e propria prova (sia pure indiretta *ex* art. 2729 c.c.) 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 c.c. per come affermati dalle Sezioni Unite (v. *retro* i par. 2.1 e 2.4).

Il ricorso alla prova presuntiva *ex* art. 2729 c.c. [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 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).

(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.

[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

ISSN 2281-3918/2421-2563

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.

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],

---

[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 c.c. o la impossibilità di adempiere per causa a sé non imputabile *ex* art. 1218 c.c., ferma la limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c. 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).

[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.

ISSN 2281-3918/2421-2563

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 c.c. 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 c.c.; 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.

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.

---

[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.

[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*".

ISSN 2281-3918/2421-2563

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.

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

---

[119] In particolare, attraverso l'anamnesi, il sanitario individua eventuali profili di rischio del paziente per familiarità, allergie, eccetera.

[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.

ISSN 2281-3918/2421-2563

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 c.c. 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 c.c. [124] ha dunque portata circoscritta e non deroga la disciplina dell'art. 1218 c.c. con riguardo agli oneri probatori.

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

---

[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 c.c. 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 c.c., 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 c.c. 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 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 c.c. è invocabile nei casi "*non ancora sperimentati*

ISSN 2281-3918/2421-2563

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 c.c., pertanto, non può ricavarsi una disciplina differenziata con riguardo al regime probatorio della responsabilità professionale rispetto all'art. 1218 c.c. poiché quando il debitore invoca l'art. 2236 c.c. 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 c.c., 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 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*

---

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 c.c. (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.

[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.

ISSN 2281-3918/2421-2563

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 c.c. 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].

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

---

[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 causalità 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.

ISSN 2281-3918/2421-2563

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.

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.

---

[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, p. 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 c.c. 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.

4. La responsabilità del datore di lavoro

In materia di responsabilità del datore di lavoro *ex* art. 2087 c.c., 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 c.c. ed extracontrattuale *ex* art. 2043 c.c., 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 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].

---

[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 c.c. 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 c.c., 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.

[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.

ISSN 2281-3918/2421-2563

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 c.c. 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].

---

[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 c.c. 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 c.c. 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. 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

ISSN 2281-3918/2421-2563

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 c.c., 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 c.c., a fornire la prova di un'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile [163].

---

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 diritto 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,

ISSN 2281-3918/2421-2563

5. Conclusioni

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 c.c. 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 c.c. (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 c.c., 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 c.c. 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 c.c., 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.

---

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.

ISSN 2281-3918/2421-2563

JUS CIVILE

VITTORIO JACINTO*

LA RINEGOZIAZIONE È UN DIRITTO? LA RILEVANZA DEL PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE DEL CONTRATTO DAL DIRITTO CIVILE AL DIRITTO AMMINISTRATIVO**

IS RENEGOTIATION A RIGHT? THE RELEVANCE OF THE PRINCIPLE OF CONTRACTUAL CONSERVATION FROM CIVIL LAW TO ADMINISTRATIVE LAW

Abstract: Il saggio analizza la nozione di «conservazione del contratto» nel diritto privato e nella disciplina dei contratti pubblici, ponendo in luce la differenza sostanziale fra il concetto di «conservazione dell'efficacia» e quello di «conservazione dell'equilibrio». In particolare, lo studio si propone di ricostruire la *ratio* dei rimedi di adeguamento nei contratti di durata leggendola in connessione alla struttura del singolo tipo negoziale: gli strumenti più forti emergono dove il programma economico subisce un maggior condizionamento unilaterale. Sulla base di questa evidenza si conclude che il diritto alla rinegoziazione e i meccanismi di adeguamento del Codice dei contratti pubblici non vanno intesi come argomenti a sostegno dell'esistenza di un generale obbligo legale di rinegoziazione, quanto piuttosto come rimedi tipici legati alle specificità della contrattazione pubblica. Il contributo analizza, poi, le c.d. «sopravvenienze funzionali», valutando se l'equiparazione tra inutilità della prestazione e impossibilità, operata dal Legislatore dei contratti pubblici, possa fungere da indice normativo utile a reinterpretare anche la disciplina privatistica.

Abstract: The essay investigates the notion of «preservation of the contract», highlighting the distinction between «preservation of effectiveness» and «preservation of equilibrium», objectives which are not always overlapping and whose general scope is questionable. Having noted the absence of renegotiation as an autonomous doctrine in private law, the study correlates the adjustment remedies for long-term contracts to the structure of each individual transactional type: the strongest instruments emerge where the economic program is subject to a greater unilateral influence. Consequently, the right to renegotiate and the adjustment mechanisms under the Public Procurement Code are not to be construed as arguments in favor of a statutory obligation to renegotiate, but rather as specific remedies linked to the peculiarities of public contracting. The essay then analyzes the so-called «functional supervening events», assessing whether the equation between the commercial frustration of performance and impossibility, operated by the Public Procurement Legislator, may serve as an important normative index to re-interpret private law rules.

SOMMARIO: *1. Introduzione allo studio delle sopravvenienze. – 2. Rinegoziazione e adeguamento: dalle esperienze europee al Codice dei contratti pubblici. – 3. La gestione delle sopravvenienze nella meccanica del codice civile. – 4. Note minime sull'estensione analogica della disciplina in materia d'appalto ad altri contratti di durata o ad esecuzione differita. – 5. Il fondamento dell'obbligo di rinegoziazione. – 5.1. Quale mezzo di reazione all'obbligo disatteso?. – 5.2. Le "altre" critiche all'obbligo legale di rinegoziazione. – 6. La conservazione dell'equilibrio negoziale come principio?. – 7. L'influenza della riflessione civilistica nella costruzione del sistema delle sopravvenienze nella disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici. – 7.1. Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale ed il linguaggio del novello legislatore. – 7.2. Sopravvenienze e rinegoziazione: oltre l'adeguamento tipizzato?. – 7.3. La "funzione" della rinegoziazione nell'esecuzione del contratto pubblico e la natura delle situazioni giuridiche soggettive. – 8. Dall'impossibilità all'inutilità o inutilizzabilità della prestazione ovvero del principio di conservazione dell'utilità?. – 9. Rilievi conclusivi.*

* Dottore di ricerca – Università degli Studi Roma Tre.

** Contributo sottoposto a revisione.

ISSN 2281-3918/2421-2563

1. Introduzione allo studio delle sopravvenienze

Le trasformazioni economiche e politiche producono spesso effetti evidenti e immediati sulla fase di esecuzione dei contratti di durata e ad esecuzione differita [1]. Per questa ragione l'individuazione degli strumenti più adeguati alla gestione della fase di crisi del rapporto negoziale emerge come profilo di assoluta centralità nell'architettura di un sistema normativo. La ricerca di modelli giuridici attrezzati per fronteggiare efficacemente tali mutamenti diviene, in altri termini, l'ingranaggio fondamentale che consente di adeguare il rapporto contrattuale in corso di esecuzione alle rinnovate esigenze di fatto.

Occorre comprendere, tuttavia, quali siano i fattori che condizionano tale flessibilità rimediale, individuando i presupposti in presenza dei quali si renda necessaria la risoluzione del vincolo ovvero, al contrario, sia preferibile la sua conservazione. Il contesto socio-economico degli ultimi anni ha nuovamente alimentato il dibattito dottrinale sull'adeguatezza dei meccanismi codicistici di gestione delle sopravvenienze, accrescendo una diffusa riflessione in merito a un loro possibile ripensamento.

Le sopravvenienze possono essere definite come mutamenti del mondo esterno che incidono sul rapporto contrattuale in corso di esecuzione [2]. Esse possono dipendere da condizioni naturalistiche, quale può essere una pandemia, da misure normative, o, ancora, da ragioni economiche. Vi rientrano, a titolo esemplificativo, tutti gli eventi che incidono sul costo delle materie prime.

L'ordinamento si occupa, da un lato, di definire chi fra le parti debba subire il peso della sopravvenienza – o se, in alternativa, esso possa essere ripartito equamente –, dall'altro, di selezionare le tipologie di sopravvenienze che giustificano un intervento sul rapporto negoziale, ignorando quelle cui non si attribuisce alcuna rilevanza giuridica [3].

---

[1] M. ZACCHEO, *Il controllo delle sopravvenienze nell'era della crisi*, in *Pers. e merc*., 1, 2021, 51 ss.; si sofferma sul rapporto fra crisi economica e gestione delle sopravvenienze F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ*., 3, 2014, 826 ss., ove segnala come la spinta di eventi particolari, quali le guerre mondiali e l'unificazione dei codici, abbia dato impulso alla regolamentazione di modelli normativi per la gestione delle sopravvenienze contrattuali; ma anche P. GALLO, *Revisione del contratto*, in *Dig. disc. priv*., UTET, 1998, 432, ove segnala come in Germania il dibattito sulle sopravvenienze abbia vissuto un forte impulso come conseguenza del secondo conflitto mondiale; G. GUIZZI, *Sopravvenienze contrattuali, inesigibilità della prestazione e rimedi: linee di una vicenda*, in *Riv. dir. civ*., 5, 2023, 887 ss.; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. dir. priv*., 3, 2003, 468, evidenzia che l'esigenza di una maggiore flessibilità del rapporto contrattuale deriva da diversi fattori fra i quali la radicale trasformazione economica, la mondializzazione del mercato ed i processi di decentramento produttivo.

[2] Fra i primi studi sulla revisione del contratto influenzato da sopravvenienze: G. OSTI, *Appunti per una teoria della sopravvenienza. La cosiddetta clausola* rebus sic stantibus *nel diritto contrattuale moderno*, in *Riv. dir. civ*., 1913, 471 ss.; M. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. comm*., I, 1938. Sulle sopravvenienze, *ex multis*, insieme a quanto verrà diffusamente citato nel prosieguo, P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Giuffrè, 1992, passim; P. TRIMARCHI, *Sopravvenienze, rinegoziazione, adeguamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ*, 2, 2025; M. BARCELLONA, *Appunti*, cit.; V. ROPPO, *Il contratto*[3], Giuffrè, 2025, 897 ss.; M. ZACCHEO, *Sopravvenienza*, in *Dizionari del diritto privato*, a cura di S. Martuccelli e V. Pescatore, Giuffrè, 2011, 1638 ss.; ID., *Rischio e sopravvenienza*, Giuffrè, 1994; A. CINQUE, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 4, 2020, 1691 ss.; T. MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Eur. dir. priv*., 4, 2007; E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, CEDAM, 2018; F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Europa e dir. priv*., 2, 2019; E. GABRIELLI, *Sopravvenienza e rinegoziazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1, 2024; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, 1996; ID., Revisione del contratto, in Enc. dir., Annali, II, Milano, 2008.

[3] Sul punto, A. CINQUE, *Sopravvenienze*, cit., 1695. Tiene chiaramente distinti i piani dell'*an* e del *quomodo* T. MAUCERI, *Sopravvenienze*, cit., 1098.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Allo scopo di questa trattazione si può far propria la distinzione di matrice dottrinale fra sopravvenienze quantitative e qualitative [4], classificazione che guarda alla modalità di incisione dell'evento esterno sul rapporto negoziale e che sarà utile, sul piano discorsivo, per chiarire a quali circostanze possa estendersi la portata dei rimedi codicistici e a quali invece no. Le sopravvenienze quantitative sono quelle che incidono sul rapporto in termini esclusivamente economici, generando uno squilibrio del valore monetario nominale delle prestazioni. Le sopravvenienze qualitative, invece, si ripercuotono sulla natura della prestazione alterandone il contenuto, la forma, le modalità di esecuzione. L'ordinamento appresta rimedi che talvolta si estendono ad entrambi i modelli di sopravvenienze, talaltra solo a uno di essi. Allo stesso modo, si usa distinguere fra sopravvenienze tipiche – in quanto descritte nei loro tratti essenziali da una fattispecie codicistica –, in riferimento alle quali il codice civile appresta rimedi tipizzati, e sopravvenienze atipiche [5], in merito alle quali si discute circa l'eventuale estensione di rimedi generali o specifici [6].

Il citato ripensamento delle categorie tradizionali in materia contrattuale si è particolarmente concentrato su istituti e princìpi preposti a disciplinare l'efficacia del rapporto negoziale nel tempo. In questo senso, si sono messi in discussione il principio di vincolatività del contratto e quello del *pacta sunt servanda* [7], regole fondamentalmente teorizzate avendo a mente lo schema dei contratti di scambio istantaneo e trainate storicamente dall'ideale di sacralità e inviolabilità della volontà negoziale [8]. Così, si è ipotizzata, finanche, una possibile e generale sostituzione di tali principi con la clausola del *rebus sic stantibus* [9]. L'instabilità dettata dai fattori sopra menzionati rende, infatti, particolarmente difficoltoso definire in anticipo un'adeguata ripartizione normativa dei rischi connessi con l'operazione economica [10]; eppure, come si avrà modo di evidenziare, ogni scelta legislativa corrisponde ad una precisa preferenza in termini di allocazione del rischio; il punto è indagare la convenienza e l'efficacia di tale scelta.

---

[4] Sulla distinzione *ex multis*, M. BARCELLONA, *Appunti*, cit., 478 ss.; T. MAUCERI, *Sopravvenienze*, cit., 1099; E. TUCCARI, *Sopravvenienze*, cit., *passim*; F. PIRAINO, *Osservazioni*, cit., 598. Sulla distinzione fra eventi perturbativi che incidono sul rapporto di scambio, da un lato, e quelli che, invece, influenzano l'organizzazione dell'attività all'interno del rapporto negoziale si veda A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Giuffrè, 1988, 276 s.; ID., *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir*., XL, Giuffrè, 1989, 1326.

[5] Pur condividendo i dubbi in merito alla terminologia sollevati da A. CINQUE, *Sopravvenienze*, cit., 1724, quando evidenzia che «l'attributo della "atipicità" – come, del resto, quello della "tipicità" – presuppone già risolto in senso positivo il giudizio di rilevanza. Laddove, invece, tali fatti non sono considerati dall'ordinamento e, pertanto, sono inidonei a dare luogo alla produzione degli effetti che esso prescrive».

[6] Sul punto, *ex multis*, F. PIRAINO, *Osservazioni*, cit., 591.

[7] V. ROPPO, *Il contratto*[3], cit., 897 ss.; sulle differenze fra il principio di vincolatività ed il principio *pacta sunt servanda* vedi F. PIRAINO, *Osservazioni*, cit., 587, nota 9.

[8] Nella Relazione tematica n. 56 dell'8 giugno 2020 dell'Ufficio del massimario della Cassazione, intitolata *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, si legge, ad esempio, che «Il Covid potrebbe condurre ad aprire una breccia nella formalistica lettura della regola *pacta sunt servanda* codificata nell'art. 1372 c.c.. La pandemia mette in luce come il principio della vincolatività del contratto si presti ad essere assolutizzato, suggerendo di per sé un contemperamento con l'altro principio del *rebus sic stantibus*».

[9] Sulla clausola, *ex multis*, G. OSTI, *La così detta clausola* rebus sic stantibus *nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ*., 1912, 1 ss.; T. GALLETTO, *Clausola* rebus sic stantibus, in *Digesto disc. priv*., Utet, 1988; G.B. FERRI, *Dalla clausola* «rebus sic stantibus» *alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988, 54 ss.; P. GALLO, *Revisione*, cit., 431 ove segnala l'interesse dei giuristi medievali verso l'introduzione di meccanismi di revisione e di "aggiustamento" del contratto per ragioni equitative; sempre per una ricostruzione "storica" dei primi studi sul tema, e con particolare attenzione al contributo di Osti, vedi G. GUIZZI, *Sopravvenienze*, cit., 886 ss.

[10] Con particolare riguardo alla figura dei "contratti incompleti", M. BARCELLONA, *Appunti*, cit., 469; per una critica in riferimento a tale categoria anche E. TUCCARI, *Sopravvenienze*, cit., 39 s.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Muovendo dai suddetti presupposti, e con una rinnovata sensibilità emersa nell'ultimo decennio, la dottrina civilistica si è interrogata sull'adeguatezza del sistema di gestione delle sopravvenienze predisposto dal legislatore del '42. L'indagine investe, per un verso, l'impatto che le proposte di integrazione del sistema – sia per via ermeneutica che mediante interventi normativi – potrebbero esercitare sull'autonomia privata e, per altro verso, i confini della legittima ingerenza del potere giudiziario sul rapporto sinallagmatico in corso di esecuzione.

Il presente saggio si propone di verificare la configurabilità di un principio generale di conservazione del contratto nell'alveo della disciplina di diritto comune, nonché nella particolare materia dei contratti pubblici, approfondendone la reale portata precettiva.

Dopo aver posto in luce la tendenza a positivizzare la sequenza rinegoziazione-adeguamento nel contesto internazionale – pur nella consapevolezza della spiccata autonomia strutturale dei due istituti –, l'indagine volgerà all'esame del sistema di gestione delle sopravvenienze delineato dal codice civile. Emergerà come i modelli generali di gestione delle sopravvenienze siano orientati verso la dissoluzione del vincolo, piuttosto che verso la sua manutenzione; si evidenzierà, inoltre, la persistente difficoltà dogmatica a dare collocazione alle ipotesi di sopravvenuta inutilizzabilità-inutilità della prestazione.

L'analisi si sposterà, poi, sulla disciplina di quelle fattispecie tipiche che conoscono strumenti di adeguamento del rapporto in corso di esecuzione, e, in particolare, sul contratto di appalto, in riferimento al quale il legislatore ha espressamente previsto meccanismi manutentivi volti a conformare il regolamento negoziale alle alterazioni fattuali. Lungi dall'aderire alla tesi dell'obbligo legale di rinegoziazione – di cui si richiameranno i rigorosi rilievi critici già formulati dalla dottrina – lo studio intende dimostrare come tale normazione speciale risponda a una precisa logica di riequilibrio, finalizzata a bilanciare la posizione della parte esposta ad un maggiore condizionamento unilaterale del programma economico.

Sulla scorta di tali risultanze, l'indagine procederà a distinguere concettualmente la conservazione dell'efficacia del contratto dalla conservazione del suo equilibrio, evidenziando la diversità funzionale e strutturale dei relativi istituti. In ultima analisi, si cercherà di dimostrare come l'introduzione del diritto alla rinegoziazione nel codice dei contratti pubblici, lungi dal suffragare le teorie fondative di un generale obbligo di rinegoziazione nel diritto comune, risponda alle medesime istanze di correzione del condizionamento asimmetrico riscontrate nella disciplina speciale dell'appalto fra privati.

2. Rinegoziazione e adeguamento: dalle esperienze europee al Codice dei contratti pubblici

Le riflessioni della dottrina civilistica cui sopra si è fatto cenno hanno, senz'altro, ispirato i progetti di diritto civile unitario e le riforme di alcuni ordinamenti nazionali europei che, in misura pure assai diversa, aprono alla procedimentalizzazione della rinegoziazione come fase obbligata, ogniqualvolta vi siano eventi che alterano l'equilibrio negoziale, cui faccia seguito, eventualmente, una successiva procedura di adeguamento giudiziale del contratto.

Particolarmente diffuse negli schemi negoziali del commercio internazionale sono, ad esempio, le clausole di *hardship* [11], regolate agli artt. 6.2.2 e 6.2.3 dei *Principi Unidroit*, a mente dei quali ricorre

[11] F. Macario, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ*., 1, 2002, 78 ss.; V. Roppo, *Il contratto*[3], cit., 897 ss.; F. Piraino, *Osservazioni*, cit., 585 ss.; P. Trimarchi, *Sopravvenienze,* cit., 193 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

hardship ogniqualvolta vi sia un'alterazione sostanziale dell'equilibrio contrattuale determinata dall'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, ovvero dalla diminuzione del valore della controprestazione [12]; quando ricorrano tali circostanze la parte svantaggiata ha diritto di domandare la rinegoziazione del contratto e, in caso di mancato raggiungimento di un accordo entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice, che potrà risolvere il contratto oppure modificarlo al fine di ripristinarne l'equilibrio originario.

Sulla medesima scia si colloca l'art. 6:111 dei *Principi di diritto europeo dei contratti*, formulati dalla Commissione Lando, per il quale se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa in ragione del mutamento delle circostanze, le parti sono tenute a intavolare trattative per modificare o sciogliere il contratto, sulla base di presupposti analoghi a quelli del sopramenzionato art. 6.2.2. Si aggiunge, però, che, laddove le parti non raggiungano un accordo, il giudice, sia che ritenga di sciogliere il contratto sia che decida di modificarlo, potrà condannare al risarcimento dei danni per la perdita cagionata dal rifiuto di una parte di intavolare trattative o dalla rottura di esse in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza [13].

Se queste formule sembrano aprire la strada ad una fase di «rinegoziazione obbligatoria» come diritto che compete ad entrambe le parti, assistito da rimedi esperibili in occasione del suo mancato adempimento, occorre, da subito, evidenziare che queste clausole sembrano riferirsi esclusivamente alle perturbazioni di ordine "quantitativo", quelle, cioè, che, come si è detto, incidono sul rapporto economico fra le prestazioni, non invece a quelle di tipo qualitativo [14].

Una tendenza analoga si ritrova nelle novellate disposizioni di diversi Stati europei: i riferimenti principali sono l'art. 1195 del *Code civil* ed il § 313 del BGB. Il primo prevede un obbligo di rinegoziazione in caso di sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione e il consequenziale potere del giudice di modificare il contratto in caso di rifiuto o insuccesso della rinegoziazione; in particolare, quando non si raggiunga un accordo entro un termine ragionevole, è il giudice a decidere se «rivedere il contratto oppure mettervi fine, alla data e alle condizioni da lui determinate». La previsione di cui al § 313 del BGB [15], rinnovato con la riforma del diritto delle obbligazioni, è forse ancor più particolare in quanto si riferisce a tutte le modificazioni delle circostanze assunte a presupposto del contratto e prevede che sia possibile chiedere l'adeguamento del contratto quando non si possa ragionevolmente attendere che la parte rispetti il contratto nella sua dimensione originaria.

Secondo un certo autorevole orientamento né le proposte codicistiche unitarie, né tantomeno le riforme nazionali evidenziano uno sviluppo innovativo della disciplina dei contratti di durata a livello europeo se non nel limite delle fattispecie particolari cui esse si applicano, rimanendo pur sempre ferma la facoltà di recesso delle parti. Le fattispecie discusse prevedono esclusivamente la possibilità di ristabilire l'equilibrio dello scambio senza incidere mai sulla natura della prestazione [16]. In questo senso, anche il paradigma normativo codicistico italiano e le fattispecie speciali di cui si dirà meglio oltre, pur

[12] Sempre che ricorrano i seguenti presupposti: «(a) gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto; (b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto; (c) gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e (d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata».

[13] G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 784.

[14] In questo senso, P. TRIMARCHI, *Sopravvenienze*, cit., 193.

[15] *Ex multis*, F. MACARIO, *Regole*, cit., 841 ss. e F. PIRAINO, *Osservazioni*, cit., 587, (in particolare da nota 5 a 6) ai quali si rinvia per ampi riferimenti dottrinali sul dibattito dottrinale francese e tedesco.

[16] P. TRIMARCHI, *Sopravvenienze*, cit., 195 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

in assenza di una specifica novella "generalista", opererebbero in modo pressoché analogo. Altri ritengono invece che il divario fra la disciplina codicistica e le formulazioni citate sia profondo, al punto che la disciplina italiana non sarebbe più «rispondente alle attuali propensioni della cultura giuridica» [17]. A nostro parere, le disposizioni citate, e specialmente il disegno di riforma tedesco, si muovono in una direzione diversa da quella del modello italiano introducendo il binomio obbligo di rinegoziazione-adeguamento, come fenomeno inter-connesso e a formazione progressiva, e descrivendo una sequenza che, come vedremo, è fatta propria, almeno in linea di principio, dal legislatore dei contratti pubblici, che tuttavia rimane aliena al sistema del codice civile.

Sulla scia di tali riforme e di tali progetti unitari si possono collocare gli interventi più recenti in materia di contratti pubblici, che introducono all'art. 9 del Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 36/2023, una disposizione generale espressamente rubricata «principio di conservazione del contratto» ed un generico «diritto alla rinegoziazione secondo buona fede» per la parte che risulti svantaggiata dalla sopravvenienza.

Si cercherà di comprendere l'impatto che tale disposizione ha – in combinato disposto con le fattispecie di dettaglio che nel Codice dei contratti pubblici si occupano di revisione e adeguamento – sul sistema di gestione delle sopravvenienze, tanto con particolare riferimento alla fase di esecuzione dei contratti pubblici, quanto avendo riguardo ai contratti di diritto comune, non prima però di aver ricostruito i principali snodi del dibattito civilistico sul punto. L'esistenza stessa di un generale obbligo legale di rinegoziazione è, tutt'ora, oggetto di contestazione da parte di autorevoli voci, così come la configurabilità di rimedi manutentivi nei casi in cui tale obbligo risulti disatteso. Prima di discutere della portata del citato art. 9, occorrerà interrogarsi sulla sussistenza, nel diritto comune, di un principio generale di conservazione del contratto, per poi ragionare sulla qualificazione offerta dal legislatore dei Contratti pubblici. Cosa significa intendere la rinegoziazione come diritto, si tratta di un diritto soggettivo, qual è il perimetro di detta qualificazione e che conseguenze determina sull'unitarietà ordinamentale.

3. La gestione delle sopravvenienze nella meccanica del codice civile

L'impostazione codicistica, se ridotta al nucleo essenziale così come descritto dall'art. 1218 cod. civ., prevede l'esclusione di responsabilità quando la prestazione sia divenuta impossibile per causa sopravvenuta non imputabile al debitore. In ogni diversa ipotesi, egli si presume sempre imputabile per il mancato adempimento e, per ciò tanto, assoggettato all'altrui pretesa risarcitoria. Per di più, ai sensi dell'art. 1372 cod. civ., il contratto ha forza di legge fra le parti che sono obbligate a darne esecuzione senza poter tornare a discuterne nuovamente i termini. Da questo primo quadro generale, sembrerebbe che il rischio per le sopravvenienze che non rendano impossibile la prestazione, ma si limitino ad alterare l'equilibrio del rapporto, rimanga allocato in capo al debitore.

Sullo sfondo si colloca, poi, il problema del rischio di perimento della cosa dovuto a sopravvenienze. L'art. 1465 cod. civ. enuncia, a tal proposito, il principio del *res perit domino* [18] stabilendo che nei contratti ad effetti reali il rischio di perimento della cosa per causa non imputabile all'alienante

[17] F. MACARIO, *Regole*, cit., 840.

[18] Sul perimento della cosa ed il rischio contrattuale vedi, *ex multis*, A. MAGAZZÙ, *Perimento della cosa*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffrè, 1983, 57 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

ricade sull'acquirente anche qualora la cosa non gli sia stata consegnata [19]; di conseguenza, tale perimento non lo esonera dall'obbligo di eseguire la controprestazione [20].

Tuttavia, il codice civile conosce due rimedi generali di reazione alla sopravvenienza: la risoluzione per impossibilità sopravvenuta e la risoluzione per eccessiva onerosità.

La risoluzione per eccessiva onerosità [21], di cui all'art. 1467 cod. civ., si può domandare quando, nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, la prestazione di una delle parti sia divenuta eccessivamente onerosa in ragione di eventi straordinari e imprevedibili [22]. Tipicamente ci si riferisce al caso in cui si crei uno squilibrio fra il prezzo pattuito ed il valore di mercato della prestazione.

Per definire i presupposti in presenza dei quali sia possibile ottenere la risoluzione, l'art. 1467 cod. civ. si affida ai criteri dell'«eccessiva onerosità» – che ha natura propriamente quantitativa – e a quello dell'«alea normale» [23], da intendersi quest'ultimo come rischio connaturato alla regolarità dell'operazione negoziale, in riferimento al cui perimetro è esclusa la possibilità di azionare il rimedio [24].

Lo strumento demolitorio contemplato all'art. 1467 cod. civ. è stato ritenuto da una certa dottrina insoddisfacente. Esso non prevede la possibilità per la parte svantaggiata di domandare la revisione del contratto, piuttosto, riconosce unicamente alla parte che riceva la domanda di risoluzione la facoltà di contrastarla offrendo di modificare equamente le condizioni contrattuali [25]. Ciò significa che se ci limitiamo al dato letterale che emerge dall'art. 1467 cod. civ. la parte svantaggiata non ha a disposizione alcun rimedio legale per portare controparte alla rinegoziazione [26].

Se per i più questa restrizione configura uno squilibrio nelle armi a disposizione delle parti per fronteggiare l'imprevedibile, un'attenta dottrina attribuisce alla strutturazione dei rimedi un fondamento di merito. Non è detto, infatti, che il creditore possa sempre sostenere una riduzione del prezzo [27] ovvero

---

[19] R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*[4], Utet, 2016, 1675.

[20] L'ordinamento conosce delle deroghe all'applicazione del principio in discussione. Ad esempio, nella vendita a rate il trasferimento del rischio si realizza al momento della consegna del bene pur essendo l'effetto traslativo ritardato al momento del pagamento dell'ultima rata (art. 1523 cod. civ.). E ancora, nella vendita dei beni di consumo, l'art. 63 cod. cons., comma 1, dispone che il rischio, nella vendita di beni mediante trasporto, pesi sull'alienante sino al momento in cui il consumatore entri materialmente in possesso dei beni.

[21] *Ex multis*, A. Plaia, *Le patologie del contratto*, Giappichelli, 2022, 128 ss.; R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*[4], cit., 1684 ss.; E. Gabrielli, *Art. 1467*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, *Artt. 1425-1469 bis*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Utet, 2011, 620; Id., La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, in *Contr. e impr.*, 1996, 922; P. Gallo, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dig. disc. priv.*, VII, Utet, 1991, 243; A. Pino, *La eccessiva onerosità della prestazione*, CEDAM, 1952.

[22] Sul punto, *ex multis*, V. Roppo, *Il contratto*[2], Giuffrè, 2011, 945 ss.; A. Plaia, *Le patologie*, cit., 130 ss.

[23] Sulla nozione di alea normale, R. Nicolò, *Alea*, in *Enc. dir.*, I, 1958, Giuffrè, 1026 s.

[24] Sulla differenza fra eccessiva onerosità ed alea normale *ex multis*, E. Gabrielli, *Sopravvenienza*, cit., 13.

[25] Per V. Roppo, *Il contratto*[2], cit., 957 si tratterebbe di una posizione di diritto potestativo; R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*[4], cit., 1707 per i quali con riconduzione ad equità si fa riferimento al «parametro che erode la sola sproporzione eccedente la normale tollerabilità»; invece sulla natura giuridica dell'offerta e sulla sua struttura, *ex multis*, E. Gabrielli, *Sopravvenienza*, cit., 25 s.; Cass. 18 luglio 1989, n. 3347, in *Foro it.*, 1990, I, 564 ss., con nota di F. Macario, *Eccessiva onerosità, riconduzione ad equità e poteri del giudice*.

[26] Per tutte si veda Cass. 26 gennaio 2018, n. 2047, in *OneLegale*, per la quale «la parte che subisce l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione può solo agire in giudizio per la risoluzione del contratto […] ma non ha il diritto di ottenere l'equa rettifica delle condizioni del negozio, la quale può essere invocata soltanto dalla parte convenuta in giudizio con l'azione di risoluzione».

[27] Discute del problema del rischio di insolvibilità T. Mauceri, *Sopravvenienze*, cit., 1107 s., ritenendo che tale rischio possa essere ritenuto secondario nel caso in cui il creditore sia un imprenditore, considerando che nell'attività di impresa è usuale il ricorso al credito.

ISSN 2281-3918/2421-2563

che abbia interesse a ricevere soltanto una parte della prestazione pattuita [28], mentre il debitore, laddove gli si offra di modificare equamente le condizioni, non potrebbe sottrarsi venendo ad essere così soddisfatto il suo interesse al riequilibrio.

È discusso – ma se ne deve riconoscere l'ammissibilità – se in sede di "riequilibrio" *ex* art. 1467 cod. civ. il giudice, tenendo conto dell'equità intesa come equivalenza delle prestazioni [29] in riferimento a quello che era l'equilibrio originario, possa dare "contenuto" ad una proposta di riconduzione ad equità generica [30], ovvero adeguare quella che risulti iniqua alla luce delle valutazioni formulate da controparte [31].

Altrettanto rilevante è la disposizione di cui all'articolo seguente (l'art. 1468 cod. civ.) nella misura in cui prevede che, nei contratti con obbligazioni di una sola parte, quest'ultima possa chiedere la riduzione della sua prestazione ovvero una modifica delle "modalità di esecuzione" [32].

Quando invece la prestazione sia divenuta impossibile, l'art. 1463 cod. civ. dispone che, nei contratti a prestazioni corrispettive, la parte liberata non possa pretendere la controprestazione e sia tenuta, piuttosto, alla restituzione di quanto ricevuto [33]. Tuttavia, se la prestazione è solo parzialmente impossibile, l'art. 1464 cod. civ. introduce un rimedio di tipo manutentivo disciplinando il diritto della parte non influenzata dalla sopravvenienza di ottenere una riduzione della prestazione da essa dovuta, salva sempre la possibilità di recedere laddove manchi un interesse all'adempimento parziale – da accertare in corso di giudizio.

Se l'impossibilità della prestazione fa riferimento a sopravvenienze di ordine qualitativo, il rimedio dell'art. 1467 cod. civ. opera nel contesto di sopravvenienze di ordine quantitativo. Mentre l'impossibilità sopravvenuta – non parziale – demolisce l'impianto sinallagmatico del contratto, l'eccessiva onerosità crea un forte squilibrio e apre la porta a soluzioni opposte [34]: la dissoluzione del rapporto ovvero la sua rettifica.

Tanto in caso di eccessiva onerosità che di impossibilità sopravvenuta parziale, è solo la parte non influenzata negativamente dalla sopravvenienza che può avvalersi di strumenti di tipo manutentivo [35].

Dinanzi alla sopravvenienza che altera il rapporto contrattuale dal punto di vista quantitativo sembrerebbe, dunque, che il codice civile riconosca un certo favore per i rimedi demolitori, offrendo come soluzione privilegiata lo scioglimento del vincolo contrattuale. La parte generale del codice civile sembra invece ignorare, salvo quanto si è detto in merito all'impossibilità sopravvenuta, le c.d. sopravvenienze qualitative e, in generale, quelle che abbiamo definito "atipiche", che non integrino cioè

---

[28] P. Trimarchi, *Sopravvenienze*, cit., 190; M. Barcellona, *Appunti*, cit., 485; T. Mauceri, *Sopravvenienze*, cit., 1108, ove segnala la possibilità che attraverso la maggiorazione del prezzo la prestazione si collochi al di sopra della «curva di indifferenza» del creditore, rappresentando, cioè, un costo superiore rispetto al beneficio che egli ricava dalla prestazione. L'A. segnala anche quali potrebbero essere i costi che sarebbe tenuto a sopportare il debitore in caso di risoluzione; fra questi compaiono: le spese di contrattazione (che però riguardano entrambe le parti); il costo nel ritardo della ricollocazione della prestazione; il costo degli investimenti specificamente destinati alla relazione contrattuale conclusa; il rischio che la prestazione non sia ricollocabile sul mercato.

[29] E. Gabrielli, *Sopravvenienza*, cit., 26.

[30] G. Sicchiero, *La rinegoziazione*, cit., 800.

[31] Questa apertura è cosa ben diversa rispetto all'attribuzione di un diritto alla rinegoziazione generale che faccia perno proprio sul terzo comma dell'art. 1467 cod. civ., ricostruzione diversa di cui si dirà meglio nel § 5.

[32] R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*[4], cit., 1679; P. Gallo, *Sopravvenienza*, cit., passim.

[33] Sulla risoluzione per impossibilità sopravvenuta, *ex multis*, R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*[4], cit., 1669 ss.

[34] M. Zaccheo, *Il controllo*, cit., 56.

[35] E. Gabrielli, *Sopravvenienza*, cit., 12.

ISSN 2281-3918/2421-2563

i presupposti sinora discussi. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle sopravvenienze quantitative che rientrino però nell'alea normale del contratto [36]. In riferimento a tali circostanze l'ordinamento, apparentemente, non sembra offrire rimedi adeguati o, meglio, sembra aver operato un'allocazione del rischio in capo al soggetto che subisce l'evento sopravvenuto senza prevedere alcun mezzo di traslazione o di riequilibrio.

L'esperienza sociale ed economica, a cui sopra si è fatto cenno, ha mostrato però come tale soluzione potrebbe non essere sempre quella più efficiente o, finanche, quella desiderata dalle parti. Si pensi alla vicenda pandemica e a come le chiusure forzate, assolutamente imprevedibili ed eccezionali, abbiano alterato la normale esecuzione dei contratti, spesso senza rendere le prestazioni né tecnicamente impossibili, né tantomeno eccessivamente onerose, ma semplicemente inutilizzabili o inutili.

Al di fuori di questo quadro normativo generale, esistono, poi, una serie di strumenti aggiuntivi o specifici di "manutenzione" del contratto per il tramite di una sua "revisione". Anzitutto, è possibile che le parti abbiano pattuito esse stesse clausole di rinegoziazione, che possono avere un contenuto più o meno definito, indicando criteri e indici di riferimento, oppure possono limitarsi a formulare un impegno generico [37]. In quest'ultimo caso, sorgono questioni analoghe a quelle che ritroveremo a proposito della teoria dell'obbligo legale di rinegoziazione, in quanto vi è il problema di valutare se il giudice possa, ed eventualmente in che misura, intervenire con provvedimenti integrativi laddove non si raggiunga un accordo [38].

Esistono, inoltre, particolari forme di rimedi manutentivi all'interno della disciplina dei singoli contratti che possono condurre alla revisione del regolamento negoziale.

Il rimedio della revisione del contratto, ad esempio, è contemplato all'art. 1664 cod. civ. [39] in ragione del quale, laddove vi siano aumenti o diminuzioni del costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiore al decimo del prezzo convenuto, sia appaltatore che committente possono domandare la revisione del prezzo, revisione che può essere accordata solo per quella parte che ecceda il decimo. Si tratta evidentemente di una sopravvenienza di tipo quantitativo [40], ed emerge, da subito, la differenza rispetto all'art. 1467 cod. civ.: si tratta, in questo caso, di un rimedio di tipo conservativo di ampia portata, che può essere avanzato indifferentemente da appaltatore o committente che siano danneggiati dalla sopravvenienza. Il committente potrà, però, sempre recedere dal contratto, indennizzando l'appaltatore, ai sensi dell'art. 1671 cod. civ., per le spese ed i lavori sostenuti, oltre che per il mancato guadagno [41].

Sempre in materia di appalto, ancora più "forte" è la misura che emerge dall'art. 1660 cod. civ.: se ci

---

[36] F. PIRAINO, *Osservazioni*, cit., 591.

[37] P. TRIMARCHI, *Sopravvenienze*, cit., 189 e 222 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*[2], cit., 944; per una distinzione fra clausole di adeguamento e clausole di rinegoziazione vedi E. GABRIELLI, *Sopravvenienza*, cit., 15 per il quale le prime distribuiscono *ex ante* i possibili rischi fra le parti, mentre con le seconde si «programma la rideterminazione (consensuale, unilaterale o da parte di un terzo del contenuto del contratto al verificarsi di una determinata circostanza»; ma anche, G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 793.

[38] G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 794.

[39] In commento all'articolo si vedano *ex multis* D. RUBINO-G. IUDICA, *Dell'appalto*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma; C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Tratt. dir. civ*., diretto da A. Cicu-F. Messineo. Giuffrè, 1977; F. Belviso, *Art. 1664*, *L'appalto. Artt. 1655-1677-bis*, in *Comm. Schlesinger*, a cura di U. Patroni Griffi-E. Sabatelli, Giuffrè, 2025.

[40] Così, T. MAUCERI, *Sopravvenienze*, cit., 1100, nota 10.

[41] P. TRIMARCHI, *Sopravvenienze*, cit., 191.

ISSN 2281-3918/2421-2563

sono variazioni necessarie al progetto e le parti non si accordano, è il giudice a determinare le variazioni sostanziali da introdurre e le correlative variazioni di prezzo. Si tratta in questo caso di sopravvenienza che può essere tanto di tipo quantitativo, come il caso di insufficienza del materiale, che di tipo qualitativo, potendo essere anche necessario realizzare una prestazione di tipo diverso [42]. Questa circostanza non si applica esclusivamente al caso delle sopravvenienze, ma anche laddove il progetto si rilevi inadeguato in corso d'opera [43]. Se però la variazione supera una certa misura allora l'appaltatore può recedere dal contratto. La logica dei rimedi previsti nel contratto di appalto, come si dirà meglio nel prosieguo, mira a tutelare la posizione dell'appaltatore attraverso l'allocazione dei rischi sul committente che può sempre recedere, tenendo indenne il primo.

Nella disciplina dell'affitto, l'articolo 1623 cod. civ. [44] dispone che se, in conseguenza di una legge o di un provvedimento riguardanti la gestione produttiva, si realizzi una modifica notevole del rapporto contrattuale in modo che vi sia una perdita ed un vantaggio, si può pretendere ed ottenere l'aumento o la diminuzione del fitto. A differenza dell'art. 1467 cod. civ., qui non è richiesto un evento straordinario ed imprevedibile, ma è sufficiente che esso abbia notevolmente modificato il rapporto, determinando una perdita o un vantaggio [45]. Meccanismi di revisione del contratto, specie nella forma della riduzione del prezzo, compaiono in altre fattispecie codicistiche, si pensi agli artt. 1635 e 1636 cod. civ., e, ancora, alle disposizioni sull'adeguamento dell'obbligazione del mandatario, sulla definizione dell'entità della somministrazione, sulle variazioni di rischio nel contratto di assicurazione [46], nonché alle fattispecie disciplinate da leggi speciali, fra cui, ad esempio, quelle in materia di rinegoziazione dei tassi di interesse dei mutui ipotecari e dei canoni di locazione [47].

Da questa disciplina settoriale si ricavano alcune evidenze che torneranno utili nel corso della discussione: in nessuno di questi casi è previsto un obbligo di rinegoziare; soltanto all'articolo 1660 cod. civ. si fa riferimento alla ricerca di un accordo come fase intermedia prima di poter richiedere l'intervento giudiziale. Agli artt. 1623 e 1664 cod. civ. si prevede, piuttosto, che sia possibile domandare direttamente l'aumento o la diminuzione del fitto o la revisione del prezzo. Detto altrimenti, mentre l'art. 1660 cod. civ. sembra dare per presupposta una fase di rinegoziazione fallita, comunque non obbligatoria [48], le altre due disposizioni sembrano aprire ad una revisione, o adeguamento, anche in assenza di un previo confronto con la controparte. In altre parole, la rinegoziazione, a differenza dell'adeguamento, è una manifestazione di libertà che rientra nello spazio dell'autonomia privata e di cui il legislatore sembra disinteressarsi. Ciò di cui si occupa il legislatore sono, piuttosto, gli strumenti di adeguamento negoziale, che rispondono, però, a logiche peculiari connesse al particolare tipo contrattuale prescelto dalle parti.

---

[42] In questo senso, T. MAUCERI, *Sopravvenienze*, cit., 1100, nota 10.

[43] P. TRIMARCHI, *Sopravvenienze*, cit., 191.

[44] Sulla possibile applicazione analogica della disposizione in esame alle locazioni alberghiere durante la pandemia covid vedi, ad esempio, A. GEMMA, *La rinegoziazione nell'emergenza covid-19 è modalità obbligata di attuazione di buona fede nel contratto e l'esecuzione indiretta ex art. 614 bis c.p.p. ne è lo specifico rimedio*, in *Jus Civile*, 3, 2020, 742, al quale si rinvia per le riflessioni in merito al presupposto del nesso eziologico fra perdita dell'affittuario e vantaggio del proprietario.

[45] M. ZACCHEO, *Concessioni e sopravvenienze*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2021, 10.

[46] Per un'analisi delle singole fattispecie si rinvia, *ex multis*, a F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 103 ss.; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 777 ss.

[47] Sempre in punto di revisione e rinegoziazione si veda la disciplina introdotta dal Codice del turismo agli artt. 40 e 41.

[48] G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 778, per cui «Si tratta peraltro di ipotesi in cui il discutere le nuove regole dell'accordo è mera eventualità, che non risulta necessaria per consentire l'intervento del giudice».

ISSN 2281-3918/2421-2563

Se questa è la struttura della disciplina codicistica in materia di sopravvenienze [49], in dottrina, come si è anticipato, se ne è prospettato l'allargamento attraverso l'estensione delle sfere di tutela e la configurazione di rimedi aggiuntivi. Al fianco della teoria dell'obbligo legale di rinegoziazione [50], di cui si dirà nel prosieguo, occorre fare menzione della c.d. presupposizione, anch'essa figura di origine giurisprudenziale e dottrinale, che, però, anche quando se ne voglia riconoscere l'ammissibilità, determina – nel caso in cui venga meno l'elemento dedotto nella presupposizione – lo scioglimento del contratto e non la sua modificazione e, quindi, si muove sempre in una logica ablatoria [51] (e per questa ragione non ne tratteremo). Secondo un certo orientamento, l'evento dedotto a presupposto si contraddistingue, poi, per essere nell'intendimento comune delle parti e per incidere sulla dinamica del rapporto. Detto altrimenti, l'equilibrio verrebbe alterato non tanto rispetto a come l'operazione economica di norma viene eseguita, ma rispetto ad un elemento peculiare che le parti hanno posto a presupposto dell'esecuzione del regolamento negoziale [52].

4. Note minime sull'estensione analogica della disciplina in materia d'appalto ad altri contratti di durata o ad esecuzione differita

Allo scopo di ampliare i confini ristretti offerti dalla disciplina generale, e riconoscere maggiore spazio ai rimedi manutentivi, una prima via – in relazione al minore grado di apertura per via interpretativa del sistema codicistico delle sopravvenienze – che è stata seguita da una certa dottrina è quella di proporre l'estensione dell'ambito applicativo della disciplina in materia di appalto e, segnatamente, dell'art. 1664 cod. civ., anche ad altri tipi contrattuali (il discorso potrebbe valere, in linea di principio, anche per gli altri contratti tipici che prevedano una disciplina particolare in merito alle sopravvenienze, ma tale strada non ha condotto a risultati convincenti). Ci si è chiesti, in altre parole, se la disciplina speciale in materia d'appalto, sopra introdotta, sia suscettibile di un'applicazione generale, anche per il tramite di un'estensione analogica.

Anzitutto, si nota come la disciplina legislativa sopra esposta, relativa al contratto di appalto, sia stata introdotta in netta controtendenza rispetto al paradigma normativo previgente che, all'art. 1640 del codice del 1865, elevava a principio generale l'invariabilità del prezzo. Anche laddove ci fosse stato un aumento dei prezzi delle materie prime e della manodopera, era impedito alle parti ottenere una revisione del contratto.

Nel valutare il potenziale della disciplina e la sua possibile estensione oltre il campo entro cui essa è stata definita, occorre riflettere sulla ragione alla base della scelta legislativa di restringere la possibilità per il debitore di chiedere la revisione solo con riferimento a specifici contratti e, in particolare, nel contratto d'appalto [53].

---

[49] Per P. TRIMARCHI, *Sopravvenienze*, cit., 195, questa disciplina istituirebbe un sistema non poi così dissimile da quello francese e tedesco sopra discussi.

[50] Sul significato ed il perimetro del concetto di "rinegoziazione" vedi G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 775 ss.

[51] Sulla presupposizione, *ex multis*, B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, in *AcP*, 78, 1892, 161 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*[2], cit., 964 ss.; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Giuffrè, 1997; M. BESSONE-A. D'ANGELO, *Presupposizione*, in *Enc. dir*., XXXV, Giuffrè, 1985, 346; A. BELFIORE, *La presupposizione*[2], in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, IX, 4, Giappichelli, 2000.

[52] Per un inquadramento delle sopravvenienze dovute alla pandemia Covid-19 nel solco della teoria della presupposizione vedi P. TRIMARCHI, *Sopravvenienze*, cit., 243 ss.

[53] T. MAUCERI, *Sopravvenienze*, cit., 1107 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Invero, la posizione dominante è quella di chi contrasta la possibile estensione analogica della disciplina dell'art. 1664 cod. civ., ritenendo che si tratti di una disposizione speciale e di carattere eccezionale [54]. In senso contrario, vi è chi – teorizzando quella che viene proposta come "terza via rimediale", come alternativa, cioè, alla teoria dell'obbligo di rinegoziazione, da un lato, ed alla rigida applicazione letterale della disciplina generale, dall'altro – attribuisce al primo comma dell'art. 1664 cod. civ. [55] la portata di rimedio generale di natura manutentiva, alternativo alla risoluzione di cui all'art. 1467 cod. civ. per le sopravvenienze quantitative, nella forma della revisione del prezzo per tutti i contratti simili all'appalto per affinità di rischio, ricomprendendovi non solo l'appalto di lavoro, ma anche quello di servizi [56]. Altri autori propongono un'ulteriore estensione della portata della disposizione in discussione, ipotizzandone la possibile applicazione, come rimedio di ordine speciale, a tutti i contratti c.d. di scambio integrativo, quando cioè «un concreto contratto, […] presenti, dal punto di vista delle sopravvenienze, il tipo di problema proprio degli scambi integrativi» [57], quando vi sia, in altre parole, un reciproco condizionamento dei programmi economici.

Queste posizioni hanno l'indiscusso merito di ragionare sulle esigenze che soggiacciono alla disciplina speciale e di tentare un aggiornamento del sistema generale in chiave manutentiva, rimanendo, però, agganciati a strette basi normative.

Eppure, la *ratio* della disciplina del contratto d'appalto sembra essere diversa. La logica che giustifica la previsione dell'art. 1664 cod. civ., infatti, è che nell'appalto la prestazione ha carattere individuale e fiduciario ed è, pertanto, difficilmente ricollocabile sul mercato in quanto modellata sulle specifiche esigenze del committente. A questa fondamentale caratteristica del contratto si aggiunge il rischio – che la disciplina speciale mira a scongiurare – di lasciare un'opera incompleta a scapito della complessiva efficienza sociale; rischio che, tuttavia, vale essenzialmente per l'appalto d'opera.

Queste ragioni stanno alla base della peculiare disciplina sopra discussa e di altri istituti eccezionali quali, ad esempio, la possibilità per il committente di recedere in qualsiasi momento, tenendo indenne l'appaltatore (art. 1671 cod. civ.), nonché, le altre disposizioni intrusive della volontà del committente sull'attività dell'appaltatore [58]. È stato evidenziato, inoltre, che ampliare la portata dell'art. 1467 cod.

---

[54] Ne discute ampiamente T. MAUCERI, *Sopravvenienze*, cit., 1107 ss.

[55] Sul diverso ambito applicativo del primo e del secondo comma del 1664 cod. civ. vedi E. TUCCARI, *Sopravvenienze*, cit., 156 ss.

[56] E. TUCCARI, *Sopravvenienze*, cit., 163 ss.

[57] M. BARCELLONA, *Appunti*, cit., 491.

[58] Dal punto di vista "storico", occorre segnalare come la ragione giustificatrice di questa disposizione sia diversamente orientata, al punto che se si prende alla lettera il contenuto della Relazione si potrebbe bene estendere, per analogia di *ratio*, la disciplina dell'appalto anche ad altre fattispecie profondamente diverse nella loro struttura. Nella *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi) presentata all'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del «Codice Civile»*, nell'ambito dell'esame del Libro IV al § 702 si legge: «Un'altra importante innovazione, rispondente alle moderne esigenze del contratto di appalto, è quella apportata dall'art. 1664, primo comma, che fa una decisa applicazione dell'art. 1467 relativo all'eccessiva onerosità della prestazione, accogliendo il principio della revisione dei prezzi dell'appalto, quando, per effetto di circostanze sopravvenute, che le parti non potevano prevedere, si sia verificato un sensibile squilibrio nelle rispettive posizioni contrattuali. Il principio della rivedibilità del prezzo, già praticato nella prassi degli appalti pubblici, si giustifica non solo con evidenti ragioni di giustizia concreta e col principio di solidarietà che deve prevalere sull'esclusiva considerazione degli interessi singoli (n. 558), ma anche col fatto che il valore dell'opera compiuta, entrata nel patrimonio del committente, è normalmente in funzione del valore dei materiali e della mano d'opera; di guisa che è giusto, in caso di notevoli variazioni di questi elementi che superino l'alea normale del contratto, variare pure il prezzo dell'opera, lasciandosi in ogni caso immutato il margine di guadagno che l'appaltatore si riprometteva al momento della conclusione del contratto. La revisione del prezzo è dunque ammessa, a favore di entrambi le parti, quando l'aumento o la diminuzione del costo dei materiali e della mano

ISSN 2281-3918/2421-2563

civ., in un'ottica di lettura combinata con l'art. 1664 cod. civ., potrebbe determinare una distorsione dei normali meccanismi della concorrenza, ponendo coattivamente il creditore in una posizione iniqua e chiamandolo a sopportare costi che egli non avrebbe accettato di farsi carico, senza la giustificazione sostanziale legata alle difficoltà oggettive di ricollocare la prestazione sul mercato, difficoltà che il debitore incontra nel contratto di appalto [59].

In estrema sintesi, è il condizionamento unilaterale, e non reciproco, del programma economico concordato che giustifica l'adeguamento come strumento di reazione – e, perciò, di tutela – a tale squilibrio di poteri che contraddistinguono il tipo negoziale. Ed è in questa caratteristica che va forse ricercato il fondamento dei meccanismi di adeguamento giudiziale del contratto, ma su questo punto si tornerà più avanti.

Ritrovata la logica della disciplina speciale dell'appalto nella particolare natura del rapporto e della prestazione, non si vede perché non si debba estendere la portata della disciplina della revisione anche al contratto d'opera, che, pur presentando fondamentali differenze rispetto all'appalto, specialmente legate al c.d. rischio d'impresa, ne condivide questa particolare natura, ossia quella di modellare la prestazione sulla base delle richieste formulate dal creditore. Diversamente, come è stato pure da taluni rilevato, si creerebbe un'ingiusta disparità di trattamento fra la posizione dell'appaltatore e quella del prestatore d'opera professionale [60]. In senso simile, si muove anche chi riflette sulla possibilità di estendere la disciplina sulle sopravvenienze nell'appalto a tutti i "contratti di produzione" [61], nonché in virtù dei richiami di cui agli articoli 1570 e 1677 cod. civ., anche ai contratti misti somministrazione-appalto [62].

5. Il fondamento dell'obbligo di rinegoziazione

Come si è anticipato, una certa dottrina ritiene che si possa allargare la sfera dei rimedi sin qui discussi, concependo uno spazio di tutela anche per quelle che vengono definite come sopravvenienze atipiche. Se si riscontra un certo consenso – nei limiti di cui si dirà meglio oltre – sulla possibilità di rintracciare un generale obbligo di rinegoziazione, le posizioni dottrinali si confrontano sulla ricerca del suo fondamento e di eventuali strumenti di reazione all'obbligo che risulti disatteso. Si sostiene, a tal proposito, che la disciplina del contratto in generale sia insufficiente, in quanto pensata tipicamente sul modello del contratto di vendita [63]. Nei contratti di durata le parti avrebbero, infatti, un maggiore interesse alla stabilità del vincolo ed alla realizzazione del risultato perseguito [64]. Per di più, l'esposizione

---

d'opera superi quel limitate dell'alea normale che qui la legge indica a priori nel decimo del prezzo complessivo convenuto; ed è ammessa solo per quella parte della differenza che eccede tale decimo».

[59] C. TRAPUZZINO, *L'appalto privato*[2], Giuffrè, 2025, 525 ss.; T. MAUCERI, *Sopravvenienze*, cit., 1113 ss. In verità, Mauceri (a pp. 1120 ss.) ritiene che sia possibile rintracciare un rimedio al rifiuto ingiustificato alla revisione delle condizioni contrattuali sulla base di due presupposti: quando il debitore ha un forte interesse a mantenere in vita il contratto; ed il creditore non subisce alcun apprezzabile sacrificio dalla revisione e non ha interesse a rifiutarla. In questi casi sarebbe possibile rintracciare una violazione dell'articolo 1375 cod. civ.

[60] T. MAUCERI, *Sopravvenienze*, cit., 1120 ss.

[61] P. TRIMARCHI, *Sopravvenienze*, cit., 246.

[62] In questo senso, T. MAUCERI, *Sopravvenienze*, cit., 1117, il quale si interroga sulla portata della disciplina anche in riferimento ai contratti atipici, per il cui approfondimento si rinvia a quanto prospettato dall'A.

[63] F. MACARIO, *Regole*, cit., 862 s.

[64] F. MACARIO, *Contratti di durata*, *I tematici*, *Il contratto*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 2021, 122.

ISSN 2281-3918/2421-2563

nel tempo, renderebbe i contratti di durata ontologicamente incompleti; e per tale ragione l'ordinamento deve apprestare mezzi per sopperire a tale incompletezza [65].

L'argomentazione più ricorrente è stata quella di poggiare l'obbligo di rinegoziazione sulla clausola generale di buona fede. Trattandosi di un obbligo non contrattualmente previsto, esso avrebbe natura di obbligo legale che si inserisce *ex lege* nel regolamento contrattuale per il tramite del meccanismo dell'integrazione, nella forma della c.d. buona fede integrativa [66]. L'adeguamento sarebbe, così, una forma di attuazione dell'integrazione contrattuale [67].

In questo senso, vi è chi ritiene che il fondamento di tale obbligo, almeno per le c.d. sopravvenienze tipiche, sia da ricercare nella lettura del terzo comma dell'art. 1467 cod. civ., lettura orientata dalla buona fede in senso oggettivo, di cui all'art. 1375 cod. civ. [68]. Proprio dall'art. 1467 cod. civ. sorgerebbe un obbligo legale di rinegoziazione, funzionale a garantire l'efficacia del rimedio offerto dal terzo comma quale effetto legale del contratto a lungo termine [69]. Si dice, a tal proposito, che sarebbe inutile prevedere un diritto potestativo alla riconduzione ad equità se non si riconoscesse, al contempo, un obbligo che ne faccia da contraltare, strumentale, cioè, a rendere efficace il *favor legis* espresso dal legislatore verso la conservazione del rapporto; si aprirebbe, dunque, una vera e propria fase negoziale [70]. Di qui, poi, si giunge ad ipotizzare l'esistenza di un obbligo reciproco «indipendentemente dalla ricorrenza di tutti i requisiti per la risoluzione *ex* art. 1467, ossia quante volte la situazione di fatto sia tale da non permettere l'adempimento delle obbligazioni assunte, senza un sostanziale sacrificio economico per il debitore» [71], estendendo la teoria dell'obbligo di rinegoziazione anche alle c.d. sopravvenienze atipiche.

In alternativa, allo scopo di superare la contestazione in merito alla portata letterale dell'art. 1467 cod. civ., che sarebbe apparentemente d'ostacolo alla ricostruzione suddetta, si è poi sostenuto che la limitazione di legittimazione dell'art. 1467 cod. civ. – alla sola parte avvantaggiata – riguardi le sole sopravvenienze quantitative, in riferimento alle quali il codice contempla la risoluzione e prevede, al contempo, uno strumento per scongiurarla [72]. Ciò non esclude che si possa pretendere la rinegoziazione secondo buona fede anche in riferimento a tali sopravvenienze, quando non vi sia interesse alla risoluzione, potendosi, per di più, al di fuori di tale perimetro (e quindi per le sopravvenienze atipiche), sempre rinegoziare per le ipotesi di impatto di tipo qualitativo [73] e, finanche, secondo taluni autori per le sopravvenienze quantitative che non integrino i requisiti dell'art. 1467 cod. civ. [74]. In altre parole, sarebbe proprio

---

[65] F. MACARIO, *Rischio*, cit., 87.

[66] V. ROPPO, *Il contratto*[2], cit., 972; Sul tema in generale, *ex multis*, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1969; G. ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, 723. Per una critica all'uso dell'art. 1375 cod. civ. come base di appoggio per la configurazione dell'obbligo di rinegoziazione vedi, *ex multis*, M. BARCELLONA, *Appunti*, cit.; P. TRIMARCHI, *Sopravvenienze*, cit., passim.

[67] F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 148.

[68] F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 298.

[69] F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 296 e 312 ss.; P.G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, CEDAM, 2006; V.M. CESARO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, E.S.I., 2000.

[70] F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 296.

[71] F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 312.

[72] M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffrè, rist. 1975, 197.

[73] Per una critica all'utilizzo di buona fede ed equità nei termini suddetti vedi *ex multis*, M. BARCELLONA, *Appunti*, cit., 478 ss.; E. TUCCARI, *Sopravvenienze*, cit., *passim*.

[74] F. MACARIO, *Regole*, cit., 850; M. ZACCHEO, *Il controllo*, cit., 57, in un'ottica di riforma della disciplina esistente propone,

ISSN 2281-3918/2421-2563

il dato letterale dell'art. 1467 cod. civ. ad aprire la strada alla rinegoziazione piuttosto che ostacolarla [75]. In aggiunta, si è anche detto che, ai sensi dell'art. 1366 cod. civ., si deve ritenere che sia intenzione delle parti rivedere e adeguare il regolamento contrattuale in occasione del mutamento dei presupposti che ne stanno alla base [76].

Alla teoria che ritrova il fondamento della rinegoziazione nella clausola della buona fede, si è obiettato che, non essendo quest'ultima fonte di integrazione del contratto *ex* art. 1374 cod. civ., si starebbe realizzando, essenzialmente, un intervento additivo, e non interpretativo [77]. Si è eccepito, inoltre, che sarebbe irragionevole riconoscere per il tramite della buona fede un potere di natura bilaterale, quando l'art. 1467 cod. civ. disciplina il potere unilaterale di contrastare la domanda di risoluzione; e che, pertanto, laddove si voglia aprire la strada alla rinegoziazione si debba necessariamente "disapplicare" la disposizione di cui all'art. 1467 cod. civ. [78]. E ancora, si è sostenuto che il rimedio della riconduzione ad equità, previsto dall'art. 1467 cod. civ., non serve ad aprire una rinegoziazione, ma a realizzare l'effetto di impedire la risoluzione, nella misura in cui esso si atteggia a diritto potestativo che consente di scongiurare la risoluzione nell'ambito di una vicenda di natura processuale, trasformando la posizione giuridica di soggezione in obbligo [79].

Tuttavia, nell'opinione di chi fonda l'obbligo di rinegoziazione sulla buona fede, pretendere l'esecuzione del contratto nel modo in cui è stato pattuito *ab origine*, una volta che ne siano mutati i presupposti e le condizioni, significherebbe violare il vincolo di cooperazione che sorge dalla clausola di buona fede [80]. L'obbligo di rinegoziazione non avvilirebbe l'autonomia privata «poiché, al contrario e proprio nel segno della valorizzazione di quest'ultima, ha la funzione di agevolare il compimento del risultato contrattuale, allineando il regolamento d'interessi alle mutate circostanze» [81]. Sempre su questa linea si colloca chi, in termini più ampi, ne rintraccia il fondamento direttamente sul generale dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., in un'ottica di protezione della parte svantaggiata dalla sopravvenienza [82].

Vi è, invece, chi ritiene che l'obbligo sorga come conseguenza dell'integrazione equitativa del contratto ai sensi dell'art. 1374 cod. civ. facendo sorgere un rimedio equitativo ulteriore rispetto a quelli

---

ad esempio, l'inserimento di un generale rimedio riparatorio anche in presenza di eventi che rientrano nell'alea normale e di «attribuire al giudice (o ad un organo appositamente istituito) il potere di rivedere immediatamente il contenuto del contratto, magari affidando al medesimo anche una funzione di controllo successivo sull'esecuzione del rapporto *post* sentenza».

[75] R. Sacco-G. De Nova, *I rimedi per le sopravvenienze*[3], *Obbligazioni e contratti*, II, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, Giappichelli, 2008, 679.

[76] F. Macario, *Regole*, cit., 852 s.; Id., *Adeguamento*, cit., 313.

[77] A. Cinque, *Sopravvenienze*, cit., 1709 ss.

[78] M. Barcellona, *Appunti*, cit., 481; E. Tuccari, *Sopravvenienze*, cit., 82 ss.

[79] F. Piraino, *Osservazioni*, cit., 597.

[80] F. Macario, *Adeguamento*, cit., 324 ss.

[81] F. Macario, *Regole*, cit., 851.

[82] In epoca emergenziale nella giurisprudenza di merito vi è stata una certa apertura verso la teoria dell'obbligo a contrarre come conseguenza della buona fede nell'ambito delle locazioni immobiliari ad uso non abitativo. Fa propria questa prospettiva l'ordinanza del Trib. Roma 27 agosto 2020 – in *Giur. it.*, 2020, 2433 ss., con nota di G. Sicchiero, *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 cod. civ.?*, nonché di P. Gallo, *Emergenza Covid e revisione del contratto* – la quale aveva concluso che, in ottemperanza ai doveri di contrattazione derivanti dai principi di buona fede e solidarietà, era possibile fare ricorso alla buona fede integrativa per riportare in equilibrio il contratto nei limiti della linea negoziale normale, disponendo la riduzione del canone di locazione. In verità, già vi erano state in passato aperture nel senso della doverosità della rinegoziazione: si vedano, *ex multis*, le ordinanze del Trib. Di Bari del 14 giugno 2011 e del 31 luglio 2012, rispettivamente in *i Contratti*, 2012, 571 ss. e in *NGCC*, 2013, 2, 117 ss. Occorre menzionare poi la storica apertura di Cass. 20 aprile 1994, n. 3775 ove si è ammesso l'adeguamento del prezzo delle bottiglie alla svalutazione monetaria proprio in applicazione della buona fede.

ISSN 2281-3918/2421-2563

tipizzati [83]. A questa posizione si è obiettato, invece, come tale disciplina operi solo in mancanza di una disciplina legale, che in questo caso sarebbe invece prevista proprio dall'art. 1467 cod. civ. [84].

In entrambe le soluzioni, sulla base di questi meccanismi integrativi, si arriva a ritenere che anche la parte debole possa richiedere la revisione del contratto, estendendo sostanzialmente la legittimazione dell'art. 1467 cod. civ. [85], per il tramite dell'introduzione nel regolamento negoziale di una clausola implicita, da cui sorge l'obbligo di rinegoziazione al mutamento delle circostanze contrattuali, o riconoscendo alla disciplina legale un ulteriore effetto derivante dall'estensione della sua portata grazie ai modelli integrativi [86].

A sostegno della teoria dell'obbligo legale di rinegoziazione vi è chi, in tempi recenti, ha attribuito particolare rilevanza a quanto introdotto dalla riforma del Codice della crisi d'impresa – d.lgs. 14/2019, così come modificato dal d.l. n. 118/2021, convertito in legge 147/2021, e successive modificazioni [87], in particolare, dall'art. 17, comma 5 – ove è stata introdotta la figura della composizione negoziata della crisi. Si tratta di una forma di rinegoziazione funzionale al recupero aziendale – in un primo momento relativa al particolare contesto delle conseguenze determinate dalla pandemia covid, poi generalizzata – che prevede l'intermezzo di un soggetto esperto indipendente, allo scopo di agevolare le trattative tra imprenditore e creditori nei contratti di durata o ad esecuzione differita, laddove la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa o se ne sia alterato l'equilibrio in ragione di circostanze sopravvenute, circostanze da cui sorgerebbe l'obbligo di collaborazione [88].

Tuttavia, non si ritiene che tale disciplina settoriale possa essere utilizzata come elemento a sostegno dell'esistenza di un obbligo generalizzato di rinegoziazione, in quando la logica dell'istituto è circoscritta ad evitare l'insolvenza; per di più, a ridefinire il possibile assetto d'interessi, è l'esperto, mentre il giudice rimane sostanzialmente estraneo alla vicenda nel merito [89]. Inoltre, la possibile rideterminazione equa delle condizioni del contratto, anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo, può essere ottenuta solo per il periodo strettamente necessario a garantire la continuità aziendale [90].

---

[83] R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*[4], cit., 1708 s., per cui «nulla ci obbliga a ritenere che l'art. 1374 non possa generare rimedi equitativi ulteriori, rispetto alla risoluzione e alla riduzione. Non solo l'onerosità della prestazione in sé considerata, ma anche la sopravvenienza di esigenze nuove e di criteri di opportunità possono rendere pessimo un contratto ieri ottimo. […] L'equità esige che nei contratti a durata particolarmente lunga, […] si sottintenda una clausola di rinegoziazione […] La risoluzione uccide il rapporto contrattuale. La rinegoziazione dovrebbe servire a curarlo»; in favore dell'integrazione equitativa anche G. Sicchiero, *Recenti interventi e proposte in tema di rinegoziazione*, in *Giur. it*., 1, 2023, 210 ss.

[84] P. Trimarchi, *Sopravvenienze*, cit., 197.

[85] P. Gallo, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dig. disc. priv*., VII, Utet, 1991.

[86] M. Barcellona, *Appunti*, cit., 477.

[87] D.lgs. del 17/06/2022, n. 83.

[88] Per E. Gabrielli, *Sopravvenienza*, cit., 31, l'introduzione di questa disciplina sarebbe emblematica del fatto che non esiste nell'ordinamento un generico obbligo di rinegoziare, tanto perché diversamente questa fattispecie non avrebbe necessità di esistere quanto per il riferimento della disciplina all'"invito" alla trattativa piuttosto che dell'obbligo; sulla disciplina, *ex multis*, anche S.P. Perrino, *La rinegoziazione "coercibile" nel nuovo codice dei contratti pubblici: alla ricerca di una base legale, tra riforme fallite e riforme riuscite*, in *Contr. e impr*., 1, 2024, 184.

[89] E. Gabrielli, *Sopravvenienza*, cit., 32.

[90] In particolare, l'art. 10, comma 2, del d.l. n. 118/2021, dispone che: «L'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2. In mancanza di accordo, su domanda dell'imprenditore, il tribunale, acquisito il parere dell'esperto e tenuto conto delle ragioni dell'altro contraente, può rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale. Se accoglie la domanda il tribunale assicura l'equilibrio tra le prestazioni anche stabilendo la corresponsione

ISSN 2281-3918/2421-2563

Sempre nell'ottica di rintracciare una base normativa, nel periodo della pandemia, si è a lungo discusso della portata dell'art. 91, comma 1, del d.l. n. 18 del 17 marzo 2020 (decreto "Cura Italia") [91], sul quale non ci si soffermerà, trattandosi di disposizione di sicura applicazione eccezionale [92], che, in riferimento ai fatti legati alla pandemia, prevedeva una sorta di causa di esenzione da responsabilità nella misura in cui ci fosse stata una diretta connessione con il rispetto delle misure di contenimento [93].

Diversa ancora è la posizione di chi intende la rinegoziazione come «modalità di corretta esecuzione del rapporto» nel solco della buona fede [94]. Detto altrimenti, la prestazione concordata, verrebbe ridefinita dalla buona fede che integrerebbe il contratto, non ampliando la sfera degli obblighi, ma ridefinendo in concreto il contenuto della prestazione. Ciò significa, però, che debba esistere un piano ideale del rapporto sinallagmatico che concretamente possa essere implementato, in applicazione della correttezza e buona fede. Tuttavia, spostare la rinegoziazione dal momento genetico dell'obbligazione – ampliando il fascio di obblighi contrattuali – alla fase dell'adempimento (come modalità dell'adempimento) significa incidere non sull'*an* dell'obbligo, ma sul *quomodo* dell'esecuzione, aprendo la strada anche alla possibilità di dare concreta esecuzione all'obbligazione concretamente non rinegoziata quando le parti non abbiano raggiunto un accordo, e quando per giunta manchino precisi meccanismi e criteri legali di adeguamento.

5.1. Quale mezzo di reazione all'obbligo disatteso?

Fra chi aderisce alla teoria dell'obbligo di rinegoziazione, sorgono una varietà di posizioni in merito alla modalità di tutela, allorquando l'obbligo risulti disatteso.

---

di un indennizzo. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle prestazioni oggetto di contratti di lavoro dipendente».

[91] Così come successivamente convertito in legge n. 27 del 24 aprile 2020, che ha integrato l'art. 6 bis del d.l. n. 6 del 23 febbraio 2020 in questi termini: «Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti.»; per una sintetica ricostruzione dell'evoluzione normativa pandemica ed immediatamente successiva vedi E. TUCCARI, *Sopravvenienze, buona fede ed equità:* handle with care, in *i Contratti*, 2, 2025, *passim*.; sulla portata dell'art. 91 e i rimedi nei contratti di locazione vedi la recente Cass. 16 giugno 2025, n. 16113, in *Giur. it*., 12, 2025, 2495 ss. con nota di E. COLLETTI, *Gli echi lontani del Covid –19*, nonché in *Foro it*., 12, 2025, 3208 ss. con nota di V. D'ALESSANDRO, *Emergenza sanitaria e diritto potestativo alla riduzione del canone*.

[92] Ne evidenzia la portata eccezionale A. GEMMA, *La rinegoziazione*, cit., 743.

[93] Si segnala anche l'art. 4-bis del d.l. "Sostegni-bis" n. 73/2021, convertito in l. 106/2021, che modificando l'art. 6-novies del d.l. n. 41/2021 ha previsto una forma di ricontrattazione delle locazioni commerciali in relazione al periodo emergenziale; con particolare riferimento alla pandemia, *ex multis*, N. ZORZI GALGANO, *Impatto del Covid-19 sul sistema del codice: impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità?*, in *Contratto e impresa Europa*, 2021, 53 ss.; A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, in *Contratti*, 2020, 213 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali*, in *Danno resp.*, 2020, 704 ss.; F. MACARIO, *Covid-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, in *NGCC*, 3, 2020, 80 ss.; E. TUCCARI, *Sopravvenienze*, cit., 467 ss.; O. CAGNASSO, *Sopravvenienze da svilimento della controprestazione alla luce della crisi da pandemia*, in *orizzontideldirittocommerciale.it*, 2022; A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 2020; M. FRANZONI, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, in *Riv. trim dir. e proc. civ*., 1, 2021, 1 ss.; A. GEMMA, *La rinegoziazione*, cit., passim; G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *NGCC*, 2020, 60.

[94] A. GEMMA, *La rinegoziazione*, cit., 724 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Anzitutto, si riconosce la possibilità di procedere alla sospensione dell'esecuzione della prestazione e di sollevare l'eccezione di inadempimento *ex* art 1460 cod. civ. [95].

Un diverso orientamento propone il ricorso alla misura coercitiva indiretta di cui all'art. 614 bis cod. proc. civ. [96] come strumento per condurre il soggetto avvantaggiato ad una rinegoziazione efficace; tuttavia, ci si chiede se l'obbligo, che la dottrina in discussione fa sorgere come conseguenza dell'adempimento dell'obbligazione secondo buona fede, possa essere realmente suscettibile di coercizione indiretta.

Altra posizione è quella di chi propone il ricorso all'art. 2932 cod. civ. [97], attribuendo all'obbligo di rinegoziazione la natura di obbligo legale a rivedere le condizioni negoziali. Chi sostiene l'applicabilità del rimedio [98] afferma che, essendo l'obbligo di natura legale, la discrezionalità propria dell'autonomia privata si sarebbe esaurita con la conclusione dell'accordo originario. Per di più, distanziandosi, così, dalla funzione tipica del rimedio, quella dell'esecuzione in forma specifica di un obbligo di contrarre, tale obbligo legale non farebbe sorgere un nuovo contratto, collocandosi piuttosto nella fase di esecuzione del contratto originariamente pattuito.

Questa posizione è stata avallata anche dalla tanto discussa relazione dell'Ufficio del massimario della Cassazione [99], ove è stata riconosciuta l'esistenza del dovere di rinegoziazione e, pur tenendo distinta, in linea di principio, la rinegoziazione dall'adeguamento, si è aperto un varco all'applicabilità dell'art. 2932 cod. civ. Tuttavia, la giurisprudenza non ha fatto propria, se non in misura circoscritta [100], la prospettiva presentata dall'ufficio del massimario.

Inoltre, diverse sono state le critiche all'utilizzo della disposizione citata. Si è, anzitutto, sostenuta l'inadeguatezza del rimedio ad essere applicato a fenomeni complessi ove sia difficile ridefinire l'assetto delle prestazioni [101]. Non si potrebbe, poi, per il tramite dell'art. 2932 cod. civ. dare contenuto a ciò che la fase di rinegoziazione avrebbe potuto generare, sulla base del solo obbligo legale. Sempre che se ne riconosca l'esistenza, il mancato adempimento dell'obbligo di rinegoziazione, tutt'al più, potrebbe far sorgere profili di responsabilità e dar luogo ad un'obbligazione risarcitoria, laddove ne vengano accertati

---

[95] F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 322 e 395.

[96] Così S. MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, in *Commentario Scaloja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Zanichelli Editore, 2020, 867; C. CONSOLO, *Obblighi a contrarre (ed anche solo a rinegoziare): gli art. 2932, 2908 e 2909 cod. civ. e l'alternativa dell'art. 614-bis cod. prov. civ. (ante e post riforma del 2015)*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di G. Grisi, Jovene, 2019, 79 s.; F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *i Contratti*, 2012, 582 s.; si veda sul punto anche l'ordinanza del Trib. Bari, 14 giugno 2011, in *Contratti*, 2012, 571 ss.; con riguardo a strutture alberghiere e pandemia, A. GEMMA, *La rinegoziazione*, cit., 724 ss.

[97] In dottrina sembra favorevole a questa soluzione: V. ROPPO, *Il contratto*[2], cit., 973, il quale pur definendo questa strada audace ritiene che il risultato non sia poi così eversivo in quanto finisce per allargare la legittimazione di un rimedio già previsto nella forma di riduzione ad equità del contratto squilibrato in favore però della sola parte avvantaggiata dalla sopravvenienza; F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 424 ss.

[98] F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 426 ss., il quale segnala, però, come «la sentenza ex art. 2932 potrà essere richiesta, e quindi emessa, soltanto in caso di inadempimento della parte che, con il suo comportamento, abbia impedito la conclusione dell'accordo modificativo ed in presenza degli elementi che, concretamente, consentano al giudice di stabilire il contenuto delle obbligazioni che sarebbero scaturite dal corretto svolgimento della trattative».

[99] Relazione tematica n. 56 dell'8 giugno 2020, *Novità*, cit.

[100] *Ex multis*, Trib. Roma, 9 settembre 2020, in *i Contratti*, 2021, 19 ss. con nota di R. GIRELLI.

[101] E. GABRIELLI, *Sopravvenienza*, cit., 21; A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *giustiziacivile.com*; E. TUCCARI, *Sopravvenienze,* cit., 359, discute – con evidenti toni di critica – di "obbligo super-positivo" che si pretenderebbe di creare e di portare ad esecuzione per il tramite dell'applicazione di buona fede ed equità.

ISSN 2281-3918/2421-2563

i presupposti. Diversamente, come è stato autorevolmente osservato, il vincolo a trattare le modifiche contrattuali si trasformerebbe in un obbligo a contrarre l'accordo per come lo si sarebbe modificato [102].

A ciò si aggiunge l'obiezione, che è stata mossa da una certa dottrina [103], per cui l'obbligo di rinegoziare avrebbe la natura di obbligazione di mezzi e non di risultato, potendo far sorgere, per ciò tanto, il diritto ad ottenere il risarcimento dei danni [104], senza possibilità per il giudice di sostituirsi alle parti. Questa obiezione, tuttavia, non tiene conto del fatto che, a prescindere dell'evoluzione del dibattito su tale tradizionale classificazione dogmatica, il perseguimento di un risultato, pure incerto, è ontologicamente connesso alla struttura dell'obbligazione, mentre nella rinegoziazione, come è stato evidenziato, si rimarrebbe «nella dimensione della mera regola di contegno che si pone troppo a distanza dalla realizzazione dell'interesse finale» [105]. Ciò non fa altro che rafforzare la difficile configurabilità in astratto dell'obbligo di rinegoziazione.

Occorre, evidenziare, da ultimo, che anche la configurabilità della pretesa risarcitoria come conseguenza dell'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione solleva importanti problemi, specie in punto di quantificazione dell'obbligazione risarcitoria, se in termini di interesse positivo o negativo, evidentemente anche in connessione alla qualificazione che se ne faccia dell'obbligo e della consequenziale natura della responsabilità [106].

5.2. Le "altre" critiche all'obbligo legale di rinegoziazione

Oggi un fronte visibile di autori contesta l'esistenza di un generale obbligo di rinegoziazione a prescindere dall'eventuale configurabilità di un rimedio che consenta al giudice di procedere all'adeguamento [107].

Le critiche sono diverse – alcune delle quali si è già avuto modo di esporre – e si collocano su piani altrettanto vari; si evidenzieranno, pertanto, i soli filoni di critica principali ed ulteriori rispetto alla diffusa percezione circa l'inadeguatezza di buona fede ed equità a svolgere il ruolo che si intende loro attribuire [108].

---

[102] Vi è ampia contestazione del rimedio in discussione, senza pretese di esaustività, per le critiche si vedano *ex multis*, S. MAZZAMUTO, *Esecuzione*, cit., 867; E. DEL PRATO, *Rinegoziazione del contratto e buona fede*, in *Contr. impr.*, 2024, 4, 1150 ss.; S.P. PERRINO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali mediante gli obblighi di rinegoziare e di contrarre: un dibattito aperto*, in *Contr. impr.*, 2023, 3, 877 ss.

[103] A. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, in Aa.Vv., *Il conflitto del golfo e i contratti di impresa*, a cura di C. Vaccà, Egea, 1992.

[104] Sul risarcimento del danno, *ex multis*, pur con i limiti di ammissibilità individuati dall'Autore vedi G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 812 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 402 ss.; F. PIRAINO, *Osservazioni*, cit., 613 ss.

[105] Sul punto meglio F. PIRAINO, *Osservazioni*, cit., 610 s.; per una critica alla distinzione fra obbligazioni di mezzo e obbligazioni di risultato si veda, *ex multis*, il recente contributo di L. NIVARRA, *Illecito civile e inadempimento*, in *Tratt. resp. civ.*, diretto da A. Albanese, Milano, 2026, 1 ss., in corso di pubblicazione.

[106] Fra chi contesta la configurabilità dell'obbligo di rinegoziazione vi è chi individua come strumento di tutela, nei casi di alterazione dell'equilibrio contrattuale che non integri i presupposti dell'art. 1467 cod. civ., la possibilità di ricorso all'azione di ingiustificato arricchimento allo scopo di ottenere un parziale riequilibrio. In questo senso, G. GUIZZI, *Sopravvenienze*, cit., 905.

[107] Per tutti nella letteratura più recente P. TRIMARCHI, *Sopravvenienze*, cit., passim e E. GABRIELLI, *Sopravvenienza*, cit., 2024.

[108] Per un'analisi dei diversi piani di critica alla teoria dell'obbligo di rinegoziazione anche A. CINQUE, *Sopravvenienze*, cit., 1720.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Anzitutto, tenere in piedi un contratto a condizioni mutate potrebbe essere inefficiente dal punto di vista economico, l'aumento del prezzo della controprestazione in proporzione al valore reale della prestazione pattuita potrebbe non giustificare la continuazione del rapporto che, se forzosamente adeguato, determinerebbe un'inefficienza generale del sistema [109].

Si dice, poi, che il criterio per distribuire il "costo" della sopravvenienza nei rapporti contrattuali non possa essere quello di solidarietà sociale, ma necessariamente quello di attribuire il peso in capo al soggetto che sia meglio attrezzato per sostenerlo [110]. In particolare, sarebbe del tutto privo di fondamento l'ideale che muove i sostenitori dell'obbligo legale: aggiustare un contratto non è sempre meglio che risolverlo.

Inoltre, nulla impedisce alle parti di provvedere ad un nuovo regolamento contrattuale a valle della risoluzione, perciò – sostiene, ad esempio, Trimarchi che, tuttavia, presuppone la razionalità economica degli operatori di mercato –, l'alternativa è fra "continuazione consensuale" del rapporto, tramite stipula di un nuovo contratto, e "continuazione forzata", con aggiustamento giudiziale. Se la continuazione del rapporto è la soluzione più efficiente, le parti giungeranno comunque ad un accordo [111]. Questa prospettiva, occorre segnalarlo, non tiene conto dei costi transattivi che comunque potrebbero essere inferiori rispetto a quelli necessari per il ricorso alla giustizia.

In questa prospettiva, ad esempio, in situazioni analoghe a quelle dei tanto discussi *Suez cases* [112] – quando cioè il trasporto di merci diventò eccessivamente oneroso, dovendo le navi svolgere una tratta diversa rispetto a quella preventivata con un consequenziale aumento delle spese – non si vedrebbe perché il creditore debba essere obbligato alla rinegoziazione. Potrebbe ben farlo, ma laddove non sia soddisfatto, potrebbe giovarsi della risoluzione del contratto e rivolgersi altrove, ad un nuovo trasportatore che gli offra un'offerta più convincente al netto dello scenario mutato.

Allo stesso modo, in contestazione a chi propone l'estensione dell'obbligo di rinegoziazione anche ad eventi che rientrino nell'alea normale, ci si è chiesti perché mai una parte dovrebbe essere chiamata a rinegoziare un accordo che le abbia recato un vantaggio. È nella dinamica dell'incontro fra domanda e offerta che ci sia un guadagno in capo ad una parte e che ci possano essere eventi futuri che lo influenzano. Se oggi acquisto un immobile e domani il prezzo di mercato si innalza non potrei obbligare il compratore a rinegoziare il prezzo sol perché si sono modificate le condizioni [113]. Non si vede allora perché ciò dovrebbe accadere sempre nei contratti di durata. La tenuta del rapporto sinallagmatico di durata nel tempo non è ragione sufficiente a giustificare il superamento di questa obiezione.

Per quanto riguarda, poi, la possibile fase di adeguamento che seguirebbe al fallimento della rinegoziazione, specialmente in riferimento agli adeguamenti di tipo qualitativo, sarebbe scorretto sottrarre all'iniziativa imprenditoriale scelte che tipicamente le competono per attribuirle impropriamente all'organo giurisdizionale. Il giudice mancherebbe di adeguate competenze tecniche per procedere all'adeguamento, specie per quanto riguarda le sopravvenienze di ordine qualitativo che richiedono una valutazione discrezionale circa la volontà di proseguire un'attività a condizioni diverse [114].

---

[109] Sul punto, P. TRIMARCHI, *Sopravvenienze*, cit., 201, il quale evidenzia le differenze rispetto ai contratti di puro scambio.

[110] P. TRIMARCHI, *Sopravvenienze*, cit., 202 s.; sul punto vedi anche R. PARDOLESI, *Regole di "default" e razionalità limitata; per un (diverso) approccio di analisi economica del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 455 ss.

[111] Sui problemi pratici di questa posizione vedi R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*[4], cit., 1709.

[112] V. ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità e "*frustration of contract*" (in margine ad un "caso di Suez")*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, 3, 1239 ss.

[113] G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 807.

[114] P. TRIMARCHI, *Sopravvenienze*, cit., 213 s.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Vi sono una serie di altre ragioni che sconsiglierebbero il ricorso all'intervento giudiziale: anzitutto, in un'ottica di politica del diritto, chiamare i giudici a decidere sull'assetto d'interesse nei contratti di durata, senza limite alcuno, produrrebbe un innalzamento dei costi e dei tempi della giustizia; proprio i tempi della giustizia civile potrebbero rendere, poi, inefficace l'intervento giudiziale, compromettendo l'interesse delle parti a tenere in piedi il regolamento contrattuale aggiornato; inoltre, di norma, le parti non hanno interesse a che i propri affari compaiano nei giudizi, che, per forza di cose, li aprono al pubblico; a queste evidenze si aggiungono i costi del giudizio, oltre che l'incertezza e l'imprevedibilità tipiche di qualsiasi determinazione giudiziale [115].

Al contempo, però, si è anche detto che laddove non si apprestino rimedi specifici, la previsione di un obbligo legale di rinegoziazione senza la conseguente previsione di un adeguamento in caso di mancato accordo potrebbe rendere vana tale astratta formulazione [116].

6. La conservazione dell'equilibrio negoziale come principio?

Non si può non evidenziare come le opposte visioni, quella che tenta di ricostruire un obbligo legale di rinegoziazione e quella che, invece, ne contesta la configurabilità, esprimono visioni del sistema opposte, sotto profili diversi: la razionalità economica degli operatori di mercato, la tendenza di questi alla collaborazione piuttosto che all'individualismo [117], il rapporto fra autonomia negoziale ed eteronomia giudiziale, una visione economica del *laissez affaire* contrapposta ad un maggiore spazio per l'interventismo, una dimensione atomistica del contratto contro una prospettiva macroscopica dei suoi effetti sociali, economici e politici.

Tuttavia, sebbene si possa sempre interpretare il sistema in chiave critica a partire dal proprio convincimento teorico, non si può di certo alterarne l'equilibrio e interpretare il dato normativo oltre il senso suo proprio, sulla base di convinzioni di incerta tenuta, proiettando, per di più, sulla funzione giurisdizionale compiti che, al di fuori dai casi strettamente circoscritti dal legislatore, per le ragioni di cui si è discusso, non le competono.

Dunque, le obiezioni di carattere logico-giuridico e di analisi economica che si sono sopra soltanto accennate in via sintetica, in quanto ampiamente sviluppate nel dibattito dottrinale degli ultimi decenni, sono condivisibili.

Occorre allora riflettere in merito a quali deduzioni di ordine sistematico possano realmente ricavarsi dal quadro normativo offerto dal codice civile. Se le scelte legislative presuppongono una decisione politica in merito alla ripartizione del rischio contrattuale, occorre adesso chiedersi cosa possa realmente dirsi in merito a tale scelta a partire dal paradigma normativo esistente nei contratti fra privati e nei contratti pubblici.

È chiaro, anzitutto, come rinegoziazione ed adeguamento siano istituti diversi che perseguono funzioni diverse che solo occasionalmente potrebbero incontrarsi in una concatenazione normativa che poggi il fondamento dell'adeguamento nelle risultanze oggetto della rinegoziazione. Si è visto, però, come tale sviluppo sia fondamentalmente estraneo alla meccanica del codice civile.

---

[115] E. Tuccari, Sopravvenienze, cit., 121 ss.

[116] P. Trimarchi, *Sopravvenienze*, cit., 220.

[117] M. Barcellona, *Appunti*, cit., 470.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Non a caso è stato autorevolmente evidenziato come la sequenza rinegoziazione-adeguamento esprima un concetto tutt'altro che pacifico: a meno che l'adeguamento non ritrovi il suo solo criterio indicatore nelle evidenze emerse in corso di rinegoziazione, l'adeguamento è di per sé antitetico alla rinegoziazione [118], in quanto espressione di un potere non speculare, ma antagonista rispetto a quello dell'autonomia negoziale. Ogni forma di adeguamento che esuli da criteri legali e anche dalla volontà delle parti così come espressa in sede di rinegoziazione sarebbe del tutto lesiva dell'autonomia privata, anche laddove si ispiri ai parametri di mercato [119]; per di più, non si vede realmente come si possa trarre una volontà comune "costruttiva" da una trattativa che non sia andata a buon fine [120].

Anche chi ha approfondito lo studio della buona fede in senso oggettivo esclude che il fondamento della rinegoziazione come obbligo possa essere in essa rintracciato, facendolo derivare, piuttosto, direttamente a partire dalla peculiare natura dei contratti di durata e ad esecuzione differita: solo le esigenze che sorgono da questi particolari contratti giustificano la rinegoziazione, che diviene doverosa alla luce del principio di buona fede, principio che, però, si limita qui a giocare un ruolo ancillare rispetto all'esigenza di rinegoziazione e manutenzione del contratto [121]. In questo senso, la buona fede entra in gioco «non per imporre la necessità della rinegoziazione, già prescritta dalla particolare conformazione dei contratti a lungo termine, quanto per offrire lo strumento per la gestione dell'incompletezza che li connota» [122]. Chi sostiene questa ricostruzione sembra ritrovare il fondamento della rinegoziazione nella conservazione dell'equilibrio contrattuale, in un'ottica che valorizza l'autonomia negoziale piuttosto che svilirla, ammettendo che «la giustificazione e il fondamento della rinegoziazione […] vanno, quindi, rintracciati nella conservazione nel tempo dell'equilibrio di vantaggi e svantaggi consacrato nel regolamento contrattuale»; così facendo, si riconosce al principio di conservazione una portata generale nel sistema ordinamentale, seppur con stretto riguardo ai contratti di durata e ad esecuzione differita.

In questa prospettiva, la rinegoziazione è attributo fondamentale del contratto di durata che serve a preservare l'autonomia negoziale e che, però, non sorge come obbligo, ma come strada che le parti sono incoraggiate a seguire per evitare un esercizio abusivo del diritto; esercizio che porrebbe in essere la parte che pretenda l'adempimento di una prestazione, allorquando sia radicalmente modificato il contesto entro cui tale prestazione deve essere eseguita. In linea con tale ricostruzione, la parte che riceva la richiesta di adempimento contraria a buona fede, questa volta nella sua dimensione valutativa [123], potrebbe sollevare l'*exceptio doli generalis* come strumento di reazione alla pretesa di adempimento fondata su un contratto di cui ne siano stati radicalmente alterati i presupposti.

Rimane il problema di determinare lo spazio di operatività di questo rimedio, quale sarà la sopravvenienza tale da giustificare un arresto del normale decorso della fase esecutiva e quale invece no. Sarà pur sempre il giudice a deciderlo, ma con un compito ben diverso da quello della ridefinizione del rapporto.

---

[118] M. BARCELLONA, *Appunti*, cit., 472.

[119] A. CINQUE, *Sopravvenienze*, cit., 1717.

[120] A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, 2, 715, il quale osserva come «occorrerebbe dimostrare che da una corretta condotta della trattativa discende una, e solo una, soluzione sostitutiva che – contemporaneamente – mantiene il concordato riparto dei rischi, rispetta la proporzione fissata nello scambio, ripristina, inalterata, l'utilità marginale della parte toccata negativamente dalla sopravvenienza, conserva, inalterata, l'utilità marginale della parte altrimenti avvantaggiata dalla sopravvenienza, ed elude così ogni legittima obiezione che le parti possano sollevare al nuovo regolamento. Si tratta all'evidenza di condizioni pressoché impossibili».

[121] F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, 2015, 588.

[122] F. PIRAINO, *La buona fede*, cit., 592.

[123] F. PIRAINO, *Osservazioni*, cit., 615.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Se queste riflessioni appaiono in linea di principio condivisibili, occorre adesso meglio interrogarsi sulla natura, il fondamento e la portata del menzionato principio di conservazione.

Nella letteratura civilistica vi è, infatti, anche chi nega l'esistenza di un generale principio di conservazione del contratto, aggiungendo che, se esistesse, se ne dovrebbe estendere la portata a qualsiasi causa idonea a determinare l'interruzione del rapporto contrattuale e non alle sole sopravvenienze [124]. Sembra, però, che ci si riferisca ad una particolare declinazione della conservazione e che occorra dapprima chiarire cosa si intende realmente quando si discute di tale principio.

Si possono rintracciare, infatti, almeno due accezioni di "conservazione": la conservazione del contratto in quanto tale, intesa come *conservazione degli effetti dell'atto negoziale* e la *conservazione dell'equilibrio contrattuale*, da intendersi qui come adattamento del rapporto alle mutate circostanze di fatto, accezioni che, in linea di principio, sono tra loro antitetiche poiché per contrastare il disequilibrio si potrebbe incidere sull'efficacia dell'atto e viceversa. È chiaro, dunque, che si faccia riferimento a fenomeni radicalmente diversi, sebbene spesso essi si confondino nel risultato perseguito.

La locuzione "conservazione del contratto" compare espressamente nel codice civile, nella rubrica dell'articolo 1367 cod. civ., nel senso di mantenere in piedi il contratto, interpretando le singole clausole in modo da attribuire ad esse un qualche effetto, nella logica di mantenimento in vita dell'atto giuridico [125]. In questo senso, la conservazione opera come canone ermeneutico per il caso in cui vi sia un dubbio sulla validità del regolamento negoziale [126]. La medesima logica di conservazione degli effetti si ritrova altrove, esempio emblematico è la disciplina della nullità parziale. In verità, il sistema conosce tutta una serie di rimedi generali utili a mantenere in vita un contratto che presenti dei vizi originari: si può procedere alla rettifica e alla convalida del contratto annullabile ovvero ancora alla conversione del contratto nullo.

Tuttavia, occorre chiedersi se la conservazione così intesa sia un valore meritevole di essere implementato al di fuori dai meccanismi suddetti, come principio generale. Scriveva, ad esempio, Grassetti nella voce enciclopedica sul *Principio di conservazione*, che laddove si intenda la conservazione in senso lato, comprendendovi tutte quelle disposizioni che mirano a conservare l'efficacia dell'atto o del negozio, tale principio sarebbe «inidoneo a porre in luce una regola di valore costruttivo» [127]. Altri, ne ritrovano il fondamento nell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici [128]. Senz'altro, sullo sfondo si rinviene un'esigenza di salvaguardia dell'attività giuridica e dei suoi effetti in un'ottica efficientista, allo scopo di evitare la «vanificazione del vincolo» [129] – come è stato efficacemente osservato, seppure in altro senso – tuttavia, non sembra si possano ricondurre tutti i meccanismi di conservazione dell'efficacia alla medesima logica, si tratta piuttosto di un effetto legale connesso talvolta con la sola esigenza di

[124] P. TRIMARCHI, *Sopravvenienze*, cit., 200; anche A.F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, Giuffrè, 2017, passim.

[125] F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 132.

[126] Sul tema *ex multis*, C. GRASSETTI, *Conservazione (Principio di)*, in *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, 1961, 173 ss.; per l'applicazione giurisprudenziale del principio di conservazione nel solco della teoria dell'interpretazione *ex multis*, Cass. 23 dicembre 2004, n. 23936, con nota di C. MENICHINO, *Principio di conservazione e nullità del contratto*, in *i Contratti*, n. 8-9, 2005, 751; Cass. 4 maggio 2005, n. 9275, con nota di M.T. DELLA CORTIGLIA, *Principio di conservazione e interpretazione del contratto*, in *Obbligazioni e Contratti*, 12, 2006, 996.

[127] C. GRASSETTI, *Conservazione (Principio di)*, cit., 176.

[128] G.B. FUNAJOLI, *Invalidità della volontà negoziale e conservazione del negozio giuridico,* in *Nuova riv. dir. comm.,* 1947-8, I, 215 ss.

[129] F. MACARIO, *Rischio*, cit., 71.

ISSN 2281-3918/2421-2563

fortificazione della struttura giuridica nel tempo, per esigenze di ordine generale, talaltra con la sovrapposizione dello specifico interesse delle parti.

Questa esigenza di preservazione degli effetti nel tempo si manifesta in modo particolarmente forte nei contratti di durata. Nel contratto di somministrazione, affinché si possa domandare la risoluzione del contratto, non è sufficiente che l'inadempimento sia di "non scarsa importanza", così come prevede la disciplina generale di cui all'art. 1455 cod. civ., ma esso deve essere di "notevole importanza" e tale da menomare la fiducia nell'esattezza degli adempimenti successivi (art. 1564 cod. civ.). Allo stesso modo, per risolvere il contratto d'appalto devono essere presenti dei vizi tali da rendere l'opera del tutto inadatta alla sua destinazione (art. 1668 cod. civ.). Ma più in generale, la conservazione dell'efficacia dei contratti di durata e dei contratti ad esecuzione differita, da intendersi come elemento di disciplina di siffatte categorie, si rinviene proprio all'art. 1467 dal momento che complica la possibilità di ottenere la risoluzione, riconoscendo la possibilità di contrastarla attraverso la riconduzione ad equità. In questo senso, dalla disciplina generale si deduce un principio di conservazione degli effetti del contratto di durata o ad esecuzione differita.

Veniamo ora alla conservazione dell'equilibrio contrattuale. La conservazione questa volta si manifesta in modo analogo all'omonimo principio fisico – il principio di conservazione per l'appunto – che esprime il mantenersi invariato nel tempo del valore di una grandezza. Si è visto come alcuni autori ne ritrovino il fondamento proprio nello sviluppo nel tempo del regolamento negoziale. Se così fosse dovrebbe applicarsi in modo analogo la medesima disciplina a tutti i contratti di durata e ad esecuzione differita, eppure così non è. Inoltre, il legislatore potrebbe ben rispondere all'incertezza legata allo sviluppo nel tempo dei contratti, favorendo un principio opposto alla conservazione, quale potrebbe essere l'avvilimento del vincolo di fronte dell'evento che ne alteri l'equilibrio, attraverso l'implementazione di recesso e risoluzione.

A noi sembra, invece, che il fondamento di tale principio debba ritrovarsi direttamente nella stessa disciplina codicistica, affinché se ne possa attribuire una qualche rilevanza. Un certo orientamento ne trova la base normativa proprio a partire dall'art. 1467 cod. civ. È questa, ad esempio, la posizione adottata dalla già menzionata relazione del Massimario della Corte di cassazione [130]. Eppure, come si è detto, a noi sembra, piuttosto, che tale disposizione sia espressione del principio di conservazione degli effetti. Volendosi impedire lo scioglimento del vincolo come obiettivo principale e solo incidentalmente, come strumento funzionale al perseguimento di tale finalità, si riconosce la riconduzione ad equità (ingenerando così anche un riequilibrio sostanziale). Nel medesimo senso va intesa allora, anche la proposta di riduzione ad equità che può essere avanzata da colui che riceva la domanda di rescissione allo scopo di evitarla. Sembra, invece, correttamente separare la conservazione dell'efficacia dalla conservazione dell'equilibrio la recente decisione della Sezione III della Cassazione [131], per la quale il fondamento dell'art.

[130] Relazione tematica n. 56 dell'8 giugno 2020 dell'Ufficio del massimario della Cassazione, *Novità*, cit., p. 21; di recente con toni aderenti, vedi Trib. Benevento 22 gennaio 2025, in *NGCC*, 4, 2025, 838, con nota di S. PERROTTA, *La rinegoziazione del contratto: obbligo o facoltà?*

[131] Cass. 16 giugno 2025, n. 16113, cit., ove si legge che nella risoluzione per eccessiva onerosità «l'attribuzione di un diritto potestativo di rettifica (da esercitarsi mediante negozio unilaterale recettizio), analogo a quello previsto in tema di contratto annullabile per errore (art. 1432 cod. civ.) e di contratto rescindibile (art. 1450 cod. civ.), si giustifica, per un verso, in ragione del principio di conservazione del contratto, per l'altro in ragione della circostanza che la rettifica operata dalla parte non onerata […] riporta il divario tra le due prestazioni entro i limiti dell'alea normale del contratto, ripristinando l'equilibrio originario e facendo venir meno i presupposti della risoluzione invocata dalla parte onerata».

ISSN 2281-3918/2421-2563

1467 cod. civ. è proprio da rintracciare, da un lato, nel principio di conservazione del contratto, dall'altro, nel riequilibro che ne deriva.

La conservazione dell'equilibrio conosce diversi livelli di gradazione e diviene elemento di disciplina del tipo contrattuale nel momento in cui se ne riconosce un rimedio. La conservazione dell'equilibrio, detto altrimenti, almeno ad una prima approssimazione, non è principio generale che si possa estendere ad una certa categoria di contratti, ma è elemento che contraddistingue una serie di fattispecie che si accomunano per la loro strutturazione in riferimento all'elemento del rischio. Come è stato autorevolmente evidenziato, le regole di ripartizione del rischio relative alle circostanze che alterano il significato economico dell'affare e, quindi, in sostanza il suo equilibrio, per un verso, rispondono a criteri di giustizia sostanziale, per altro verso, sono dirette a garantire un razionale andamento delle operazioni economiche, oltre che il buon funzionamento del mercato [132]. Tutti i meccanismi rimediali che consentono di reagire all'alterazione dell'equilibrio negoziale, realizzando un trasferimento del rischio, esprimono una manifestazione della conservazione dell'equilibrio. Nella costruzione della disciplina di un tipo contrattuale, maggiore è l'alterazione possibile del rapporto e più ampio è il rischio che possa pesare su una parte, più forte è il meccanismo di contrasto.

Si ha *conservazione in senso debole* quando è previsto un meccanismo di revisione/riduzione del prezzo al mutamento delle circostanze di fatto, si *ha conservazione in senso forte*, quando è riconosciuto il potere di intervento giudiziale sul contenuto sostanziale del regolamento negoziale.

Si badi bene, però, la conservazione dell'equilibrio in senso debole non è connessa alla natura del contratto di durata, sicché può riguardare anche contratti istantanei, si pensi alla riduzione del prezzo nella vendita di beni viziati. L'esigenza è quella di riequilibrio delle prestazioni alla luce delle rinnovate conoscenze di fatto. L'esigenza di riequilibrio che conduce alla previsione di rimedi utili appunto alla conservazione dell'equilibrio si giustifica a partire dalla peculiare struttura del tipo contrattuale e del rischio tipico ad esso connesso. Il compratore è esposto al rischio di vizio non immediatamente riconoscibile e, pertanto, gli si offre un rimedio manutentivo che funga da strumento di riequilibrio quale è l'azione di riduzione del prezzo.

La conservazione in senso forte si ha quando è previsto un meccanismo legale o giudiziale intrusivo nel contenuto delle prestazioni in corso di esecuzione. Rispondendo all'esigenza di adeguamento delle prestazioni alle mutate condizioni di fatto è chiaro come tale forma di conservazione presupponga lo sviluppo nel tempo di tali prestazioni che potrebbero subire un'alterazione del loro reciproco equilibrio. Un esempio di conservazione in senso forte è rinvenibile all'art. 1660 cod. civ., comma 1.

Se il meccanismo della conservazione dell'equilibrio, nella forma dell'adeguamento contrattuale, è connesso alla gestione del rischio, si spiega allora come i meccanismi più forti di conservazione siano posti nel contesto di contratti fortemente squilibrati in termini di condizionamento unilaterale tipologico del programma economico, come è proprio il contratto di appalto, per le ragioni sopra esposte, e come vedremo essere anche i contratti pubblici. Nel diritto privato, il forte condizionamento del committente nell'attività dell'appaltatore determina non solo uno squilibrio di poteri, ma un'allocazione del rischio in astratto in capo all'appaltatore: i meccanismi di revisione del prezzo e di adeguamento del progetto, garantendo la conservazione dell'equilibrio, consentono di controbilanciare tale disequilibrio, offrendo in concreto strumenti di tutela. Per questa ragione si dice poi che il rischio in concreto poggi sul committente [133], ma non sarebbe così se mancassero questi rimedi per l'appunto conservativi.

---

[132] G. ALPA, *Rischio (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, 1989, 1149.

[133] P. TRIMARCHI, *Sopravvenienze*, cit., passim.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Così ragionando, il principio di conservazione dell'equilibrio emerge come carattere non di tutti i contratti di durata in quanto *genus*, ma solo di quelli in cui il rapporto contrattuale presenti determinati connotati tali da ingenerare un condizionamento unilaterale del programma economico e proprio in proporzione a tale condizionamento. Ciò significa, anzitutto, che non si possa intendere l'adeguamento come principio generale [134], atteggiandosi esso piuttosto a meccanismo di disciplina connesso alla funzione di conservazione a sua volta dipendente dall'assetto contrattuale tipologico in merito alla gestione del rischio. Sicché, mentre la rinegoziazione non compare nella struttura codicistica, né come obbligo, né tantomeno come diritto, la conservazione dell'equilibrio contrattuale per il tramite dei diversi meccanismi di adeguamento è presente in diversi tipi e assolve ad una precisa funzione.

Ciò non toglie, come del resto si è già detto, che anche quando manchino rimedi specifici espressivi della conservazione dell'equilibrio, non esistano, al contempo, rimedi generali che consentano comunque di reagire al disequilibrio che si sia occasionalmente e imprevedibilmente manifestato, a prescindere dall'astratta ripartizione del rischio tipologico. E questi strumenti di reazione, a seconda della circostanza particolare, potrebbero essere l'*exceptio doli generalis*, secondo lo schema sopra tracciato, e l'inesigibilità della prestazione [135], sia essa ricavata per via interpretativa o per precisa scelta legislativa di natura emergenziale. Rimane da chiedersi se, così facendo, la conservazione dell'equilibrio, da mero elemento di disciplina, possa realmente trasformarsi in principio generale in senso proprio.

7. L'influenza della riflessione civilistica nella costruzione del sistema delle sopravvenienze nella disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici

Veniamo adesso alla disciplina dei contratti pubblici. Una tappa fondamentale dell'evoluzione normativa sul tema della gestione delle sopravvenienze si è avuta, in tempi recenti, in occasione dell'aggiornamento del Codice dei contratti pubblici [136], nel cui testo sono state introdotte alcune fondamentali disposizioni che occorre esaminare anche per considerarne l'impatto sul sistema nel suo complesso. Si tratta, in particolare, dell'art. 9, che reca una norma di principio, e degli artt. 60 e 120, che introducono disposizioni particolari nell'ambito della disciplina dell'appalto pubblico [137]. L'art. 60 si occupa della revisione dei prezzi [138] disponendo l'obbligo dell'inserimento nei contratti pubblici di clausole di revisione

[134] F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 16 e 73 ss.; F. MACARIO, *Rischio*, cit., 74.

[135] *Ex multis*, L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1988, 1089 ss.

[136] D.lgs. del 31 marzo 2023, n. 36. In commento, *ex multis*, M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, 2025; F. CARINGELLA (diretto da), *Nuovo codice dei contratti pubblici*, Giuffrè, 2023, 51 ss.

[137] In realtà, rientrano nel contesto delle disposizioni utili alla gestione delle sopravvenienze anche gli artt. 189 e 192 seppur circoscritti all'ambito delle concessioni.

[138] Il quale dispone che: «1. Nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento è obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione prezzi riferite alle prestazioni oggetto del contratto. 2. Queste clausole non apportano modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro; si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, che determinano: a) una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore (al 5 per cento) al 3 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura dell'80 per cento (della variazione stessa) del valore eccedente la variazione del 5 per cento (in relazione) applicata alle prestazioni da eseguire; b) una variazione del costo della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura dell'80 per cento del valore eccedente la variazione del 5 per cento applicata alle prestazioni da eseguire.»; per un'analisi dell'evoluzione della disciplina in materia di revisione dei prezzi negli appalti pubblici si veda E. GUARNIERI, *Rinegoziazione, revisione prezzi e pagamenti (artt. 9, 60, 120, 125)*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, cit., 1205 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

con una sorta di meccanismo "automatico" [139] di adeguamento del contratto, una volta che si presentino i presupposti menzionati dalla disposizione [140]. L'art. 120, rubricato modifiche dei contratti in corso di esecuzione, garantisce, tra le varie sue previsioni, la possibilità di ottenere l'adeguamento del contratto laddove non si giunga ad un accordo per il tramite della rinegoziazione. Volendo seguire la ricostruzione qui proposta potremmo dire che l'art. 60 rappresenta una forma di conservazione in senso debole, mentre tutti i commi dell'art. 120, lo si vedrà meglio nel prosieguo, esprimono una forma di conservazione in senso forte.

Il legame fra le mutate condizioni socio-economiche globali e l'esigenza di una regolazione "efficiente" dei meccanismi di gestione delle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili è evidenziato dalla stessa Relazione illustrativa al Codice [141], che sottolinea espressamente l'importanza delle disposizioni in discussione alla luce di quanto causato dai recenti eventi della crisi pandemica e della guerra in Ucraina.

L'influenza della civilistica sulla riforma emerge, oltre che dal contesto storico in cui essa si colloca, ossia l'onda lunga del dibattito sul tema della gestione delle sopravvenienze nell'epoca Covid, anche dall'espresso intendimento del legislatore. Come risulta dalla stessa relazione introduttiva, la novella prende dichiaratamente ispirazione dai *Principi Unidroit* e dal *Codice europeo dei contratti*, nonché dal disegno di legge n. 1151 del 2019 [142], che si proponeva di riformare il Codice civile inserendo un generale diritto alla rinegoziazione ed all'adeguamento giudiziale, riproducendo la medesima sequenza che abbiamo visto essere diffusa nel contesto internazionale. Manca, invece, il riferimento alla relazione illustrativa del Massimario [143], che data l'ampiezza dei riferimenti menzionati, sembra una scelta metodologica precisa e condivisibile per le diverse ragioni, che, come avremo modo di discutere, sostengono a nostro modo di vedere l'impianto della riforma.

Se, da un lato, nell'ambito dei lavori preparatori, si è scelto di menzionare questi precedenti tratti dal contesto dei contratti di diritto comune, dall'altro, non si fa alcun riferimento alle disposizioni della contrattistica pubblica di altri Paesi europei, che pure regolano il fenomeno, talvolta con disposizioni non dissimili [144].

---

[139] Sul profilo dell'automaticità si veda V. CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2024, 16.

[140] L'origine storica dell'istituto della revisione dei prezzi nella legislazione pubblicistica è antica e se ne trova già un riferimento nel d.luog. 20 giugno 1915, n. 890, a mente del quale «Non sarà mai ammissibile una domanda di risoluzione di contratti fondata sulle condizioni create dallo stato di guerra quando i contratti stessi abbiano rapporto con pubblici servizi od opere pubbliche. […] È data facoltà alle pubbliche amministrazioni di sostituire, con apprezzamento insindacabile, altre clausole o pattuizioni a quelle che non sieno più eseguibili, per causa del suddetto stato di guerra». È evidente il collegamento diretto con il solo migliore esercizio del potere pubblico e che non vi sia in questa impostazione alcuna connessione con le esigenze del privato; ne parlano *ex multis*, V. ROSSI, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici Origini, sviluppi, approdi e prospettive*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2024, 4 ss., cui si rinvia per l'esame della disciplina successiva; A. VARNESE, *La revisione dei prezzi nei contratti di appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, 1947, 20 ss.; P. PATRITO, *Contratti pubblici e clausola* rebus sic stantibus, in *Resp. civ. e prev*., 6, 2024, 1800 ss.

[141] III – *Relazione agli articoli e agli allegati*, Camera dei deputati, 5 gennaio 2023.

[142] Disegno di legge n. 1151 del 2019, Relazione, ove si diceva: «si prevede di disciplinare il diritto delle parti di pretendere la rinegoziazione dei contratti secondo buona fede qualora divengano eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili, ovvero di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali, qualora non si raggiunga un accordo tra le parti»; sul punto *ex multis*, P. SIRENA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?*, in *Jus*, 67, 1, 2020, 205 ss.; S.P. PERRINO, *La rinegoziazione*, cit., 181.

[143] Relazione tematica n. 56, cit., lo evidenzia G.D. COMPORTI, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2024, 35.

[144] B. MARCHETTI, *Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9)*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, cit., 293.

ISSN 2281-3918/2421-2563

La base culturale sulla quale poggia la riforma in materia di sopravvenienze nel diritto dei contratti pubblici è, dunque, chiaramente civilistica, al punto che il principio generale di conservazione dell'equilibrio contrattuale, enunciato all'art. 9, non si rintraccia nella disciplina europea che ha condotto alla revisione del Codice – e per questo si è finanche discusso della legittimità del suo inserimento rispetto a quanto previsto dalla legge delega [145] – ma costituisce una peculiarità che il legislatore italiano ha introdotto in modo inedito. Questa aderenza alla scienza civilistica sorprende ancor di più se si pensa che è proprio l'appalto pubblico ad aver indotto il legislatore del '42 ad inserire nella disciplina privatistica [146], e segnatamente, nella disciplina dell'appalto privato meccanismi di revisione dei prezzi.

A dire il vero, la spinta verso la rinegoziazione si era manifestata anche nella giurisprudenza amministrativa, che muovendosi oltre il dato normativo, ne aveva in taluni casi postulato già l'obbligatorietà [147], tuttavia questo cambio di rotta si presenta come radicale [148], tenuto in considerazione che, per la giurisprudenza dominante, la revisione del contratto era ammessa solo ove espressamente pattuita o disciplinata da leggi speciali [149].

Un esempio recente di questa tendenza, si ritrova in una decisione del Tar Lombardia che merita menzione, non solo perché minoritaria in punto di riconoscimento del dovere di rinegoziazione, ma anche perché, pur in assenza dei presupposti temporali di applicazione, si confronta ampiamente con il nuovo impianto codicistico.

In una decisione relativa al rigetto di una richiesta di riequilibrio del canone in una concessione del servizio di distribuzione di gas relativo alla proroga di gestione *ex lege* in attesa del nuovo affidamento, il Tribunale ha ammesso l'esistenza di un obbligo di rinegoziazione in capo al Comune convenuto in giudizio [150]. In particolare, il Tar ammette la rinegoziazione come rimedio generale dell'ordinamento in ragione della buona fede in funzione integrativa e del dovere di solidarietà sociale [151].

A proposito della novella si afferma poi che «Il nuovo codice dei contratti pubblici ha così codificato, con una diposizione di carattere generale, il principio secondo cui tutti i rapporti negoziali di natura pubblicistica in essere con l'amministrazione, a prescindere dal titolo giuridico (appalto o concessione),

---

[145] V. CERULLI IRELLI, *Il principio*, cit., 12, per il quale la legittimità dell'inserimento sarebbe da ricercare nella stretta connessione del principio di conservazione con il principio del risultato.

[146] Vedi *infra*, alle note 58 e 140.

[147] CdS 10 novembre 2021, n. 7478; in commento si veda *ex multis*, G. BALOCCO-G. SCACCHERI, *L'obbligo di rinegoziazione nel nuovo Codice nel rispetto dei principi costituzionali?*, in *Urb. e appalti*, 6, 2024, 720; sul punto anche F. CARINGELLA (diretto da), *Nuovo codice*, cit., 55.

[148] B. MARCHETTI, *Principio*, cit., 295 ss.; sulla contestazione di un diritto alla rinegoziazione dell'impresa privata si veda N. GAETANA, *La rinegoziazione del contratto: principio «estrinseco» o «intrinseco» al nostro ordinamento giuridico?*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2022, 2, 1 ss.

[149] *Ex multis*, CdS 23 febbraio 2023, n. 1844, in *giustizia-amministrativa.it*.

[150] TAR Lombardia 11 novembre 2025, n. 3669, in *giustizia-amministrativa.it*; in senso contrario si veda *ex multis*, TAR Toscana 30 maggio 2025, n. 964, in *giustizia-amministrativa.it*, per cui «non sussiste nell'ordinamento di diritto civile un obbligo generale delle parti di un contratto alla rinegoziazione a seguito della iniziativa della parte svantaggiata in caso di circostanze sopravvenute e imprevedibili che abbiano alterato il sinallagma contrattuale»; così anche CdS 18 novembre 2024 n. 9212; CdS 24 luglio 2023, n. 7200; CdS 23 febbraio 2023, n. 1844, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

[151] TAR Lombardia 11 novembre 2025, n. 3669, in *giustizia-amministrativa.it*, sostenendo che «tra gli obblighi contrattuali derivanti dal dovere di solidarietà sociale può certamente essere ricompreso, per ragioni di giustizia sostanziale, quello di rinegoziare il contenuto del rapporto al fine di riportarlo al suo originario equilibrio laddove, nel corso dell'esecuzione, si verificano sopravvenienze non imputabili alla parte che producono conseguenze pregiudizievoli, non accettate e non rientranti nell'alea giuridica, che si risolvono nella modifica dell'originario regolamento di interessi condiviso, permettendo così di realizzare sia l'interesse concreto della parte che, altrimenti, rimarrebbe frustrato dal regolamento originario medio tempore squilibratosi, sia l'utilità della complessiva operazione economica predisposta dalle parti».

ISSN 2281-3918/2421-2563

devono essere messi al riparo dagli effetti pregiudizievoli derivanti, nel corso dell'esecuzione, dalle sopravvenienze che, caratterizzate nel senso indicato nella disposizione, alterano l'"originario equilibrio" e minano quindi il sinallagma (corrispettività) tra le prestazioni» [152].

Sulla base di siffatte affermazioni si giunge a sostenere che la parte è libera di scegliere il rimedio da invocare in violazione dell'obbligo di rinegoziazione, potendo finanche domandare «l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo legale di concludere l'accordo manutentivo (artt. 1173 e 2932 cod. civ.)»; solo la rinegoziazione offrirebbe la giusta tutela, poiché il privato è obbligato a proseguire il servizio obbligatoriamente per un certo periodo, periodo per il quale egli non ha prestato direttamente il proprio consenso, e in riferimento al quale potrebbe ingenerarsi un mutamento delle condizioni di mercato tale da incidere sull'effettività e sulla sostenibilità della somministrazione del servizio stesso.

A dispetto di questa pronunzia isolata – che fa emergere, però, quanto vicino sia il rischio di generalizzazione e applicazione del principio di conservazione ben oltre gli stringenti presupposti legali di cui diremo poco oltre – la posizione dominante del Consiglio di Stato sembra essere quella di negare l'esistenza di un generale diritto alla rinegoziazione, almeno prima della recente riforma, che invece lo avrebbe introdotto all'art. 9, senza però che tale previsione possa avere portata retroattiva [153].

Ancora curiosa è la posizione di un'altra recente sentenza del Tar Lombardia, che sempre discute della novella, pur non potendola direttamente applicare, ed ove la Corte innesta il principio di conservazione del contratto direttamente sulla natura commutativa del contratto d'appalto che, per questo, sarebbe «retto dal principio di corrispettività fra prestazione e controprestazione (c.d. equilibrio sinallagmatico) che […] deve accompagnare il rapporto contrattuale per tutta la sua durata» [154]. Questa proposta ricostruttiva è fondamentalmente priva di sufficiente motivazione e, per quanto si è già detto, non condivisibile.

7.1. Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale ed il linguaggio del novello legislatore

L'art. 9 rubricato "principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale" conferisce rilevanza generale alla conservazione dell'equilibrio contrattuale, elevandola, formalmente, a principio della contrattualistica pubblica, affiancandole un generale diritto alla rinegoziazione [155]. Anche qui si deve

[152] TAR Lombardia 11 novembre 2025, n. 3669, cit.

[153] CdS 18 novembre 2024, n. 9212, cit.

[154] TAR Lombardia, Sez. distaccata Brescia, 13 maggio 2025, n. 414, in *giustizia-amministrativa.it*.

[155] In commento all'articolo si vedano, *ex multis*, e oltre quanto citato oltre, V. CERULLI IRELLI, *Il principio*, cit.; S. VINTI, *L'implosione*, cit., 188 ss.; B. MARCHETTI, *Principio*, cit., 293 ss.; ID., *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo codice dei contratti pubblico: prime osservazioni*, in *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, a cura di G. Morbidelli, Passigli Editori, 2023, 79 ss.; G. BRIGANTI-C. TESTA, *La rinegoziazione del contratto e le sopravvenienze nel nuovo Codice dei contratti pubblici: tra diritto amministrativo e diritto civile*, in *Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"*, 2, 2025; V. ROSSI, *La revisione*, cit., 2024; S.P. PERRINO, *La rinegoziazione*, cit., 181; F. CARINGELLA (diretto da), *Nuovo codice*, cit., 51 ss.; M.E. COMBA, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Giur. it*., agosto-settembre, 2023, 1975 ss.; G.F. NICODEMO, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 5, 2023, 561 ss.; F. TIGANO, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *La riforma dei contratti pubblici (d. lgs. 36/2023), Documento gruppo di lavoro AIPDA*, a cura di F. Manganaro, N. Paolantonio e F. Tigano; F. VETRÒ, *Spunti introduttivi alla sistematica dei principi e delle regole dei contratti pubblici*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2, 2024, 37 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Codice dei contratti pubblici*, a cura di R. Giovagnoli, Milano,

ISSN 2281-3918/2421-2563

condividere quanto detto sopra e intendere, in prima istanza, la conservazione del contratto non come principio generale in senso tecnico, capace cioè di ampliare il tessuto normativo per il tramite della sua diretta applicazione, ma come elemento che contraddistingue la disciplina del contratto pubblico come *genus* tipologico contrattuale, se così si può dire, trattandosi più correttamente di un modo di manifestazione e di proceduralizzazione di modelli contrattuali privatistici.

In particolare, al primo comma, l'articolo dispone che: «se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali» [156].

In via preliminare, occorre soffermarsi sul linguaggio utilizzato dal legislatore. Se, da un lato, si riprende il comma 2, dell'art. 1467 cod. civ., riferendosi al perimetro dell'alea normale come limite alla rinegoziazione – non accogliendo, così, le istanze di chi, in ottica riformatrice dell'attuale sistema delle sopravvenienze, differenziando fra rischio e pericolo, chiedeva un trattamento generale della revisione contrattuale, anche con riguardo agli eventi rientranti nell'alea normale [157] –, si nota una differenza sostanziale rispetto al modello di cui all'art. 1467 cod. civ. Pur facendo riferimento alle "circostanze straordinarie e imprevedibili", il comma 1 dell'art. 9, ne muta la rilevanza, ossia l'impatto giuridicamente incidente sul regolamento contrattuale. Non si parla, infatti, di "eccessiva onerosità", ma di alterazione rilevante dell'equilibrio. Si utilizza, dunque, il termine "rilevante" piuttosto che "eccessivamente oneroso", e si guarda all'equilibrio contrattuale nel suo complesso.

L'intendimento del legislatore sembra essere quello di superare la distinzione dottrinale fra sopravvenienze qualitative e quantitative, aprendo alla rinegoziazione come obbligo in entrambi gli scenari. Il solo limite "qualitativo" che viene individuato dal comma successivo è quello della «sostanza economica» che non può essere alterata come conseguenza della rinegoziazione. L'astrattezza del riferimento sembra aprire a diverse interpretazioni, per cui occorrerà valutare se siano ricavabili vincoli ulteriori a partire dalle disposizioni di dettaglio.

L'art. 9 stimola, poi, le stazioni appaltanti all'inserimento di specifiche clausole di rinegoziazione, clausole già conosciute nella disciplina previgente in materia di concessioni [158]. Infine, come raccordo con la disciplina speciale, il comma 5 dispone che «in applicazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale si applicano le disposizioni di cui agli articoli 60 e 120», tagliando fuori apparentemente le disposizioni che pur si occupano di revisione, ma in riferimento a settori diversi dall'appalto, quale quello della concessione.

2024, 84 ss.; F. LIGUORI-P. LA SELVA, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *CERIDAP*, 2023; P. PATRITO, *Contratti*, cit., 1794 ss.; C. BASUNTI, *La rinegoziazione in una disciplina di settore: riflessioni e spunti alla luce del codice dei contratti pubblici*, in *Contr. e impr.*, 1, 2026, 155 ss.; G. BRUNO, *La gestione delle sopravvenienze perturbative dei contratti pubblici nella sistematica del nuovo codice di settore*, in *Contr. e impr.*, 4, 2025, 955 ss.; S. NARDI, *La modificabilità del contratto pubblico in corso di esecuzione tra rinegoziazione e revisione*, in *NLCC*, 1, 2026, 245 ss.

[156] Per uno studio più risalente a proposito del dovere di rinegoziazione nella contrattualistica pubblica V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. TAR*, 5, 2006, 1911 ss.

[157] *Ex multis*, M. ZACCHEO, *Il controllo*, cit., 57.

[158] Art. 165, comma 6, del d.lgs. n. 50/2006; sul punto F. CARINGELLA (diretto da), *Nuovo codice*, cit., 56; per una ricostruzione delle misure utili a gestire le sopravvenienze prima della riforma del Codice si veda *ex multis*, G.D. COMPORTI, *La rinegoziazione*, cit., 27; in materia di concessioni anche M. ZACCHEO, *Concessioni*, cit., 1 ss.; E. GUARNIERI, *Rinegoziazione*, cit., 1205 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Prima di affrontare *funditus* le diverse problematiche che sorgono dalla disciplina in esame, si osserva subito come la dottrina civilistica si sia interessata relativamente poco di questo interessante intervento normativo.

Per Trimarchi, l'art. 9 è perfettamente coerente con la disciplina civilistica dell'appalto, in quanto si applica allorquando la variazione nel costo di esecuzione dell'appalto superi l'alea normale: in questo caso, l'appaltatore ha diritto all'adeguamento del compenso come accade con l'art. 1664 cod. civ., mentre la stazione appaltante potrebbe comunque recedere, ai sensi dell'art. 123 del codice dei Contratti pubblici, tenendo indenne l'appaltatore per i lavori e le prestazioni eseguite. Per Gabrielli è chiaro che la positivizzazione del principio di conservazione nel settore dei contratti pubblici è espressione della peculiarità della materia e non della sua natura di principio di portata generale [159], diversamente non ne sarebbe stata necessaria una previsione esplicita.

Se queste autorevoli osservazioni possono nel complesso essere condivise, occorre meglio riflettere su alcuni profili: se si debba confinare la portata dell'art. 9, a dispetto della sua collocazione sistematica, al solo contratto di appalto; se possono considerarsi realmente assimilabili le due diverse discipline, quella dell'appalto privatistico e quella dell'appalto pubblico; se si può ricercare il fondamento di questa disciplina nella medesima *ratio* che si è sopra presentata a proposito dell'appalto fra privati, specie tenendo in considerazione che la disciplina pubblica si applica indistintamente tanto agli appalti di lavori che di servizi e di fornitura; se vi sia una apertura verso un modello atipico di gestione delle sopravvenienze, che offra cioè alle parti di ottenere la revisione del contratto a prescindere dalla tipizzazione della causa di alterazione del sinallagma. Inoltre, si è visto come l'istituto della rinegoziazione, a differenza dell'adeguamento, sia sostanzialmente alieno al codice civile, mentre qui compare con vigore, non più nella dimensione dell'obbligo, ma, almeno in apparenza, nelle forme della situazione giuridica soggettiva che ne fa da contraltare, il diritto.

Il primo punto da affrontare, allora, riguarda la portata del principio. Si discute se il principio di conservazione dell'equilibrio sia realmente da intendere come principio generale o se, piuttosto, sia una disposizione meramente riassuntiva dei casi espressamente previsti dalla normativa. E ciò, sia in termini di estensione a tutti i contratti pubblici della sequenza rinegoziazione-adeguamento, che in termini di tipizzazione delle cause di revisione in senso lato.

Tanto per il moto culturale che lo ha guidato, quanto per la lettura della Relazione illustrativa, il principio sembrerebbe esser pensato per avere la portata più ampia. Descrivendo l'approccio del novello Codice ai principi generali, la stessa Relazione enuncia l'intendimento di inserire i principi generali direttamente nel testo proprio allo scopo di renderli chiaramente vincolanti per le amministrazioni, onde evitare di confinarli ad una dimensione di mera astrattezza. Essi rappresentano, si legge, «criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica ("nomogenetica") rispetto alle singole norme. Il ricorso ai principi assolve, inoltre, a una funzione di completezza dell'ordinamento giuridico e di garanzia della tutela di interessi che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nelle singole disposizioni» [160].

L'intendimento è chiaramente quello di attribuire ai principi, e, dunque, anche al principio di

[159] E. GABRIELLI, *Sopravvenienza*, cit., 31, nota 39; in senso simile, S.P. PERRINO, *La rinegoziazione*, cit., 194, per la quale «non si rinvengono referenti espressivi di una nuova scelta politica in grado aprire l'ordinamento all'obbligo legale di rinegoziazione e all'obbligo di concludere il contratto rimodulato»; discutono della novella disciplina anche E. DEL PRATO, *Rinegoziazione*, cit., 1150 ss.; E. TUCCARI, *Sopravvenienze,* cit., nota 35.

[160] III – *Relazione agli articoli e agli allegati*, Camera dei deputati, 5 gennaio 2023, p. 10.

ISSN 2281-3918/2421-2563

conservazione dell'equilibrio, una portata generale e precettiva e ciò risulta ancor più evidente da un altro passaggio ove si enuncia l'obiettivo di «fornire una più puntuale base normativa anche a una serie di principi "precettivi", dotati di immediata valenza operativa» [161].

Ciò nondimeno, un primo approccio potrebbe essere quello di circoscrivere la portata del diritto di rinegoziazione e della previsione generale dell'adeguamento alla sola disciplina dell'appalto. Gli artt. 60 e 120, come si è visto, sono infatti contenuti nella parte dedicata al contratto di appalto pubblico. Tale posizione avrebbe avuto, forse, ragione di essere accolta se il legislatore avesse ristretto la disciplina della revisione e dell'adeguamento al solo appalto di lavori. In questo senso, la logica dell'appalto di lavori o di servizi, in allineamento con quella dell'appalto privato, non avrebbe giustificato un'estensione analogica della disciplina ad altri tipi. Tuttavia, non è il caso, il legislatore dei contratti pubblici ha chiaramente inteso estendere la disciplina degli artt. 60 e 120 anche agli appalti di servizi e di fornitura. Dal tenore letterale della disciplina essa sembra estendersi espressamente tanto all'una che all'altra fattispecie, comparendo in più tratti, nella parte dedicata all'esecuzione del contratto d'appalto, il riferimento ai servizi ed alla fornitura. Tale scelta, fra l'altro, si colloca in aperta rottura con quanto accaduto in occasione della pandemia Covid-19, in occasione della quale il legislatore aveva introdotto una serie di meccanismi di compensazione in favore delle imprese appaltatrici di lavori pubblici per compensare gli aumenti di prezzo delle materie prime, disposizioni che però si applicavano ai soli appalti di lavori e non anche a quelli di servizi e di fornitura, scelta la cui legittimità era stata ampiamente confermata dalla giurisprudenza amministrativa [162]. In prima battuta, emerge come la logica tipologica che si è riscontrata nella disciplina privatistica, quale fondamento dei meccanismi di revisione e conservazione, non si ritrova in questo contesto, dovendosi forse ricercare, e lo vedremo meglio nel prosieguo, nel peculiare rapporto fra p.a. e privati.

È di immediata evidenza come il campo applicativo sia da circoscrivere ai soli contratti di durata, sarebbe fuor d'opera pretendere l'estensione del diritto alla rinegoziazione a contratti in cui, pur essendo parte la p.a., tuttavia, non siano né di durata, né ad esecuzione differita. In questo senso, non si dovrà applicare il principio – e quindi le disposizioni di dettaglio che come vedremo ne costituiscono corollari – ad un contratto di vendita.

Non si vede, però, perché altre fattispecie dovrebbero rimanere escluse dalla disciplina della revisione e dell'adeguamento – a seconda della tipologia di sopravvenienza che si presenti – che costituiscono l'assetto rimediale utile a dare concretezza al principio di cui all'art. 9. L'art. 196, ad esempio, che disciplina la figura della locazione finanziaria in cui sia parte una p.a., prevede che, se c'è trasferimento del rischio operativo, si applichino le norme sulle concessioni, in caso diverso si applicheranno quelle in materia di appalto pubblico di lavori, quindi in teoria anche le disposizioni contenute negli artt. 60 e 120 [163]. Del resto, non si vede per quale ragione si dovrebbe riconoscere il diritto alla rinegoziazione

[161] III – *Relazione agli articoli e agli allegati*, cit., p. 10 ss.; per un esame in chiave privatistica dei principi generali del codice dei Contratti si rinvia a S.P. PERRINO, *La rinegoziazione*, cit., 187 ss.

[162] Sul punto, F. CARINGELLA (diretto da), *Nuovo codice*, cit., 57 s.

[163] A proposito delle concessioni, CdS 7 gennaio 2026, n. 115, in *giustizia-amministrativa.it*, scrive: «Non si vuole certo significare che, in caso di modalità esecutiva dei lavori che ne preveda l'esecuzione da parte del concessionario […] sia del tutto preclusa l'applicazione dell'istituto della revisione dei prezzi, ovvero del più generale principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale e del collegato strumento della rinegoziazione delle condizioni contrattuali (che hanno trovato recente riconoscimento normativo nell'art. 9 del d.lgs. n. 36/2023, pur non immediatamente applicabile ratione temporis). […] tuttavia ove intervengano fatti straordinari o imprevedibili non imputabili a quest'ultimo, tali da alterare l'equilibrio economico finanziario del contratto, vengono in rilievo, tra l'altro, i meccanismi revisionali del Piano Economico Finanziario».

ISSN 2281-3918/2421-2563

ed all'adeguamento in un appalto di servizi ed escluderlo nel contesto di un leasing traslativo, ai sensi del predetto art. 196.

7.2. Sopravvenienze e rinegoziazione: oltre l'adeguamento tipizzato?

Ben più complessa è la questione dell'estensione applicativa in termini di tipicità delle sopravvenienze e dei rimedi.

Per risolvere questa questione, occorre guardare più da vicino la disciplina dell'art. 120, il quale prevede che i contratti di appalto possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento:

a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste in clausole chiare, precise ed inequivocabili (comma 1, lett. a), e sempre che la struttura del contratto e l'operazione economica sottesa rimangano inalterate;
b) se è sopraggiunta la necessità di lavori, servizi o forniture supplementari e non sia possibile un cambio del contraente, poiché impraticabile per motivi economici o tecnici o perché comporti per la stazione appaltante notevoli disagi o un sostanziale incremento dei costi (comma 1, lett. b), e comunque non oltre il 50 per cento del valore del contratto iniziale;
c) se sono necessarie varianti in corso d'opera, resesi necessarie per effetto di circostanze non prevedibili da parte della stazione appaltante e, in particolare, relative: ad esigenze derivanti da nuove disposizioni legislative o regolamentari o da provvedimenti sopravvenuti; ad eventi naturali straordinari e imprevedibili e ai casi di forza maggiore che incidono sui beni oggetto dell'intervento; a rinvenimenti, imprevisti o non prevedibili con la dovuta diligenza nella fase di progettazione; a difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non prevedibili dalle parti in base alle conoscenze tecnico-scientifiche consolidate al momento della progettazione (comma 1, lett. c), sempre che la struttura del contratto e l'operazione economica sottesa rimangano inalterate, e comunque non oltre il 50 per cento del valore del contratto iniziale;
d) se un nuovo contraente sostituisce l'aggiudicatario nei casi previsti dal comma 1, lett. d);
e) quando si rimanga entro determinate soglie monetarie fissate dal comma 3, e sempre che la struttura del contratto e l'operazione economica sottesa rimangano inalterate.

Al di fuori di quanto detto, sono sempre ammesse le modifiche non sostanziali, a prescindere dal valore. I commi 6 e 7 specificano, poi, quando la modifica possa dirsi sostanziale *ex lege*; sono sostanziali quelle che: se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale avrebbero inciso sulla procedura di affidamento ampliando la sfera dei candidati e determinando una selezione diversa; mutano l'equilibrio economico del contratto a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale; estendono notevolmente l'ambito di applicazione del contratto (vedi per completezza il comma 6). Non sono sostanziali (comma 7), invece, – sempre che non determinino una delle circostanze menzionate – le modifiche che: assicurino risparmi, rispetto alle previsioni iniziali; realizzino soluzioni equivalenti o migliorative in termini economici, tecnici o di tempi di ultimazione dell'opera; nonché gli interventi imposti dal direttore dei lavori per la soluzione di questioni tecniche emerse nell'esecuzione dei lavori che possano essere finanziate con le risorse iscritte nel quadro economico dell'opera.

In sostanza, nel rispetto del diritto europeo, cui già si era adeguato il codice dei contratti pubblici

ISSN 2281-3918/2421-2563

nella previgente formulazione, sono vietate le modifiche sostanziali, in un'ottica di limitazione dello *ius variandi* della p.a., in funzione di tutela del privato affidatario e, in misura ancor più manifesta, della concorrenza [164]. I limiti legali alle modifiche che scalfiscono l'altrimenti immodificabile appalto pubblico, così come cristallizzato in sede di gara, aprono la strada ad un potere di intrusione nella sfera giuridica del privato contraente e di modificazione delle condizioni contrattuali, note ai non aggiudicatari, diversamente illegittimo.

Per le modifiche e le varianti, il comma 13 prevede, poi, l'autorizzazione del RUP (su proposta del direttore dei lavori, come previsto dall'Allegato II.14 all'art. 5). La collocazione della previsione, diversa rispetto a quella previgente dell'art. 106, che lo prevedeva sin dall'inizio della disposizione, è forse giustificata proprio dal fatto che, per la rinegoziazione di cui al comma 8, è previsto un procedimento diverso.

Il comma 8 prevede, infatti, che il contratto sia sempre modificabile ai sensi dell'articolo 9 e che nel caso in cui manchino clausole di rinegoziazione, la richiesta di rinegoziazione vada avanzata senza ritardo. In particolare, «il RUP provvede a formulare la proposta di un nuovo accordo entro un termine non superiore a tre mesi. Nel caso in cui non si pervenga al nuovo accordo entro un termine ragionevole, la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione».

L'art. 120 non brilla, senz'altro, per chiarezza, al punto che occorre valutare il rapporto fra il comma 8 ed i commi precedenti, per poter sciogliere una serie di nodi che la disciplina solleva.

Per quanto riguarda le modifiche di cui al predetto comma tre, quelle cioè entro le soglie monetarie predefinite, e per le varianti in corso d'opera di cui al comma 1, lett. c – che nella normativa previgente erano disciplinate rispettivamente dall'art. 106, comma 2 e comma 1, lett. c – il Consiglio di Stato aveva chiarito come si trattasse di modifiche «praticabili da parte dell'amministrazione committente, unica titolare del potere di modifica», mentre l'appaltatore avrebbe avuto soltanto la facoltà di accettarle o meno «salvo che, in presenza di determinate situazioni, sia obbligato a sottostarvi: in sintesi, sono modifiche possibili, ma che presuppongono l'accordo tra le parti, promosso però dalla stazione appaltante e regolato dalla legge nel preminente interesse del mercato e della concorrenza, nonché al fine di delimitare lo *ius variandi* del committente pubblico» [165]. In questo senso, sosteneva il Consiglio di Stato che esulasse dalla disciplina relativa alle modifiche la richiesta di revisione del prezzo da parte dell'appaltatore che non fosse espressamente disciplinata dalle clausole di revisione – al tempo della decisione non obbligatorie – ovvero da una legge speciale. Aggiungeva, poi, come ciò non escludeva che l'appaltatore in presenza dei suddetti presupposti di modifica potesse chiedere alla stazione appaltante una revisione contrattuale, tuttavia, il rifiuto non sarebbe stato giustiziabile.

Detto altrimenti, nella ricostruzione proposta dal Consiglio di Stato, le modifiche e le varianti suddette e di cui all'art. 106, oggi trasposte all'art. 120, sono applicabili essenzialmente su iniziativa della p.a., ma previo accordo con l'appaltatore.

A prescindere dall'accoglimento di questa prospettiva che ritiene possibile – non si capisce bene come – una coesistenza di potere autoritativo unilaterale e del consenso, è chiaro che le modifiche e le varianti della gran parte delle fattispecie menzionate dall'art. 120, dal comma 1 al 7, sono principalmente

---

[164] M. TRIMARCHI, *Perché derogare al codice civile nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Pa persona e amministrazione*, 2024, 172.

[165] CdS. 18 novembre 2024, n. 9212, in *giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2281-3918/2421-2563

a "favore della p.a." [166], o meglio, sono strettamente connesse con il perseguimento dell'interesse pubblico, principalmente all'ottenimento del servizio necessario ovvero al completamento dell'opera, con il limite della tutela della concorrenza che ne circoscrive il perimetro. Del resto, come si è visto, si tratta di modifiche di valore circoscritto in termini economici ovvero, comunque, di carattere non sostanziale, concetto, quest'ultimo, come si dirà a breve, di precisa portata tecnico-giuridica. Il sacrificio che si richiede all'appaltatore è giustificabile alla luce dei suddetti principi ed egli potrebbe avere, al più, un interesse alla revisione del prezzo che, laddove non contemplato dalle clausole di revisione di cui all'art. 60, rimane giuridicamente irrilevante (sempre che non si ricada nei presupposti del comma 8), quantomeno in una logica manutentiva del rapporto. È evidente, infatti, che l'accordo di cui parla il Consiglio di Stato nulla abbia a che vedere con l'autonomia privata, ma che si tratti, piuttosto, di un'incisione nella sfera giuridica altrui per il tramite dell'esercizio di un potere. Non è un caso che, proprio in riferimento alle modifiche in corso di esecuzione, una certa dottrina amministrativista parli di «focolaio pubblicistico» all'interno della fase esecutiva [167], ma non sarebbe fuor di luogo riportare il discorso entro lo schema diritto potestativo-soggezione. È indicativo, in questa prospettiva, come solo il comma 7, quello che definisce le modifiche non sostanziali *ex lege*, dia rilievo alla proposta proveniente dal privato, sottacendosi in merito a tale facoltà nelle diverse previsioni che lo precedono.

Il punto centrale di novità di cui vogliamo occuparci riguarda, però, l'ambito applicativo del comma 8. In particolare, occorre chiarire entro quali confini si debba collocare il diritto alla rinegoziazione e la conseguente possibilità di ottenere l'adeguamento del contratto, anche allo scopo di arginare quella giurisprudenza, sopra menzionata, che sembra aprire ad una revisione incondizionata del contratto ogniqualvolta si presenti una qualsiasi alterazione.

In particolare, occorre chiedersi, anzitutto, se il diritto alla rinegoziazione incontri solo i limiti di cui all'art. 9 – che, come si vedrà meglio appresso, contribuiscono anche a definirne la natura giuridica – con una sostanziale atipicità delle cause che giustifichino la richiesta di revisione del contratto in presenza di eventi straordinari ed imprevedibili che alternino la normale alea, aprendo così la strada ad un modello atipico della sequenza rinegoziazione-adeguamento ovvero se si sta semplicemente riconoscendo al privato il medesimo spazio di modifica concesso alla p.a. dai commi precedenti, ma alle condizioni eccezionali e ancor più circoscritte di cui all'art. 9. Per chiarirci con un esempio, quando si renda necessaria una variante d'opera, l'appaltatore (o anche la p.a. sia chiaro) potrà chiedere una revisione convenzionale del contratto solo quando essa non alteri la struttura e l'operazione economica sottesa e, comunque, non superi il 50 per cento del valore del contratto iniziale, oppure il diritto alla rinegoziazione si muove al di fuori di questi vincoli, fatto salvo sempre il limite di incerta determinazione della "non alterazione della sostanza economica" di cui all'art. 9. Nella dottrina che ha da subito commentato la novella, si è riflettuto circa la possibilità che l'art. 9 altro non fosse che una disposizione riassuntiva dei casi di revisione negoziale contemplati dagli artt. 60 e 120 [168], eppure come vedremo così non può essere.

---

[166] Di diverso avviso è C. BASUNTI, *La rinegoziazione*, cit., 182, per il quale, sovrapponendo l'ambito applicativo delle modifiche a quello della rinegoziazione, «L'impianto dell'art. 120 cod. civ. riconosce alla parte svantaggiata il potere di agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto con evidenti risvolti obbligatori circa la responsabilità (dell'amministrazione) per violazione dell'obbligo di rinegoziazione».

[167] F. FRACCHIA-W. GIULIETTI, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *Dir. econ*., 2, 2020, 203 ss.; ma anche, M. MAZZAMUTO, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Dir. econ*., 2022, 72 ss., il quale parla di «pressione giuspubblicistica sulla fase di esecuzione»; di diverso avviso è G.D. COMPORTI, *La rinegoziazione*, cit., 70.

[168] V. CERULLI IRELLI, *Il principio*, cit., 3.

ISSN 2281-3918/2421-2563

È evidente che le richieste della parte privata possano coincidere in concreto con le ragioni enunciate dai commi che precedono l'8 e tendenzialmente allo scopo di ottenere una revisione del prezzo, tuttavia, si deve ritenere che lo spazio della rinegoziazione sfugga a tali limiti tipizzati.

Una certa autorevole dottrina ritiene che, in sostanza, le cause di modifica del contratto e quelle in riferimento alle quali sorgerebbe un diritto alla rinegoziazione siano sostanzialmente sovrapponibili e che, solo in taluni casi eccezionali, il perimetro possa essere più ampio – è il caso della revisione dei prezzi superiore alle soglie dell'art. 60, ad esempio [169]. In nessun caso, comunque, si potrebbero superare i limiti disposti dall'art. 120 per le c.d. modifiche sostanziali, quei limiti, cioè, funzionali alla tutela della concorrenza, che facciano sorgere condizioni «che se fossero state contenute nei documenti di gara avrebbero potuto portare alla partecipazione di altri operatori» [170]. Eppure, anzitutto non è vero che «tutte le "modifiche" danno luogo a fatti di rinegoziazione» [171]; lo si è già detto, un conto è l'accettazione formale, talvolta obbligata, in altri casi comunque ineludibile, altro è la rinegoziazione, laddove la si voglia intendere – come si fa del resto nel discorso civilistico – come un vero e proprio confronto aperto fra parti che conduca ad un nuovo assetto di interessi reciprocamente disponibili (e non unilateralmente imposti). Si tratta di istituti ben diversi. Inoltre, la logica giustificatrice del combinato disposto fra l'art. 9 ed il comma 8 dell'art. 120 è far fronte ad evenienze realmente eccezionali ed imprevedibili, come norma di chiusura, appellabile in circostanze straordinarie. Del resto, sarebbe irragionevole pretendere di rintracciare le medesime logiche che giustificano le previsioni delle modifiche in corso di esecuzione, anche nei novelli istituti della rinegoziazione-adeguamento, tanto più se si guarda alla diversa storia normativa. Se le modifiche sono figlie della spinta europea e funzionali a garantire la *par condicio* fra imprese e, al contempo, aprire alla revisione contrattuale in un'ottica di miglior espletamento della commessa pubblica, la rinegoziazione è stata direttamente inserita su iniziativa del legislatore nazionale, come strumento di riequilibrio del rapporto negoziale in presenza di fattori eccezionali. Tutto ciò risulta ancor più evidente dal tenore letterale dei Consideranda relativi alle modifiche in corso di esecuzione, introdotti dalla Direttiva 2014/24/UE (nn. 107 ss.), che si avviano sempre col medesimo tono: «le amministrazioni aggiudicatrici potrebbero trovarsi di fronte all'esigenza di modifica» [172]; mai ci si riferisce all'interesse della parte privata. La disciplina delle modifiche, in definitiva, è orientata verso il miglior perseguimento dell'interesse pubblico e vuole evitare che la pubblica amministrazione nella fase di esecuzione del contratto sia svincolata da regole, anche in un'ottica anti-corruttiva [173] e principalmente allo scopo di tutelare il terzo non aggiudicatario, impedendo, cioè, che si giunga ad una sostanziale mutazione del contenuto negoziale, eludendo i vincoli di gara. Le disposizioni contenute nell'art. 9 e nel comma 8 dell'art. 120 non perseguono questi scopi e non si può pretendere di costruirvi intorno un abito che risponda a queste ragioni. Bisogna darsi pace, l'eccezionalità attenua le ragioni della concorrenza. Pretendere che si applichino regole ordinarie a casi eccezionali, una volta che, per di più, esista un regime straordinario, significherebbe alterare il disegno legislativo, sia tale scelta condivisibile o meno. Occorre chiedersi, al più, se tale obiettivo sia coerente con il paradigma normativo europeo.

---

[169] In questo senso si pone V. CERULLI IRELLI, *Il principio*, cit., 3 e 21, per il quale «si presenta uno spazio strettissimo perché la rinegoziazione possa operare al di là delle modifiche contrattuali espressamente previste dalla normativa»; in senso contrario E. GUARNIERI, *Rinegoziazione*, cit., 1205 ss.

[170] V. CERULLI IRELLI, *Il principio*, cit., 24.

[171] V. CERULLI IRELLI, *Il principio*, cit., 22.

[172] Non si tratta di una citazione letterale dei consideranda, presentando essi talune differenze nella struttura della locuzione, ma rimanendo quello menzionato il contenuto sostanziale.

[173] M.E. COMBA, *Il principio*, cit., passim.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Per farlo occorre ragionare sui limiti sostanziali alla rinegoziazione ed all'adeguamento. Laddove tali istituti realmente sfuggano ai limiti tipizzati dai diversi commi dell'art. 120, e, quindi, finiscano col rimanere vincolati soltanto a quanto stabilito dall'art. 9, c'è da chiedersi se il perimetro di eccezionalità che ne emerge sia realmente più ampio rispetto alle condizioni previste dall'art. 120 per quanto riguarda le modifiche; e, poi, che cosa intenda il legislatore quando si riferisce al limite di non alterazione della «sostanza economica» di cui al comma 2 dell'art. 9. Soprattutto per comprendere quale sia il significato da attribuire a tale nozione, specie in riferimento alle altre che emergono dall'art. 120 e dalla disciplina europea, ossia il «divieto di modificazione della struttura del contratto o dell'operazione economica» e, ancora, il divieto di apportare «modifiche sostanziali» [174].

Anzitutto, mentre il previgente art. 106, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 individuava, genericamente, nelle circostanze «impreviste ed imprevedibili» il presupposto per l'introduzione di varianti d'opera, l'attuale art. 120, comma 1, lett. c) provvede a tipizzare puntualmente talune cause di imprevedibilità circoscrivendole in una sorta di *numerus clausus*. L'art. 72 della Direttiva 2014/24/UE (al quale la disciplina italiana si adegua), d'altro canto, non fa menzione dei fattori eccezionali o imprevedibili [175]. È il Considerando 109 a far espresso riferimento al rapporto fra gestione dell'imprevedibile e contratti di durata ove si legge che «le amministrazioni aggiudicatrici si trovano a volte ad affrontare circostanze esterne che non era possibile prevedere». Il Considerando prosegue, poi, con un passaggio che occorre qui riportare per la sua portata chiarificatrice: «Il concetto di circostanze imprevedibili si riferisce a circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione […]. Tuttavia, ciò non si applica qualora una modifica comporti una variazione della natura generale dell'appalto, ad esempio sostituendo i lavori, le forniture o i servizi oggetto dell'appalto con qualcosa di diverso, oppure comporti un cambiamento sostanziale del tipo di appalto poiché, in una situazione di questo genere, è possibile presumere un'influenza ipotetica sul risultato».

Ciò significa che, nella stessa struttura pro-concorrenziale europeistica, alla gestione dell'imprevedibile non vada applicato il criterio delle modifiche sostanziali, che si esprime in sostanza nel cosiddetto *scope of the competition test* [176], ossia quel giudizio controfattuale volto a verificare se la modifica, qualora nota al momento dell'indizione della gara, avrebbe determinato la presentazione di offerte differenti o sollecitato la partecipazione di ulteriori concorrenti.

Se non si ritenesse significativo, da solo, il tenore del Considerando sopra riportato, si potrebbe rilevare, inoltre, che il limite alle modifiche sostanziali non è il criterio generale previsto per tutte le fattispecie elencate dal 120. Ad esempio, il comma 1, lett. a), dell'art. 120 [177] che ammette le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, quando esse siano previste in clausole chiare, precise e inequivocabili dei documenti di gara iniziali [178], sottopone l'estensione modificativa al solo limite del «divieto di modificazione della struttura del contratto o dell'operazione economica», e non a quello delle «modifiche sostanziali» per l'ovvia ragione che, in questo caso, vi è una presunzione di conoscenza da parte

[174] Affronta il punto, pur con argomentazioni diverse, anche P. PATRITO, *Contratti*, cit., 1806 ss.

[175] M.E. COMBA, *Il principio*, cit., 1980.

[176] Si vedano sul punto Corte di giustizia: C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur* c. *Austria* e C-549/14, *Finn Frogne AS* c. *Danimarca*, sulla quale *ex multis*, M.E. COMBA, *Il principio*, cit., 1978 ss.; nonché, Corte di Giustizia UE, *CAS Succhi di Frutta s.p.a.,* 22 aprile 2004, nella causa C-496/99.

[177] P. PATRITO, *Contratti*, cit., 1808.

[178] Un certo orientamento ritiene che le clausole di rinegoziazione di cui all'art. 9, comma 3, possano coincidere con quelle dell'art. 120, comma 1, lett. a) (in questo senso, P. PATRITO, *Contratti*, cit., 1809), tuttavia, per quanto si è detto diffusamente, è chiaro che clausole di modifica e clausole di rinegoziazione abbiano un contenuto e un ambito applicativo diverso.

ISSN 2281-3918/2421-2563

degli altri aggiudicatari dell'effetto che risulta dall'applicazione della clausola, senza che, pertanto, vi possa essere in concreto un'alterazione dell'originaria *par conditio*. Dalla lettura del Considerando 109 sappiamo poi che la «modificazione della struttura del contratto o dell'operazione economica», consiste in una «variazione della natura generale dell'appalto» oppure in un «cambiamento sostanziale del tipo di appalto», e cioè qualcosa, che nulla ha a che fare con il limite delle modifiche sostanziali (così come sopra inteso) o con i vincoli di tipo quantitativo tipizzati [179]. Si tratta, piuttosto, di un ordine di valutazione di tipo funzionalistico-causale che verrebbe ad essere violato quando, ad esempio, si sostituisca un appalto di lavoro con una fornitura o viceversa; oppure, quando, pur rimanendo nel *genus* di riferimento, ad esempio in contratti di fornitura, vi sia una modificazione del tipo contrattuale.

A ciò si aggiunge che rinegoziazione ed adeguamento mirano proprio a mantenere in piedi il contratto di fronte a fatti che sfuggono alla possibile immaginazione. Si pensi se, in un mondo pre-pandemico, si sarebbe potuta pensare una clausola precisa e puntuale che prevedesse come comportarsi di fronte ad una chiusura generalizzata e globale delle attività commerciali. Sicché l'orientamento che vuole ridurre i fatti che giustificano la rinegoziazione alle sole modifiche sostanziali finisce per obliterare, oltre che il senso del Considerando citato, il perimetro di eccezionalità che connota l'art. 9. Il limite delle modifiche sostanziali risulterebbe inconciliabile con le esigenze predicate dall'art. 9. Tale disposizione, infatti, oltre a richiamare le circostanze eccezionali, straordinarie e imprevedibili, richiede che l'evento esorbiti dall'alea normale del contratto. Criterio, quest'ultimo, che non attiene alla mera prevedibilità astratta della circostanza, ma alle modalità con cui quest'ultima incide concretamente sul rischio tipizzato all'interno dell'assetto contrattuale.

In conclusione, il divieto di non alterazione della sostanza economica (di cui al comma 2, art. 9), inteso alla stregua del Considerando 109, e cioè in chiave funzionale, proprio perché avente ad oggetto il rapporto fra contratto di durata pubblico e gestione delle sopravvenienze, non può che essere inteso come unico limite sostanziale che incontrano rinegoziazione ed adeguamento. Se quanto detto è vero, ne consegue che il giudizio circa la non alterazione della sostanza economica, da intendersi come giudizio relativo all'alterazione della causa negoziale, potrebbe ben essere operato dal giudice ordinario, che, anzi, è il più attrezzato allo scopo [180].

Si deve ritenere, per ciò tanto, che la procedura rinegoziazione-adeguamento sia estranea ad ogni presupposto di tipicità e che si applichi a tutte le ipotesi di sopravvenienze, al di fuori del perimetro dei casi positivizzati ed espressi dagli artt. 60 e 120 [181], e che, in definitiva, la volontà legislativa sia quella di disporre un trattamento omogeno delle sopravvenienze tipiche ed atipiche, che rientrino nei presupposti dell'art. 9 e non impongano una trasformazione funzionale del tipo negoziale.

Dallo stesso art. 120 emergono, del resto, procedimenti diversi, quello previsto dal comma 13 per le modifiche e quello disciplinato dallo stesso comma 8 per la rinegoziazione [182]. Nondimeno, è stato

---

[179] Nel senso che costituiscono parametri diversi, pur giungendo a differenti opposte, vedi P. PATRITO, *Contratti*, cit., 1809.

[180] È evidente, però, che, qualora la rinegoziazione approdi a un accordo che alteri la sostanza del contratto, emerga con forza il problema della tutela dei terzi. Sul punto, la giurisprudenza di legittimità (S.U. 28211/2019) ha chiarito che le contestazioni dei terzi relative a modifiche contrattuali rientrano nel contenzioso sulle procedure di affidamento, spettando dunque alla giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e) c.p.a.

[181] In questo senso B. MARCHETTI, *Principio*, cit., 295 ss.; così anche P. PATATINI, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, Convegno "Nuovo Codice degli Appalti Riflessi sulle società quotate", tenutosi presso la LUISS, Roma, il 20 ottobre 2023, in *Giustiziamministrativa.it*, 12 ss.

[182] Sulla scansione delle fasi del procedimento di rinegoziazione "pubblico" vedi G.D. COMPORTI, *La rinegoziazione*, cit., 48 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

rilevato come, anche nella rinegoziazione, la proposta sia comunque formulata dal RUP e che, perciò, non si tratterebbe di un vero e proprio dialogo aperto fra le parti [183], eppure è chiaro come la struttura della disposizione sia radicalmente diversa; anche in presenza di una proposta del RUP non equilibrata e perciò rifiutata dalla parte, essa stessa potrebbe chiedere un intervento giudiziario riequilibrativo. Il comma 8, infatti, dà rilievo al mancato raggiungimento dell'accordo come criterio sufficiente ad ottenere l'adeguamento; non è necessario l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione, un rifiuto, che al più rileverà in termini risarcitori [184], ma è sufficiente che la proposta non corrisponda alla ragione di riequilibrio.

Se è chiaro che l'interesse che ispira la logica delle disposizioni di cui ai primi sei commi dell'art. 120 sia essenzialmente l'interesse pubblico, è altrettanto chiaro che a giustificare il binomio rinegoziazione-adeguamento sia la particolare strutturazione tipologica dello schema del contratto pubblico e l'asimmetria condizionativa che lo contraddistingue. La previsione dell'adeguamento giudiziale che segue il tentativo di rinegoziazione, seppur abbia come presupposto di applicazione la concreta posizione di disequilibrio che si sia venuta a generare come conseguenza della sopravvenienza, è intimamente connessa all'asimmetria di poteri che, a monte, contraddistingue l'operazione negoziale pubblica. La pretesa di giustificare il meccanismo rinegoziazione-adeguamento esclusivamente alla luce del miglior perseguimento dell'interesse pubblico e del principio del risultato [185], che vedremo nei paragrafi successivi trovare comunque rilievo e tutela nella fase di rinegoziazione ed adeguamento, appare un'ingiustificata forzatura.

La *ratio* di questa nuova disciplina va ricercata, dunque, in prima battuta, nel rapporto fra pubblico e privato e nell'asimmetria che si crea già a partire dalla fase di ricerca del contraente, ma soprattutto in sede di esecuzione del contratto. Basti pensare a quanto si è detto a proposito delle modifiche unilateralmente imposte, all'istituto del c.d. quinto d'obbligo e, ancora, al già menzionato art. 123 che consente alla stazione appaltante di recedere dal contratto in qualunque momento, a condizione di tenere indenne l'appaltatore, in modo pressoché speculare all'art. 1671 cod. civ.

Anche in questo contesto, dunque, è il condizionamento unilaterale a giustificare un rafforzamento dei rimedi conservativi dell'equilibrio, tanto che lo strumento complesso, di cui si avvale il legislatore per controbilanciare la sfera di intrusione unilaterale della p.a., è proprio lo schema rinegoziazione-adeguamento che, in condizioni di eccezionalità, consente di contrastare tale unilateralità conformativa del rapporto, offrendo al privato un efficace strumento di tutela.

In questo senso, appare perfettamente razionale la scelta legislativa di rafforzare, proprio nel contesto della contrattazione pubblica, i rimedi di adeguamento, fortificando la tensione alla conservazione e, quindi, alla revisione negoziale; e che, in definitiva, a differenza di quanto è stato pure autorevolmente sostenuto [186], tale meccanismo, almeno in un'ottica di generalizzazione e non di circoscrizione tipologica, si giustifichi di più in questo contesto che non in quello dei rapporti fra privati.

---

[183] S.P. PERRINO, *La rinegoziazione*, cit., 197.

[184] V. ROSSI, *La revisione*, cit., 39; E. GUARNIERI, *Rinegoziazione*, cit., 1213.

[185] Nella letteratura civilistica è questa la posizione di C. BASUNTI, *La rinegoziazione*, cit., 168.

[186] V. CERULLI IRELLI, *Il principio*, cit.

ISSN 2281-3918/2421-2563

7.3. La "funzione" della rinegoziazione nell'esecuzione del contratto pubblico e la natura delle situazioni giuridiche soggettive

Quanto sinora detto è stato utile per ricostruire il senso e la portata dell'intervento legislativo. L'esame della disciplina ha consentito di stabilire come la logica dell'adeguamento che si ritrova nella disciplina dei contratti pubblici non sia poi così lontana dalle fattispecie speciali in riferimento alle quali il codice civile appresta rimedi analoghi. Occorre soffermarsi ancora sulla natura giuridica e sulla funzione della fase di rinegoziazione nell'esecuzione del contratto pubblico [187], anche allo scopo di chiarire quale siano le situazioni giuridiche soggettive in discussione e quale sia il significato da attribuire all'enigmatico "diritto alla rinegoziazione".

Il problema della natura giuridica delle situazioni soggettive dei privati in sede di revisione del contratto pubblico, connesso alla determinazione della competenza giurisdizionale, è stato affrontato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Suprema Corte in relazione alle clausole di revisione dei prezzi. La storia normativa di questo istituto [188] – che ha visto in modo alternante prima la previsione di un obbligo, in seguito divenuta facoltà, poi un ritorno all'obbligatorietà – è stata attratta da due opposte esigenze, da un lato, quella di evitare che la p.a. venga chiamata a sostenere costi non preventivati, in un'ottica di contenimento della spesa pubblica, dall'altro, l'esigenza di adeguare le prestazioni alle mutate esigenze, anche nell'interesse, sempre generale, a non investire infruttuosamente risorse pubbliche, specialmente nel particolare contesto dell'appalto di lavori.

La giurisprudenza ormai consolidata del Consiglio di Stato ritiene che la revisione dei prezzi risponda essenzialmente alla tutela dell'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi a favore delle pubbliche amministrazioni non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa e, solo secondariamente, alla tutela dell'impresa che abbia subito l'aumento del prezzo. Di qui la qualificazione di interesse legittimo in riferimento all'indagine sull'*an* dei presupposti per ottenere la revisione e di diritto soggettivo in merito alla sola valutazione del *quantum* della pretesa, quando vi siano parametri oggettivi e prefissati [189]. Così si legge: «l'istituto della revisione prezzi si atteggia secondo un modello procedimentale volto al compimento di un'attività di preventiva verifica dei presupposti necessari per il riconoscimento del compenso revisionale, modello che sottende l'esercizio di posizione di potere autoritativo tecnico-discrezionale dell'amministrazione nei confronti del privato contraente» [190]. A semplificare il quadro si aggiunge l'art. 133, comma 1, lettera e) n. 2, c.p.a. che riconosce poi una competenza giurisdizionale esclusiva al g.a. in merito alle controversie relative «alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica […]». La valutazione

[187] Nella letteratura civilistica il tema è affrontato da S.P. PERRINO, *La rinegoziazione*, cit., 188, per la quale «la rinegoziazione si differenzia dalla revisione dei prezzi e ciò implica che la presentazione della richiesta non determini l'avvio di un procedimento amministrativo, entro cui è demandata un'istruttoria alla amministrazione competente all'accertamento dei presupposti applicativi, ne´ occorre l'adozione di un provvedimento amministrativo autoritativo, recante il contenuto del contratto rinegoziato. Ulteriore corollario di detta qualificazione giuridica è la giurisdizione sulla rinegoziazione consensuale in capo al giudice ordinario».

[188] Ne danno ampiamento conto V. ROSSI, *La revisione*, cit., 2024, passim e P. PATRITO, *Contratti*, cit., 1800 ss.; vedi anche V. CERULLI IRELLI, *Il principio*, cit., 14 ss.

[189] Cass. ss.uu. 9 giugno 2020, n. 21990, in *OneLegale*.

[190] CdS. 5 marzo 2018, n. 1337, in *giustizia-amministrativa.it*; ma anche, *ex multis*, CdS 4 marzo 2015, n. 1074, *giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2281-3918/2421-2563

della spettanza compete, dunque, al giudice amministrativo [191] e, trattandosi di giurisdizione esclusiva, la necessità di indagare la natura giuridica della posizione sottostante sarebbe sempre utile, ma non ai fini di individuazione del giudice competente, estendendosi tale giurisdizione tanto ad interessi legittimi che a diritti soggettivi [192].

Tutto ciò premesso, occorre chiedersi, anzitutto, se tale assunto sia rimasto immutato anche alla luce della novella in discussione che, all'art. 60, ha previsto l'attivazione delle clausole di revisione «al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva» [193]. Certo è che tale meccanismo automatico sembra operare slegato da un potere discrezionale e, occorre dirlo, la stessa motivazione del Consiglio di Stato circa il mantenimento qualitativo del servizio non sembra poi così forte. Che si tratti, forse, di un diritto soggettivo? [194] Tale conclusione porrebbe ombre sulla stessa legittimità costituzionale della previsione di una giurisdizione esclusiva alla luce del tradizionale orientamento della Cassazione che pone come presupposto per la giurisdizione esclusiva l'esistenza di un intreccio di interessi legittimi e diritti soggettivi che, nel caso di specie, verrebbe a mancare [195].

Lasciando da parte l'istituto della revisione dei prezzi e tornando a rinegoziazione ed adeguamento, modello in riferimento al quale il legislatore nulla ha detto in punto di giurisdizione, come si è già anticipato, vi è chi sostiene che, nella contrattazione pubblica, la rinegoziazione miri a garantire, anche nella fase di esecuzione, la tensione verso il buon andamento ed il corretto perseguimento degli interessi pubblici sottesi all'affare, in applicazione del tanto celebrato principio del risultato [196].

Sulla stessa linea si colloca chi attribuisce alla formula "diritto alla rinegoziazione" una portata atecnica. Detto altrimenti, non si tratterebbe propriamente di un diritto soggettivo, piuttosto di una situazione di aspettativa o di interesse legittimo [197]. In particolare, per taluni autori, si tratterebbe di un interesse a che la p.a. dia inizio ad un procedimento tecnico discrezionale ove essa stessa potrà valutare l'opportunità di pervenire ad una variazione del regolamento contrattuale. Tale soluzione che rispecchia le posizioni tradizionali sul tema, figlie di un modello concettuale ove la revisione, laddove ammessa, era sempre considerata esercizio di potere discrezionale – in linea, del resto, con la giurisprudenza sopra menzionata –, poco si sposa, a nostro parere, con la *ratio* della riforma.

Così si è anche sostenuto che dalla qualificazione in termini pubblicistici di questo rimedio [198], quello

---

[191] V. Rossi, *La revisione*, cit., 41 s.

[192] CdS. 24 marzo 2022, n. 2157, *giustizia-amministrativa.it*.

[193] Ne discute V. Cerulli Irelli, *Il principio*, cit., 16.

[194] Così anche P. Patrito, *Contratti*, cit., 1804.

[195] Sul punto si vedano Cass. ss.uu. 16 gennaio 2018, n. 895 e Cass., S.U., 31 ottobre 2019, n. 28211, entrambe in *OneLegale*, per cui «la giurisdizione esclusiva […] conduce alla identificazione di un'area nella quale sono in campo interessi legittimi e diritti soggettivi in correlazione tra di loro»; ma anche, Corte cost. n. 204 del 2004, in *cortecostituzionale.it*.

[196] V. Cerulli Irelli, *Il principio*, cit., 11; così anche E. Guarnieri, *Rinegoziazione*, cit., 1205 ss., per il quale «tenuto conto che l'art. 9 fa applicazione del principio del risultato, si può ammettere che sussiste una precisa direzione finalistica dietro l'obbligo di rinegoziazione: pur intercettando e soddisfacendo la posizione di svantaggio dell'operatore economico "colpito" dalla sopravvenienza, il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale è posto anzitutto a garanzia della realizzazione dell'interesse pubblico concretamente perseguito dall'amministrazione con il contratto ormai squilibrato. L'interesse pubblico, quindi non sta al di fuori della vicenda della rinegoziazione e di revisione prezzi; […] Insomma, mentre per il diritto privato è anzitutto la buona fede – principio modale ad effetti finalistici – ad imporre la rinegoziazione, per il diritto dei contratti pubblici, la rinegoziazione è invece dovuta direttamente al principio finalistico della funzionalizzazione»; così anche A. Benedetti, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, 2024, 231 ss.; in senso contrario G.D. Comporti, *La rinegoziazione*, cit., 2024.

[197] G. Balocco-G. Scaccheri, *L'obbligo*, cit., 716; G.F. Nicodemo, *Il principio*, cit., 570.

[198] F. Caringella (diretto da), *Nuovo codice*, cit., 57.

ISSN 2281-3918/2421-2563

impropriamente definito diritto alla rinegoziazione, ne deriverebbe per il privato la possibilità di avvalersi dei rimedi tipici dell'interesse legittimo, con la conseguente necessità di attivare un procedimento amministrativo, nel quale la p.a. dovrà svolgere attività istruttoria funzionale a valutare l'esistenza dei presupposti per la rinegoziazione, con un sostanziale obbligo di provvedere *ex* art. 2 l. n. 241/1990. In senso analogo, si è detto che, nella rinegoziazione pubblicistica, «il riequilibrio del sinallagma dipende da una decisione amministrativa che scaturisce dalla ponderazione di ragioni eminentemente pubblicistiche […] e fa da contraltare al diritto del contraente privato alla conservazione dell'equilibrio contrattuale il potere di rinegoziazione della P.A., che, a ben vedere, non è esercitato secondo i canoni dell'autonomia privata, ma invece secondo quelli della discrezionalità amministrativa» [199]. Per questa ragione l'A. attribuisce all'art. 9 la natura di norma di azione, quel tipo di norma, cioè, che mira a regolare la potestà amministrativa funzionalizzandola alla cura dell'interesse pubblico. Eppure, sempre che si voglia utilizzare la coppia concettuale antitetica fra norme d'azione e norme di relazione [200], la sequenza rinegoziazione-adeguamento, a differenza delle modifiche in corso di esecuzione, parrebbe operare, piuttosto, – alla luce di quanto si è detto e nonostante sia formalmente azionabile sia da stazione appaltante che da appaltatore – come limite al potere conformativo della stazione appaltante, limite connesso con la strutturazione del contratto pubblico e con la ragione squisitamente privatistica di tutela della parte sulla quale viene a collocarsi il peso della sopravvenienza [201].

La preoccupazione che muove queste posizioni dottrinali è che, per il tramite di una rinegoziazione ingiustificata, si aggiri l'evidenza pubblica, andando a pregiudicare la posizione dei terzi non aggiudicatari.

Intanto, si è già detto come i presupposti sostanziali della revisione richiedano la presenza di tutte le circostanze elencate dal primo comma dell'art. 9, circostanze che attribuiscono al rimedio una portata del tutto eccezionale. Poi, lo stesso art. 9, oltre quanto già si è chiarito a proposito del divieto di alterazione della sostanza economica, individua dei limiti ulteriori che occorre adesso indagare meglio, non solo perché rappresentano il perimetro definito dal legislatore come argine alla revisione negoziale eccezionale, ma anche per inquadrare la natura giuridica del diritto alla rinegoziazione.

Anzitutto, vi è il limite funzionale del riequilibrio. La revisione contrattuale deve pareggiare un rapporto squilibrato ed a tale obiettivo è vincolata l'attività modificativa [202]. Altro limite che sembra apparentemente

---

[199] G.F. NICODEMO, *Il principio*, cit., 569; in critica a questa posizione si veda, invece, G. DE CESARE, *Diritto alla rinegoziazione dell'appalto pubblico e riparto di giurisdizione: una passeggiata sul crinale tra diritto sostanziale e processuale*, in *DPCIeC*, 3, 2024, 771, per il quale l'A. starebbe confondendo «la discrezionalità amministrativa con la funzionalizzazione dell'attività *iure privatorum* dell'amministrazione a fini di interesse pubblico».

[200] Ferme comunque le critiche mosse alla ricostruzione guicciardiana di cui si avvale l'autore in commento, su cui vedi M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 229 s., per il quale «La teoria guicciardiana si fonda infatti sulla nota distinzione tra le norme che regolano l'attività amministrativa: norme di relazione, poste nell'interesse individuale; norme di azione, poste nell'interesse pubblico; norme non giuridiche, che incidono sull'esercizio del potere discrezionale; donde le tre specie di stati viziati del provvedimento amministrativo illiceità, illegittimità, inopportunità – e i tre giudici in vario modo competenti a conoscere delle relative controversie – giudice ordinario, giudice amministrativo di legittimità, giudice amministrativo di merito– […] La costruzione del Guicciardi ha ricevuto molte critiche […] La norma attributiva di diritti (o di relazione) non è vero che sia solo a tutela di interessi privati, ma lo è anche di pubblici; così pure la norma detta d'azione ha attitudine a regolare, e in moltissimi casi in effetti regola, anche interessi privati; non è vero che la discrezionalità sia dominata solo da norme non giuridiche: il meccanismo è in realtà molto più complesso».

[201] In linea con l'art. 1, comma 1-bis del cod. proc. amm. per cui «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente».

[202] Sul punto già V. LOPILATO, *Le clausole*, cit., 1911 ss., per il quale, una volta che si rispetti tale limite, «viene certamente salvaguardata la regola della parità di trattamento: nessuno, infatti, potrebbe lamentare che il contratto concluso abbia offerto "nuove" e "diverse" possibilità all'impresa aggiudicataria che non siano state oggetto di una procedura concorsuale»

ISSN 2281-3918/2421-2563

emergere dal primo comma riguarda il condizionamento economico del diritto alla rinegoziazione. Si legge, infatti, che gli oneri per la rinegoziazione devono essere fatti pesare esclusivamente «sulle somme a disposizione indicate nel quadro economico dell'intervento, alle voci imprevisti e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta». Sembrerebbe, dunque, che si sia costituito un vincolo economico alla possibilità di rinegoziazione-adeguamento del rapporto contrattuale e che ogniqualvolta, per le circostanze imprevedibili, la rinegoziazione – o l'adeguamento del contratto non rinegoziato – richieda uno sforzo economico per la p.a. superiore a quanto preventivato, il diritto del privato, magari pure determinato in sede di adeguamento dall'autorità giudicante, dovrebbe rimanere insoddisfatto.

Per questa ragione, taluni parlano di diritto soggettivo vincolato o comunque condizionato o, ancora, di diritto "finanziariamente condizionato" [203], definizione, quest'ultima, fatta propria anche dalla giurisprudenza amministrativa più recente [204]. Detto altrimenti, la rinegoziazione incontrerebbe una serie di limiti finanziari, oltre che di trasparenza e di decadenza – insieme al generale divieto di alterazione della sostanza economica del contratto – da cui sarebbe ricavabile «un limite quantitativo alla possibilità di apportare modifiche ai contratti pubblici in corso di esecuzione» [205]. Tali limiti, che andrebbero accertati dalla p.a., vengono, poi, enfatizzati da altri a sostegno della qualificazione in senso pubblicistico dell'interesse alla rinegoziazione [206].

Chi sostiene il condizionamento finanziario dei margini di rinegoziazione ritiene che «si tratta di una soglia legale del margine di adeguamento tollerato che si risolve in un ampliamento del rischio contrattuale dell'impresa, nella misura in cui la stessa viene privata della possibilità di gestire in via negoziale le sopravvenienze per la parte eccedente la disponibilità del quadro economico: sacrificio variabile in ragione dell'andamento della contabilità dell'appalto e da ritenere ragionevole nel bilanciamento con gli interessi di rango costituzionale implicati (artt. 41, 81 e 97 cost.)» [207] e che lascerebbe comunque aperta la possibilità all'appaltatore di domandare risoluzione e risarcimento.

Anzitutto, è chiaro che si tratti di piani diversi, quello del diritto alla rinegoziazione, di tipo relazionale, e quello della individuazione delle voci imprevisti e accantonamenti e delle economie di ribasso d'asta, di tipo organizzativo. Si tratta, infatti, di norme organizzative-contabili che fungono da criterio di gestione della fase di rinegoziazione e che non influenzano la natura giuridica dell'interesse sotteso. Il punto è comprendere se la pretesa del privato possa essere condizionata dalla sussistenza di tali risorse accantonate. Una volta che ricorrano i presupposti legali per la rinegoziazione, condizionare la pretesa modificativa ad un limite economico significa introdurre una forma di limitazione della responsabilità che il riferimento al bilanciamento di valori costituzionali potrebbe non giustificare, finendo, anzi, col favorire comportamenti abusivi da parte delle stesse pp.aa. e creare situazioni di disparità con il privato che viceversa potrebbe essere obbligato all'adeguamento negoziale senza alcun limite.

Non è da escludersi, tuttavia, che il legislatore abbia voluto circoscrivere il rischio dell'attività negoziale attraverso una sorta di destinazione patrimoniale di fondi che rimangono vincolati al perseguimento di una funzione (quella di gestire l'imprevedibile) e che finisce col circoscrivere i margini delle pretese funzionalmente connesse a tale destinazione. La legittimità di tale operazione si dovrebbe poggiare,

---

[203] B. MARCHETTI, *Principio*, cit., 29 e E. GUARNIERI, *Rinegoziazione*, cit., 1205 ss.; G.D. COMPORTI, *La rinegoziazione*, cit., 36 ss. che parlano di diritto finanziariamente condizionato.

[204] TAR Toscana 30 maggio 2025, n. 964, in *giustizia-amministrativa.it*.

[205] G.D. COMPORTI, *La rinegoziazione*, cit., 46; M.E. COMBA, *Il principio*, cit., 1983.

[206] G.F. NICODEMO, *Il principio*, cit., passim.

[207] G.D. COMPORTI, *La rinegoziazione*, cit., 46; ma anche, M.E. COMBA, *Il principio*, cit., 1983.

ISSN 2281-3918/2421-2563

tuttavia, sul fatto che anche per il privato sia determinabile tale valore, così da poter anch'esso bilanciare la propria sfera di rischio [208]. È altrettanto evidente, poi, che non si tratterebbe di un vero e proprio diritto condizionato, ovvero di una condizione in senso tecnico, poiché il diritto soggettivo che verrebbe a crearsi di fronte all'evento sopravvenuto eccezionale ed imprevedibile è un diritto pienamente efficace ed incondizionato, si tratterebbe piuttosto di una limitazione legale di responsabilità; detto altrimenti, sarebbe la pretesa modificativa, soggettivamente piena e compiuta, ad incontrare un limite legale di esigibilità nella base patrimoniale costituita ai sensi dell'art. 9.

Sulla medesima scia vi è così chi ha rintracciato un'ulteriore limitazione all'esercizio del diritto di rinegoziare nella disciplina delle riserve [209]. Il diritto di rinegoziare si scontrerebbe con il rigore delle formalità imposte a proposito dell'obbligo formale di iscrivere la riserva entro la finestra temporale individuata dal codice, che farebbe decadere, in caso di mancato adempimento dell'onere, dal diritto alla rinegoziazione [210], configurando un regime particolarmente gravoso per l'appaltatore, con un onere di comunicazione che, in taluni casi, potrebbe rivelarsi impossibile da adempiere. È evidente, pertanto, come l'istituto della rinegoziazione sia ontologicamente – sempre in ragione del carattere di eccezionalità-imprevedibilità che ne fa da presupposto – incompatibile con questa disciplina [211].

A partire dalle diverse impostazioni prospettate sorge, poi, il problema dell'individuazione del giudice competente a provvedere all'adeguamento ai sensi del comma 8 dell'art. 120. Chi propende per la natura pubblicistica della fase di rinegoziazione, riconosce la giurisdizione del giudice amministrativo [212], chi, invece, attribuisce alla rinegoziazione, ma soprattutto all'adeguamento – che pure sarebbe

---

[208] In senso simile, M.E. COMBA, *Il principio*, cit., 1983 per il quale «Il quadro economico, dunque, si trasforma da mero atto interno ad elemento la cui conoscenza da parte dell'operatore economico è necessaria per formulare un'offerta informata, con la conseguenza che dovrà essere reso disponibile, dato l'innegabile interesse dell'offerente, qualora non venga direttamente pubblicato tra gli atti di gara».

[209] Le riserve servono a garantire «il continuo ed efficace controllo della spesa pubblica, la tempestiva conoscenza e valutazione, sulla base delle risultanze contenute nel registro di contabilità, delle eventuali pretese economiche avanzate dall'appaltatore e l'adozione di ogni misura e iniziativa volte a evitare che i fondi impegnati si rivelino insufficienti» (art. 7, comma 1 all. II.14 Codice).

[210] Sul termine di decadenza, pur in un contesto normativo diverso, si veda Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 2112 del 25/01/2022 per la quale ricade sull'appaltatore «l'onere di indicare tutte le domande che crede di fare, di contestare immediatamente ogni circostanza che riguardi le prestazioni (eseguite o non), la quale sia suscettibile di comportare un incremento delle spese previste, mediante un atto, pur esso a forma vincolata quanto a tempo e modalità di formulazione, cui deve provvedere tempestivamente, a pena di decadenza, non soltanto per un dovere di lealtà contrattuale e per l'esigenza di tempestivi controlli, ma soprattutto nell'interesse pubblico di consentire all'Amministrazione appaltante la tempestiva verifica delle contestazioni, attesa la necessità della continua evidenza della spesa dell'opera in funzione della corretta utilizzazione e della eventuale integrazione dei mezzi finanziari predisposti per la sua realizzazione». Sul punto puntualmente Trib. Roma 31 marzo 2023, n. 5303, in *OneLegale*, per il quale *«*...nei pubblici appalti, anche in relazione ai fatti produttivi di danno continuativo, la riserva va iscritta contestualmente o immediatamente dopo l'insorgenza del fatto lesivo, percepibile con la normale diligenza, mentre solo il «quantum» può essere successivamente indicato, sicché la riserva può essere iscritta successivamente solo ove l'appaltatore abbia la necessità di attendere la concreta esecuzione dei lavori per avere consapevolezza del preteso maggior onere che tale fatto dannoso comporta», commentata da S. MENTO, *Note sulla disciplina delle riserve nel codice dei contratti pubblici*, in *appaltiecontratti.it*, ove ripercorre l'evoluzione della disciplina delle riserve nella contrattazione pubblica.

[211] Così S. VINTI, *L'implosione del riequilibrio contrattuale*, in *federalismi.it*, 8, 2025, 193, il quale ravvisa un potenziale conflitto tra le richieste presentate ex art. 7, All. II.14, D. lgs. 36/2023, e il necessario rispetto del limite di cui all'art. 9 co.1 cod. civ. e sostiene che «l'apposizione aprioristica di un "tetto" generale potrebbe, infatti, circoscrivere in maniera illogica la quantificazione delle pretese dell'esecutore in sede di formulazione delle riserve, finendo per privare l'istituto della riserva della funzione cui è ispirato, e senza tenere conto della "natura dinamica" del rischio contrattuale»; in senso dell'applicabilità della disciplina delle riserve anche alla rinegoziazione, La rinegoziazione dell'appalto dopo il correttivo, 2025, in costantiniavvocati.it.

[212] Sul punto *ex multis*, V. CERULLI IRELLI, *Il principio*, cit., 11. In favore alla giurisdizione amministrativa: E. GUARNIERI, *Rinegoziazione*, cit., 1205 ss.; G.F. NICODEMO, *Il principio*, cit., 570.

ISSN 2281-3918/2421-2563

esso stesso diritto potestativo – la natura privatistica deve necessariamente ammettere la giurisdizione ordinaria [213], con tutti i problemi che tale ineludibile ammissione porta con sé. Nella giurisprudenza delle Sezioni Unite [214], affinché vi possa essere giurisdizione amministrativa in riferimento agli atti relativi alla fase esecutiva del contratto pubblico, vi deve essere, comunque, un'interferenza con l'esercizio di un potere discrezionale in qualche misura connesso alla fase di evidenza pubblica, poiché, diversamente, «i contraenti – pubblica amministrazione e privato – si trovano in una posizione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi ed obblighi giuridici» [215].

In realtà, chi ritiene che si tratti di un diritto, seppur vincolato o finanziariamente condizionato, pur riconoscendo in linea di principio la giurisdizione ordinaria, evidenzia delle difficoltà. Si dice, ad esempio, che «il giudice civile, per effetto di tale potere giudiziale di integrazione del contratto, si troverebbe ad amministrare un contratto caratterizzato da precisi vincoli finanziari e procedure di spesa, rispetto ai quali potrebbe non essere adeguatamente attrezzato, sia da limiti stabiliti a tutela della concorrenza e della trasparenza, i quali provengono dal diritto dall'Unione e dalle specifiche disposizioni del codice» [216]. Ma, se così fosse, si dovrebbe, forse, convenire con chi inquadra la situazione giuridica del privato nel solco dell'interesse legittimo, mentre, invece, il limite della sostanza economica, come già si è detto, può ben essere valutato dalla p.a. nelle vesti di operatore economico e dal giudice ordinario. Ancora, nella medesima ottica, si è anche ipotizzato, per superare tale inconveniente, di estendere a questa materia la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo [217]; proposta che, tuttavia, si scontrerebbe con i limiti di tale giurisdizione, a cui sopra si è fatto cenno.

Sulla base di quanto sinora emerso, allora, non si può non ricondurre il fenomeno in discussione alla competenza del giudice ordinario, essendosi ormai estinto, nella fase esecutiva, il potere discrezionale della p.a. legato alla procedura di evidenza pubblica e non potendo le sopravvenienze – che rientrino nel paradigma definito dal legislatore – incidere su un rapporto di diritto pubblico ormai esaurito (i.e. l'evidenza). Né tantomeno si riaprirebbe una fase di valutazione discrezionale, essendo i presupposti della rinegoziazione circoscritti dal legislatore. Inoltre, a sostegno di questa prospettiva, e pur partendo dal diverso presupposto che la rinegoziazione pubblica troverebbe il suo fondamento essenzialmente nel principio solidaristico e nella buona fede – che non si limiterebbe a guidare la rinegoziazione, come accade nella nostra ricostruzione, ma ne rappresenterebbe, piuttosto, l'obiettivo di politica legislativa perseguito e il fondamento di merito della disciplina – è stato evidenziato, anche da autorevoli voci della

[213] G.D. Comporti, *La rinegoziazione*, cit., 53 ss.; B. Marchetti, *Principio*, cit., 2025; G. De Cesare, *Diritto*, cit., 762 ss.; G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2023, 287 ss., per cui «il diritto alla rinegoziazione è riconosciuto per legge (alle stringenti condizioni prima indicate) anche a prescindere da una specifica pattuizione ed è sempre tutelabile mediante il ricorso alla determinazione equitativa da parte del giudice ordinario»; e ancora, M. Trimarchi, *Perché derogare al codice*, cit., 180, il quale – sebbene ritenga, in modo non condivisibile, che i presupposti della rinegoziazione ai sensi dell'art. 9 siano gli stessi disposti dal codice civile la risoluzione ex art. 1467 cod. civ. – ammette che «la rinegoziazione non è oggetto di un potere dell'amministrazione, la quale, se si rifiuta di assentirla in presenza dei presupposti, può essere evocata in giudizio davanti al giudice ordinario».

[214] Cass. ss.uu. 31 ottobre 2019, n. 28211, in *OneLegale*.

[215] G.D. Comporti, *La rinegoziazione*, cit., 61, evidenzia forti perplessità sui tradizionali rimedi a tutela del terzo alla luce del novello codice cha ha elevato a principi generali il principio di risultato e quello di conservazione.

[216] B. Marchetti, *Principio*, cit., 301.

[217] V. Rossi, *La revisione*, cit., 44; ma anche, P. Patrito, *Contratti*, cit., 1813; in senso contrario, F. Liguori-P. La Selva, *Il principio*, cit., passim.

ISSN 2281-3918/2421-2563

scienza pubblicistica [218], come nella fase di rinegoziazione ci sia il passaggio da una astratta ponderazione degli interessi ad un precipuo assetto regolamentare delle prestazioni cui dovrebbe, in linea di tenenza, applicarsi l'apparato rimediale privatistico, senza che operi una riespansione del potere pubblico con forme di autotutela pubblicistica.

Se quanto detto è vero, allora, è del tutto priva di fondamento anche la prospettiva di chi sostiene che la previsione di cui all'articolo 120, comma 8, possa incidere sul principio di separazione dei poteri costituzionali, aprendo la strada ad una illegittima intrusione del potere giudiziario nelle prerogative dell'esecutivo [219].

Invero, altri sembrano essere i problemi che la novella disciplina solleva e che qui possono essere, tuttavia, solo sommariamente accennati. Anzitutto, e lo si è già anticipato, se sia ancora giustificata la previsione della giurisdizione esclusiva in riferimento alle clausole di revisione dei prezzi, specie alla luce della nuova procedura di adeguamento che come abbiamo detto compete alla giurisdizione ordinaria. Occorre chiedersi, poi, che portata possa avere la volontaria assunzione del rischio di cui all'art. 9, e se essa significhi sempre rinuncia preventiva al diritto di rinegoziazione ed eventualmente alla richiesta di adeguamento [220]. Del resto, in un rapporto che, sin dall'inizio, abbiamo visto essere fortemente asimmetrico cosa impedirebbe un'imposizione abusiva di clausole di rinuncia preventiva alla rinegoziazione? Ancora, ci si chiede come occorra interpretare l'inciso "salvo la responsabilità" di cui all'art. 120 cod. civ., comma 8, e quale sia la relazione fra tutela costitutiva e risarcitoria [221], se operino in via alternativa o cumulativa [222]. Infine – e questo è un tema che presenta grandi ricadute pratiche in ragione dei diversi orientamenti della Suprema Corte [223] e del Consiglio di Stato [224] a proposito della competenza per lesione dell'affidamento – occorre domandarsi che tipo di responsabilità sorga dall'inattuazione del dovere di rinegoziazione, se una responsabilità contrattuale vera e propria [225], come a noi sembra più corretto, o una specie di responsabilità "precontrattuale" [226], e quali debbano essere, poi, i criteri di computo dell'obbligazione risarcitoria.

Infine, è fuor di dubbio che dal rigetto infondato dell'istanza di rinegoziazione o, più in generale, dal mancato raggiungimento di un accordo modificativo sorga direttamente in capo alla parte interessata un diritto potestativo all'adeguamento contrattuale di carattere legale (*ex* art. 120, comma 8), esattamente analogo ai modelli di adeguamento tipizzati dal codice civile, direttamente esigibile; perciò, ogni riferimento all'art. 2932 cod. civ. – come strumento di tutela in forma specifica dell'obbligo di rinegoziazione di cui all'art. 9 [227] – risulterebbe del tutto ingiustificato, anche in questa materia. Non si tratta di dare

---

[218] È questa, ad esempio, la posizione di G.D. COMPORTI, *La rinegoziazione*, cit., 14 ss.

[219] G. BALOCCO, G. SCACCHERI, *L'obbligo*, cit., 715 ss.

[220] Sui rischi dell'ammissibilità della rinuncia al diritto di rinegoziare e sui possibili abusi della p.a. vedi S. VINTI, *L'implosione*, cit., 200; G. BRIGANTI-C. TESTA, *La rinegoziazione*, cit., par. 7; sull'invalidità dei patti rinunciativi alla possibilità di revisione vedi già V. LOPILATO, *Le clausole*, cit., 1911 ss.

[221] Sembrerebbe la posizione di B. MARCHETTI, *Principio*, cit., 2025.

[222] M.E. COMBA, *Il principio*, cit., 1983; A. IULIANI, *Brevi riflessioni in tema di 'rinegoziazione' e 'adeguamento' a partire dal Codice dei contratti pubblici*, in corso di pubblicazione, letto in anteprima grazie alla cortesia dell'autore.

[223] *Ex multis*, Cass. ss.uu. 15 gennaio 2021, n. 615, in *OneLegale.*

[224] *Ex multis*, CdS. 25 novembre 2024 n. 9467, in *giustizia-amministrativa.com*.

[225] Di questo avviso è G.D. COMPORTI, *La rinegoziazione*, cit., 68. In riferimento, in generale, alla natura contrattuale in caso di violazione del dovere di rinegoziazione è E. NAVARRETTA, *CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *NGCC*, 3, 2020, 87 ss.

[226] In questo senso, G. DE CESARE, *Diritto*, cit., 773, per il quale, tuttavia, «è ragionevole supporre che il risarcimento del danno dovrà essere pari all'interesse positivo differenziale».

[227] Come propone, ad esempio, G. DE CESARE, *Diritto*, cit., 773.

ISSN 2281-3918/2421-2563

esecuzione ad un obbligo di concludere un contratto, ma semplicemente di intervenire sull'assetto negoziale in funzione riequilibrativa per il tramite di un potere conservativo dell'equilibrio in senso forte previsto *ex lege*.

Rimane sullo sfondo il problema dell'adeguatezza dei mezzi e di efficacia della tutela giurisdizionale in un settore così ampio e bisognoso di rapidità di intervento. Questo, pero, è un problema di diverso genere con cui la scelta legislativa dovrà presto fare i conti. Il carattere residuale ed eccezionale del rimedio, insieme alla possibilità di ricorrere a organismi di composizione alternativa delle controversie (vedi sul punto il Titolo II, Parte I, Libro V, a proposito dei rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale), contribuisce a minimizzare l'impatto sul sistema giustizia ed a valorizzare un equilibrato bilanciamento dei diversi interessi in gioco.

8. Dall'impossibilità all'inutilità o inutilizzabilità della prestazione ovvero del principio di conservazione dell'utilità?

Un intervento ancor più decisivo, in termini di politica del diritto, si compie, invece, al terzo comma dell'art. 9, il quale stabilisce che, qualora le sopravvenienze rilevanti ai sensi del primo comma rendano la prestazione – parzialmente o temporaneamente – inutile o inutilizzabile [228] per uno dei contraenti, questi abbia diritto ad una riduzione proporzionale del corrispettivo, secondo le regole dell'impossibilità parziale. La logica che governa questa disposizione è quella della sopravvenienza funzionale, letta in un'ottica di conservazione dell'equilibrio degli interessi contrattuali nel tempo.

Il referente normativo di tali sopravvenienze funzionali [229] va dunque ritrovato, per esplicita scelta normativa, nella disciplina dell'impossibilità della prestazione e, in particolare, all'art. 1464 cod. civ. in materia di impossibilità parziale, cui si ricollega il rimedio della riduzione del prezzo. È in tale alveo che va rintracciato il fondamento normativo della riduzione del corrispettivo qualora si alteri il rapporto funzionale tra prestazione e controprestazione, rendendo l'adempimento inidoneo a soddisfare l'interesse delle parti.

Con la disposizione in esame, dunque, non solo si realizza una sostanziale equiparazione degli effetti tra alterazione strutturale dell'obbligazione (che diviene ontologicamente ineseguibile) e alterazione funzionale, ma tale equiparazione, da speculazione dottrinale, diviene precisa scelta interpretativa del legislatore in merito al concetto di impossibilità, in una disposizione chiarificatrice che non si vede perché – a differenza dello schema rinegoziazione-adeguamento – debba rimanere confinata, nel senso che essa intende, alla disciplina dei contratti pubblici, esprimendo essa un significato dal potenziale trasversale.

Una volta enunciato il principio di conservazione dell'utilità come corollario di una prestazione "possibile" – intesa, cioè, come utilità funzionale alla realizzazione di un risultato [230], carattere che

[228] Più opportuna sarebbe stata la scelta della congiunzione "e" piuttosto che "o" per A. IULIANI, *Brevi riflessioni*, cit., passim.

[229] È il termine che utilizza A.M. GAROFALO, *Il dovere di rinegoziazione: spunti ricostruttivi a partire dall'eredità dell'emergenza pandemica*, in *Persona e mercato*, 2, 2024, 391 ss.

[230] Sulla ricostruzione della responsabilità per inadempimento in termini oggettivi si veda *ex multis*, L. MENGONI, *Note sull'inadempimento involontario dell'obbligazione di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 270 ss.; ID., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185 ss.; ID., *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Jus*, 1986, 95 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

come evidenzia la dottrina più attenta contraddistingue tutte le obbligazioni [231] – non appare più necessario "scomodare" la teoria della causa in concreto, che pur potrebbe portare a risultati analoghi, per giustificare l'impossibilità della prestazione; sarebbe sufficiente dimostrare l'esistenza di una sopravvenienza funzionale che abbia reso la prestazione inutile o inutilizzabile. Non è un caso, però, che taluni autori abbiano sentito la necessità di evidenziare come nel nuovo codice si sia giunti ad una valorizzazione della causa in concreto [232], tuttavia, nell'ottica qui prospettata, non vi sarebbe un venir meno totale dell'interesse, ma solo una sua parziale degradazione, l'impossibilità sarebbe, per l'appunto, parziale.

L'alterazione sopravvenuta della funzione della prestazione aveva trovato rilievo nella giurisprudenza civile di legittimità (si veda, in tema di "pacchetto vacanze", Cass. n. 16315/2007 [233]), secondo cui il venir meno dell'interesse del creditore, quale elemento strutturale dell'obbligazione, impatterebbe sull'esistenza stessa dell'obbligazione, in termini appunto causali-funzionali. Sulla diretta equiparazione tra impossibilità ed inutilizzabilità si era peraltro già espressa la Cassazione [234], specialmente con riguardo all'inutilizzabilità nel contratto di appalto di opera [235].

In quest'ottica, e come vedremo a breve, tale disciplina si potrebbe estendere, ad esempio, alle locazioni commerciali che, durante il periodo pandemico, abbiano subito un'alterazione del sinallagma dal punto di vista funzionale e qualitativo, piuttosto che puramente quantitativo. In verità, in casi di questo tipo la giurisprudenza già aveva ravvisato ipotesi di impossibilità temporanea e parziale dal lato del creditore; in precedenza, tuttavia, per giungere a tale estensione della disciplina dell'impossibilità sopravvenuta anche alle sopravvenienze qualitative, si era fatto ricorso alla teoria della presupposizione [236].

Rimanendo, però, nell'ambito dei contratti pubblici risulta significativo che manchi il riferimento – presente invece nell'art. 1464 cod. civ. – alla facoltà di recesso spettante alla parte titolare del diritto alla riduzione qualora non abbia interesse ad un adempimento parziale. Tale omissione conferma la chiara preferenza per il rimedio manutentivo del rapporto [237], verosimilmente, questa volta, però, in un'ottica di preminenza dell'interesse pubblico perseguito dal contratto.

---

[231] *Ex multis*, L. NIVARRA, *Illecito*, cit., 1 ss.; F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e contratti,* in *Contr*., 2020, 498 ss.

[232] G. BRIGANTI-C. TESTA, *La rinegoziazione*, cit., par. 6.

[233] Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, in *I contratti*, 3, 2008, 241 ss., con nota di C. CAVAJONI, *La "finalità turistica" come causa in concreto del contratto di viaggio*, nonché in *Danno e resp*., 8-9, 2008, 845 ss., con nota di L. DELLI PRISCOPI, *Contratti di viaggio e rilevanza della finalità turistica*, e in *Giur. it*., 5, 2008, 1133, con nota di B. IZZI, *Causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso*.

[234] Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corr. giur*., 7, 2008, 921 ss., con nota di F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, nonché in *i Contratti*, 8-9, 2008, 786 ss., con nota di L. BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*, ma anche in *NGCC*, 5, 2008, 531 ss. con nota di S. NARDI, *Contratto di viaggio "tutto compreso" e irrealizzabilità della sua funzione concreta*; ma vedi anche Cass. 10 luglio 2018, n. 18047, in *OneLegale*, per cui «l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione».

[235] Si vedano Cass. 2 ottobre 2014, n. 20811 e Cass. ord., 29 marzo 2019, n. 8766, entrambe in *OneLegale*.

[236] E. NAVARRETTA, *CoViD-19*, cit., passim; P. SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia CoViD-19*, in *NGCC*, 2020; G. D'AMICO, *Emergenza sanitaria e diritto dei contratti: gli orizzonti della causa concreta e della presupposizione*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022, 16 bis, 1950 ss.; A.P. TEDESCO, *Locazione commerciale, causa concreta e presupposizione*, in *Giust. civ*., 1, 2022, 177 ss.

[237] B. MARCHETTI, *Principio*, cit., 295; E. GUARNIERI, *Rinegoziazione,* cit., 1205 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

In definitiva, nell'art. 9, comma 3, si rintraccia il superamento di una visione dell'impossibilità intesa in senso puramente fisico o naturalistico, approdando a una concezione funzionale che lega la fattibilità della prestazione alla sua utilità economica ed alla sostenibilità del progetto originario [238]. In sintesi, l'impegno del debitore non è illimitato: se le risorse necessarie per adempiere superano drasticamente quanto inizialmente stanziato per l'operazione (e questo perfettamente in linea con quanto detto a proposito del condizionamento economico della rinegoziazione pubblica), la prestazione è da considerarsi impossibile per il solo fatto di aver alterato l'equilibrio costi-benefici preventivato. Come è stato autorevolmente evidenziato, tale approccio si fonda su una logica di efficienza e corretta allocazione dei rischi, tipica di un sistema che mira a preservare l'utilità del contratto senza imporre sacrifici economici sproporzionati che svuoterebbero di senso l'autonomia privata [239].

Equiparata l'impossibilità ad inutilizzabilità e inutilità, elevata, in via definitiva, l'utilità a carattere strutturale di una prestazione obbligatoria "possibile" [240], si arricchisce, al contempo, anche l'altro lato della bilancia, quello che segna cioè il perimetro della rinegoziazione. Detto altrimenti, non si potrà ottenere un adeguamento incondizionato del contratto laddove venga meno o risulti gravemente penalizzato l'interesse della p.a. (in concreto, coincidente con l'interesse pubblico che l'operazione economica mira a soddisfare) [241] o quello del privato. In altre parole, i margini per la revisione sostanziale del contratto che sembravano circoscritti dal solo limite della "sostanza economica" dalla lettura in combinato dei primi due commi dell'art. 9 e del comma 8 dell'art. 120, ritrovano nella conservazione dell'utilità un ulteriore vincolo. È chiaro, però, come non si realizzi, anche qui, una riespansione del potere pubblico, trattandosi comunque di una valutazione cui la p.a. deve pervenire nella sua dimensione di operatore economico, con conseguente competenza giurisdizionale ordinaria. La valutazione di inutilità-inutilizzabilità della prestazione, strettamente connessa con l'interesse creditorio, a cui si lega l'obbligazione contrattuale, non presuppone una ponderazione discrezionale di tutti gli interessi in campo, tipicamente attingibile per il mezzo dell'esercizio di discrezionalità amministrativa [242], ma semplicemente un esame comparativo fra contrazione dell'interesse creditorio e la corrispondente riduzione del corrispettivo in un'ottica perfettamente paritetica, sia pure in una prospettiva di «funzionalizzazione dell'attività amministrativa di diritto privato al perseguimento dell'interesse pubblico» [243].

Volgendo l'analisi all'estensione di tale impostazione ai rapporti fra privati, la prospettiva delineata dal legislatore e diffusamente sostenuta in dottrina appare difficilmente armonizzabile con il recente orientamento della Cassazione a proposito delle sopravvenienze nelle locazioni commerciali relative al periodo pandemico [244]. La Suprema Corte ha, recentemente, negato la sussistenza di un diritto potestativo in capo al conduttore volto ad ottenere una sentenza costitutiva di riduzione ad equità del canone,

---

[238] In questo senso, L. NIVARRA, *Illecito*, cit., 1 ss.

[239] Da ultimo, vedi L. NIVARRA, *Illecito*, cit., 1 ss., per il quale «in un caso di somministrazione nella quale il somministrante abbia stimato i beni da procurare al somministrato secondo parametri che vengono poi sconvolti da un brusco e imprevedibile incremento del costo delle «cose» (art. 1559 cod. civ.) oggetto del contratto; o del costo del denaro necessario ad alimentare la provvista, l'impossibilità di tenere fede all'impegno assunto originariamente non potrà essergli rimproverata, con la conseguente inevitabile estinzione del vincolo (artt. 1256 e 1475 cod. civ.)».

[240] In questo senso, vedi A. IULIANI, *Brevi riflessioni*, cit., passim.

[241] Così anche, P. PATRITO, *Contratti*, cit., 1811.

[242] M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e Problemi*, Giuffrè, 1939, 77.

[243] G. DE CESARE, *Diritto*, cit., 771s.; M. IMMORDINO-N. GULLO, *I contratti della pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo*[8], a cura di F.G. Scoca, Giappichelli, 2025, 364 ss.

[244] Cass. 16 giugno 2025, n. 16113, cit.

ISSN 2281-3918/2421-2563

sia essa fondata sulle disposizioni del d.l. "Cura Italia", art. 91 o sui principi di integrazione equitativa o *ex fide bona* (*ex* artt. 1374 e 1375 cod. civ.).

Sebbene lo sbarramento all'adeguamento come rimedio generale fondato su buona fede o equità allo scopo di contrastare le sopravvenienze atipiche risulti condivisibile alla luce delle riflessioni sopra esposte e sebbene la decisione abbia il merito di allontanarsi con vigore dalla posizione adottata dall'ufficio del Massimario, l'approdo della Corte non appare soddisfacente. I giudici di legittimità, infatti, pur negando alla parte onerata un diritto all'adeguamento del rapporto, ammettono, in linea di principio, l'applicabilità della disciplina sull'eccessiva onerosità sopravvenuta a sopravvenienze di ordine "qualitativo", fattispecie, come si è detto, estranee al modello dell'art. 1467 cod. civ. [245].

Questa soluzione non solo presenta un'incompatibilità strutturale con la natura del rimedio prescelto, ma finisce per ignorare quegli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che avevano suggerito di ricondurre le sopravvenienze qualitative all'alveo dell'impossibilità sopravvenuta [246], soluzione che, alla luce della presa di posizione del legislatore dei contratti pubblici, sembra essere oggi la strada da preferire. La Corte ha ritenuto, infatti, che l'applicazione delle misure anti-Covid non avesse determinato la parziale impossibilità sopravvenuta non imputabile della prestazione [247], poiché tali misure non avevano inciso sul possibile utilizzo dei locali commerciali. Eppure, è chiaro che la limitazione dell'attività commerciale, dovuta all'impossibilità di aprire i locali alla clientela, abbia fortemente inciso sull'interesse alla prestazione del conduttore, rendendolo inutile o inutilizzabile, quindi, in un'ottica funzionalistica, parzialmente impossibile [248].

9. Rilievi conclusivi

Il legislatore dei contratti pubblici all'art. 9 del d.lgs 36/2023 ha enunciato il principio generale di conservazione dell'equilibrio contrattuale e previsto un generico diritto alla rinegoziazione per la parte che risulti svantaggiata dalla sopravvenienza straordinaria ed imprevedibile che alteri l'alea normale del contratto. Per studiare l'impatto di questa novella sulla disciplina dell'esecuzione del contratto pubblico e per comprendere il possibile riflesso che potrebbe avere nella contrattazione di diritto privato, si è svolta una trattazione trasversale lungo una duplice linea di approfondimento: se esista un generale diritto alla rinegoziazione anche nel rapporto fra privati e che rilievo assuma, in tale contesto, il principio di conservazione dell'equilibrio.

---

[245] Sul punto con nota di V. D'ALESSANDRO, *Emergenza*, cit., 3221.

[246] *Ex multis*, U. SALANITRO, *Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea*, in *NGCC*, 2020, 3, 110 ss.; E. BELLISARIO, *Affitto d'azienda, lockdown e allocazione del rischio: prime risposte della giurisprudenza*, in *NGCC*, 2020, 1318 ss.

[247] Cass. 16 giugno 2025, n. 16113, cit.

[248] Giunge a conclusioni simili pur chi fonda il rimedio conservativo sul giudizio causale e a partire dalle obbligazioni tipiche del locatore che ai sensi dell'art. 1575 cod. civ. deve mantenere la cosa in stato da servire all'uso convenuto. Così, E. COLLETTI, *Gli echi*, cit., 2495 ss.; sul punto anche A. D'ADDA, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del Covid-19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale?*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2020, 102 ss. M. TICOZZI, *Contratto di locazione: sopravvenienze e modificazione del canone*, in *Giur. it.*, 2023, 234, a cui si rinvia per più ampio esame della casistica giurisprudenziale. In giurisprudenza, si veda, invece, Trib. Milano, 28 giugno 2021, n. 4651, in *OneLegale*, in relazione proprio a locazioni commerciali per cui «pur essendo il bene astrattamente idoneo, per le sue caratteristiche strutturali, allo svolgimento dell'attività commerciale prevista, la sua concreta attitudine a realizzare l'interesse del conduttore a ricavare le utilità per le quali è stato locato è temporaneamente impedita o diminuita. In sostanza il conduttore non ha potuto utilizzare l'immobile in vista del risultato per il quale esso è stato locato ed il suo interesse è rimasto frustrato. Si tratta, più esattamente, di impossibilità per il conduttore/creditore di fruire della prestazione negoziale del locatore/debitore»

ISSN 2281-3918/2421-2563

Si è convenuto, anzitutto, con le difficoltà ampiamente evidenziate dalla dottrina civilistica di rintracciare un generale dovere di rinegoziazione nei contratti di diritto comune, sia esso fondato sulla buona fede o sull'integrazione equitativa. La rinegoziazione nel diritto privato non assume rilievo normativo, mentre le fattispecie di adeguamento giudiziale sono tipizzate in riferimento a particolari tipi negoziali. La rinegoziazione, dunque, non è un diritto, lo è l'adeguamento giudiziale, ma solo nel perimetro suddetto.

Si è proceduto, così, all'esame del concetto di conservazione nel diritto privato, scoprendo, in proposito, una situazione d'incertezza interpretativa. Un conto è la conservazione dell'efficacia dell'atto, che risponde a ragioni plurime, fra cui quella di salvaguardare gli effetti dell'attività giuridica, che si estende a tutti i contratti di durata, in virtù della loro specifica disciplina, a partire dallo stesso art. 1467, altro conto è il principio di conservazione dell'equilibrio. L'obiettivo di conservazione dell'equilibrio è perseguito in modo diverso e con diverse gradazioni dall'ordinamento codicistico, essendo connesso intrinsecamente alla particolare gestione del rischio tipologico, ossia alla costruzione della disciplina del tipo contrattuale ed agli effetti delle sopravvenienze che lo contraddistinguono.

Si è discusso, così, della conservazione dell'equilibrio in senso debole, da intendersi come meccanismo di riequilibrio che si realizza per il tramite di strumenti di riduzione del prezzo al mutamento delle circostanze di fatto e si è visto come tale forma di conservazione non risponda soltanto all'esigenza tipica dei contratti di durata. Si è riconosciuto, invece, come la conservazione in senso forte, presupponendo l'adeguamento giudiziale del rapporto in corso di esecuzione, sia funzionalmente legata allo sviluppo nel tempo di tale rapporto.

Si è visto, poi, come il meccanismo dell'adeguamento giudiziale sostanziale del contratto sia espressione della conservazione dell'equilibrio in senso forte e come tale rimedio, lungi dall'atteggiarsi a principio generale dell'ordinamento, è introdotto dal legislatore in riferimento a contratti dove vi è un forte condizionamento unilaterale tipologico del programma economico. Si è dimostrato come l'appalto privato rientri in questa logica: il committente può recedere in qualunque momento dal contratto, può imporre modifiche rilevanti, mentre, in caso di cessazione del rapporto, l'appaltatore incontrerebbe gravi difficoltà a ricollocare la prestazione nel mercato una volta che egli l'abbia pensata sulla base delle specifiche esigenze del committente. Tuttavia, come reazione a questo forte condizionamento, oltre al rimborso in caso di recesso *ad nutum*, l'ordinamento prevede strumenti manutentivi di adeguamento giudiziale del contratto, che contribuiscono ad ampliare la sfera di protezione dell'appaltatore.

Quanto emerso dalla disciplina dei contratti pubblici conferma come la rinegoziazione non si configuri affatto come un obbligo di portata generale. Al contrario, emerge la chiara volontà del legislatore di circoscriverne l'estensione ed i presupposti, ammettendo il rimedio dell'adeguamento, che presuppone il fallimento delle trattative, esclusivamente in questo contesto peculiare e sempre in ragione della specifica natura dell'affare e della tipologia contrattuale disciplinata. La logica che giustifica la disciplina dell'adeguamento nel contratto d'appalto privato si ritrova, infatti, nel pur variegato contesto dell'appalto di diritto pubblico, in ragione dell'unitarietà della sua disciplina. Pur avendo riguardo ad una pluralità di contratti, siano essi di lavori, di fornitura o di servizi, il rapporto che sorge nel contratto di diritto pubblico presenta il medesimo condizionamento unilaterale, a cui la sequenza procedimentale rinegoziazione-adeguamento, introdotta dal Codice dei contratti pubblici, offre un efficace contrappeso.

L'istituto disciplinato dal combinato disposto degli artt. 9 e 120, comma 8, risulta dunque coerente con la peculiare struttura della commessa pubblica e le ragioni suddette rafforzano l'idea che la rinegoziazione non possa assumere i connotati di obbligo generale. Al contrario, quello che abbiamo definito

ISSN 2281-3918/2421-2563

«principio di conservazione dell'utilità», che emerge dal comma 3 dell'articolo citato, a dispetto della sua collocazione settoriale, sembra esprimere un diffuso convincimento in merito alla natura dell'obbligazione ed al significato tecnico da attribuire alla nozione di impossibilità della prestazione.

In definitiva, la portata innovativa dell'art. 9 sulla teoria generale del contratto appare di estremo rilievo, imponendo alla dottrina – ivi inclusa quella civilistica – un profondo e necessario ripensamento dei paradigmi che governano non solo la fase esecutiva del contratto pubblico, ma, finanche, del contratto tra privati [249].

[249] G. GRECO, *Poteri amministrativi ed esecuzione del contratto (tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1, 2022, 4 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

JUS CIVILE

BARBARA CAMBRIA*

SOSTENERE SENZA SOSTITUIRE: LA TUTELA DEI SOGGETTI FRAGILI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO TRA RETAGGI DEL PASSATO E POSSIBILI EVOLUZIONI**

SUPPORTING WITHOUT SUBSTITUTING: THE PROTECTION OF VULNERABLE INDIVIDUALS IN THE ITALIAN LEGAL SYSTEM BETWEEN HISTORICAL LEGACIES AND POSSIBLE FUTURE DEVELOPMENTS

Abstract: Il presente lavoro esamina gli istituti che l'ordinamento italiano predispone per la tutela del soggetto vulnerabile.
In particolare, si analizza l'evoluzione normativa che ha segnato il passaggio da un modello improntato al custodialismo dell'infermo – del quale costituiscono espressione i più risalenti istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione – a un nuovo paradigma che restituisce centralità alla persona, consacrato nell'architettura codicistica dall'introduzione dell'amministrazione di sostegno.
Tale evoluzione riflette una nuova concezione del soggetto fragile, inizialmente considerato in una logica sostitutiva e limitativa, in ragione delle esigenze di tutela del patrimonio familiare, e successivamente valorizzato nella sua individualità.
L'indagine pone a confronto le discipline dell'interdizione, dell'inabilitazione e dell'amministrazione di sostegno per definirne il rispettivo perimetro applicativo, nonché le possibili intersezioni, al fine di evidenziare come l'amministrazione di sostegno si configuri quale strumento maggiormente idoneo alla protezione della persona, in equilibrio tra le istanze di protezione ed autodeterminazione.

Abstract*:* This paper examines the legal instruments provided by the Italian legal system for the protection of vulnerable individuals.
In particular, it analyses the normative evolution that has marked the transition from a model grounded in the custodial approach to mental incapacity –of which the earlier institutions of interdizione (judicial interdiction) and inabilitazione (inability) are emblematic – to a new paradigm that restores the centrality of the person, enshrined within the Civil Code through the introduction of the amministrazione di sostegno (administration of support).
This evolution reflects a renewed conception of the vulnerable subject: initially regarded through a substitutive and restrictive lens, primarily in response to the need to safeguard family assets, and subsequently re-evaluated in light of their individual dignity and personal autonomy.
The study compares the regimes of interdiction, inabilitation, and administration of support in order to delineate their respective scopes of application, as well as their potential intersections, with the aim of demonstrating how the administration of support constitutes the most appropriate instrument for the protection of the individual, striking a balance between protective needs and self-determination.

SOMMARIO: *1. La tutela degli infermi tra XX e XXI secolo: dal modello custodialistico e patrimoniale alla valorizzazione dell'individuo e dei suoi desideri. – 2. Gli strumenti di protezione della persona vulnerabile: interdizione, inabilitazione ed amministrazione di sostegno a confronto. – 3. Un nuovo istituto per restituire centralità e dignità all'individuo: l'amministrazione di sostegno e la sua disciplina. – 4. L'attuale sistema di tutela dei soggetti deboli: controversie e prospettive de iure condendo.*

* Dottoranda – Università degli Studi di Messina.
** Contributo sottoposto a revisione.

ISSN 2281-3918/2421-2563

1. La tutela degli infermi tra XX e XXI secolo: dal modello custodialistico e patrimoniale alla valorizzazione dell'individuo e dei suoi desideri

L'ordinamento giuridico italiano riconosce nella solidarietà un principio fondante, dotato di valore normativo e capace di orientare sia l'azione dei pubblici poteri, sia i rapporti interprivati.

In questa cornice, particolare rilevanza assume la tutela degli infermi, annoverati tra i soggetti deboli, la cui condizione di vulnerabilità – derivante da menomazioni fisiche o psichiche – impone l'adozione di strumenti giuridici volti a garantirne la dignità, l'autonomia residua e l'effettività dei diritti fondamentali. Tale tutela trova fondamento, oltre che nell'art. 2 Cost., che consacra il dovere inderogabile di solidarietà, anche nell'art. 3 Cost., che impegna la Repubblica a rimuovere gli ostacoli – di ordine sanitario e sociale – che limitano la libertà e l'eguaglianza sostanziale delle persone.

In questo quadro si inseriscono gli istituti di diritto privato predisposti per la protezione dei soggetti incapaci: l'interdizione e l'inabilitazione, strumenti di matrice codicistica fortemente incisivi sulla capacità di autodeterminazione dell'infermo, e l'amministrazione di sostegno, strumento flessibile introdotto dal legislatore nei primi anni del 2000 che, nel rispetto della dignità e dell'autodeterminazione del beneficiario, mira ad affiancarlo nella gestione degli atti quotidiani senza annullarne la capacità di agire.

In particolare, l'intervento legislativo che ha introdotto quest'ultima misura si è posto in continuità con la riforma culturale e giuridica iniziata dalla c.d. Legge Basaglia (L. 13 maggio 1978, n. 180), che ha imposto la chiusura dei manicomi [1], regolamentando anche il trattamento sanitario obbligatorio e introducendo i servizi pubblici di igiene mentale [2]. Con la Legge Basaglia la malattia mentale cessa di essere relegata in luoghi inaccessibili e dimenticati e ritorna alla luce del sole. Cambia, conseguentemente, anche la concezione del malato psichiatrico, rispetto al quale la società inizia a scorgere la persona, oltre la patologia [3].

La rinnovata attenzione alla persona del malato psichiatrico ha indotto ad abbandonare il precedente sistema di tutela fortemente istituzionalizzante e segregante, volto più a tutelare le famiglie degli infermi e i loro patrimoni che i malati stessi, per abbracciare una concezione volta a restituire ai pazienti psichiatrici dignità e diritti, mediante un'assistenza orientata all'integrazione nella società.

In tale ottica, la L. 180/1978 conteneva in sé una nuova sfida: quella dell'inserimento e dell'integrazione dell'infermo nel contesto sociale [4], finalità che i tradizionali istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione apparivano inadatti a perseguire.

Si era, infatti, diffuso un orientamento critico verso queste figure giuridiche, ritenute sproporzionate rispetto alle reali esigenze di protezione della maggior parte delle persone prive di autonomia. Tali

---

[1] Prima dell'entrata in vigore della legge n. 180/1978, infatti, i manicomi non erano solo luoghi di cura, ma venivano spesso utilizzati anche come spazi di contenimento sociale; l'approccio terapeutico e riabilitativo risultava limitato da una visione clinica poco attenta alla psichiatria sociale, alle strutture intermedie, al sostegno territoriale e alla diffusione della psicoterapia nei servizi pubblici. Cfr., LODDO P., *L'amministratore di sostegno*, in LODDO P., (a cura di), *L'amministratore di sostegno*, Milano, 2024, p. 2.

[2] La riforma ha profondamente rinnovato il modello di assistenza psichiatrica, promuovendo un approccio più umano nei rapporti tra operatori, pazienti e società, e riconoscendo pienamente i diritti delle persone con disturbi mentali, sostenendone il percorso di cura anche attraverso una rete di servizi territoriali. A seguito dell'intervento legislativo, infatti, i manicomi sono stati del tutto sostituiti da centri di salute mentale, strutture residenziali psichiatriche, residenze per le misure di sicurezza (Rems) o progetti di sostegno alla persona e assistenza domiciliare. *Ibidem*.

[3] *Ibidem.*

[4] LODDO P., *op. cit.*, p. 3.

ISSN 2281-3918/2421-2563

strumenti, infatti, producevano un effetto limitativo della capacità d'agire estremamente incisivo ed ampio (per l'interdetto esteso sia agli atti di ordinaria che di straordinaria amministrazione; per l'inabilitato solo ai secondi) e la loro rigidità e generalità li rendevano difficilmente adattabili alle specifiche necessità morali e materiali dei singoli casi [5]. Questa disciplina, in realtà, sembrava concepita non tanto per proteggere la sfera patrimoniale e personale del soggetto vulnerabile, quanto per escluderlo dai circuiti economici e giuridici: infatti, l'ablazione della capacità d'agire, pur salvaguardando formalmente i suoi interessi patrimoniali, lo allontanava di fatto dalla vita civile, secondo una logica tipica delle codificazioni ottocentesche [6].

Alla luce di ciò – e constatata anche l'impossibilità di sopperire a tali limiti attraverso istituti alternativi come la procura, il mandato o la gestione d'affari, non concepiti per scopi di protezione degli incapaci – è emersa chiaramente la necessità di introdurre, con un intervento legislativo mirato, un nuovo strumento giuridico più flessibile e soprattutto più attento alla cura e alle esigenze della persona, oltre che alla gestione del patrimonio [7].

In questo quadro, si inserisce la L. n. 6/2004, che ha introdotto l'istituto dell'amministrazione di sostegno, strumento versatile e duttile, che si configura come "un vestito cucito su misura", costantemente adattabile e modulabile, anche nel tempo, alle necessità specifiche della persona vulnerabile [8].

Tale normativa, tuttavia, non si è limitata a prevedere la figura dell'amministrazione di sostegno, ma ha profondamente innovato l'intero quadro di tutela del malato, tracciandone un nuovo perimetro mediante l'introduzione di una serie di princìpi fondamentali idonei anche ad essere criteri ermeneutici per la risoluzione di eventuali dubbi interpretativi sull'applicazione e la scelta delle misure più adatte al caso [9], in un'ottica di protezione e promozione della persona vulnerabile.

2. Gli strumenti di protezione della persona vulnerabile: interdizione, inabilitazione ed amministrazione di sostegno a confronto

Al fine di evidenziare il progressivo passaggio da una logica sostitutiva e fortemente limitativa della capacità d'agire ad una più flessibile e funzionale alla valorizzazione della persona, si rende necessario preliminarmente procedere ad una sintetica disamina delle tradizionali misure di protezione dell'infermo previste dal codice civile, ossia l'interdizione e l'inabilitazione, per poi esaminarle in comparazione con il più recente istituto dell'amministrazione di sostegno.

Analizzando, in primo luogo, l'istituto dell'interdizione, si evidenzia come questa sia la misura maggiormente limitativa e lesiva della capacità d'agire dell'infermo prevista dalla legge [10].

---

[5] TESCARO M., *Amministrazione di sostegno*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile*, I, Torino, 2007, p. 3.

[6] Si veda: ANELLI F., *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, V, Milano, 2004, pp. 4175 ss.. Cfr., anche, per ulteriori rilievi, PESCARA E., *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, in *Tratt. Rescigno*, IV, 4ª ed., Torino, 1997, pp. 768 ss.

[7] TESCARO M., *op. cit*. Si veda anche: CENDON P., *Gli orizzonti dell'amministrazione di sostegno*, in *Riv. dir. min*., 2006, pp. 17 ss.; CENDON P., *Infermi di mente ed altri "disabili" in una proposta di riforma del codice civile. Relazione introduttiva e bozza di riforma*, in *Dir. fam*., 1992, pp. 621 ss.

[8] LODDO P., *op. cit.,* p. 6.

[9] TESCARO M., *op. cit*., p. 5.

[10] Presupposti per il ricorso allo strumento sono: un'abituale infermità di mente, l'incapacità del soggetto di provvedere ai propri interessi e, infine, la necessarietà della misura per assicurare adeguata protezione al destinatario della stessa. Quest'ultimo

ISSN 2281-3918/2421-2563

Segnatamente, il soggetto affetto da un'infermità mentale [11] grave, abituale [12] e attuale [13], tale da renderlo totalmente incapace di curare i propri interessi, può essere sottoposto alla misura dell'interdizione e il giudice deve fondare la decisione non solo in base alla diagnosi clinica, ma sulla sua incidenza concreta sulla vita del soggetto. Si dovrà, quindi, valutare la capacità del soggetto di gestire tutti gli aspetti dell'esistenza, non limitandosi a quelli economici ma ricomprendendo nell'indagine anche quelli esistenziali, inerenti la cura della persona, i rapporti familiari e sociali e gli obblighi civili e patrimoniali [14]. Solo in situazioni di gravissima compromissione, assenza di consapevolezza della malattia, rifiuto delle cure e contesto familiare inadeguato, l'interdizione viene considerata necessaria per garantire una protezione effettiva [15].

L'attenzione che il giudice deve rivolgere nella valutazione sulla sussistenza dei presupposti applicativi si giustifica alla luce degli effetti estremamente incisivi dell'interdizione sul beneficiario: l'interdizione comporta, infatti, una perdita totale della capacità di agire dell'infermo, che sarà completamente sostituito dal tutore nel compimento di tutti gli atti.

Solo eccezionalmente il Tribunale potrà consentire all'interdetto di compiere – autonomamente o con l'assistenza del tutore – determinati atti di ordinaria amministrazione.

È sempre richiesta, invece, la preventiva autorizzazione del giudice tutelare per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione, cioè tutte quelle operazioni che comportano la disposizione del patrimonio, la cui gestione richiede quindi un controllo più rigoroso per evitare danni o abusi a danno dell'interdetto [16].

Sul piano patrimoniale, inoltre, l'istituto interdittivo tutela gli interessi della famiglia: l'interdetto è escluso dall'amministrazione della comunione legale e l'altro coniuge può richiedere la separazione giudiziale dei beni a causa dell'interdizione o inabilitazione. L'interdetto, inoltre, non può né redigere testamento, né donare [17].

L'unico spazio di autonomia che residua in capo all'interdetto riguarda gli atti personalissimi, cioè quelli strettamente connessi alla sfera personale dell'interessato, che richiedono una manifestazione di volontà non surrogabile dal tutore. Proprio con riferimento a tale categoria di atti, giova richiamare la "teoria dei cosiddetti atti personalissimi". Secondo tale elaborazione dottrinale, alcuni atti, definiti "personalissimi", rappresentano imprescindibile espressione dell'autodeterminazione personale del loro

---

presupposto è stato introdotto dalla legge n. 6/2004, al fine di coordinare la norma con l'istituto dell'amministrazione di sostegno. Cfr. TESCARO M., *op. cit.*, p. 8.

[11] La nozione di malattia mentale non va intesa in senso meramente tecnico-clinico, né rigidamente definita sotto il profilo nosografico, ma deve essere apprezzata come condizione di sofferenza unica e irripetibile, la cui origine può essere multifattoriale – biologica, psicologica, relazionale o sociale – e strettamente connessa alla dimensione personalistica e alla storia individuale del soggetto. Cfr. BRUSCUGLIA L., *Interdizione*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989, p. 3.

[12] L'infermità mentale deve essere abituale, cioè costituire uno stato stabile e persistente, non bastando episodi isolati o temporanei, sebbene possano verificarsi intervalli di lucidità. Si veda: Cass. civ., 20 novembre 1985, n. 5709 in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, p. 288.

[13] Il disturbo deve essere attuale al momento della pronuncia: episodi pregressi o il solo rischio di ricadute non sono sufficienti, salvo un'alta probabilità di recidiva. Cfr. BRUSCUGLIA L., *op. cit*. p. 4; Cass. civ., 13 marzo 1990, n. 2031 in *Mass. giur. it*., 1990.

[14] Cass. civ., 21 ottobre 1991, n. 11131 in *Mass. giur. it*., 1991.

[15] Trib. Marsala, 17 gennaio 2018, n. 39 in *Massima redazionale*, 2018.

[16] TIRABOSCO A., MICHILLI A., *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione* in LODDO P: (a cura di) *L'amministratore di sostegno*, cit., p. 52.

[17] TIRABOSCO A., MICHILLI A., *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione* in LODDO P. (a cura di), *L'amministratore di sostegno,* cit., p. 53.

ISSN 2281-3918/2421-2563

titolare e, per questo, possono essere posti in essere solo da quest'ultimo. Essi sono strettamente inerenti al titolare della situazione giuridica, che sarà il soggetto del relativo rapporto. Nessuno, infatti, può essere sostituito da un terzo, ad esempio, nella scelta di donare, di redigere testamento, di contrarre matrimonio, nella separazione personale o nel riconoscimento di un figlio. In tali ipotesi, la legge preclude l'intervento dei terzi nel compimento dell'atto, alla luce del carattere personalissimo dello stesso. Se l'atto fosse realizzato, infatti, dal rappresentante legale, sarebbe certamente nullo, a causa del difetto di legittimazione di quest'ultimo [18].

Tale ambito di autodeterminazione, tuttavia, risulta limitato da molte disposizioni codicistiche, sulle quali non ha inciso l'intervento legislativo del 2004 che – sebbene fosse volto a mitigare la disciplina dell'istituto interdittivo – non ha comportato una revisione complessiva dello strumento. Ad esempio, permane l'impedimento matrimoniale dell'interdetto (art. 85 c.c.), finalizzato a proteggere la persona debole da eventuali pressioni esterne.

Alla luce delle pregnanti limitazioni che l'interdizione comporta, si comprende perché l'istituto rappresenti l'*extrema ratio* di protezione per i soggetti privi, totalmente o parzialmente, di autonomia [19]. L'interdizione, infatti, si configura come strumento di carattere eccezionale e residuale, applicabile esclusivamente ai casi in cui, per la gravità della condizione del soggetto, non sia possibile garantire un'adeguata protezione attraverso misure meno incisive [20].

La figura dell'inabilitazione, invece, può essere definita come lo stato giudizialmente dichiarato di ridotta capacità di agire del maggiorenne che, per le sue condizioni mentali o fisiche, non sia pienamente in grado di occuparsi dei propri interessi economici [21]. L'inidoneità del soggetto ad occuparsi della propria sfera patrimoniale può scaturire da condizioni soggettive tra loro decisamente eterogenee [22], accomunate – però – da un dato oggettivo che riflette la concezione economicistica del nostro codice, ossia il rischio che la condotta del soggetto fragile possa mettere in pericolo l'integrità del patrimonio.

La prima ipotesi tipizzata dal codice, in particolare, individua il presupposto dell'inabilitazione in un'infermità mentale che, pur non annullando del tutto la capacità di intendere e di volere, sia tale da compromettere in misura significativa la capacità del soggetto di gestire con diligenza i propri interessi. La condizione di alterazione psichica deve essere meno grave rispetto a quella che giustificherebbe l'interdizione [23].

Presupposto sia per l'adozione del provvedimento di inabilitazione sia di quello di interdizione è l'accertamento dell'incapacità della persona di gestire adeguatamente i propri interessi; tuttavia, i due istituti si distinguono per l'ampiezza dell'indagine demandata al giudice. Nel procedimento di interdizione, infatti, la valutazione concerne non solo l'idoneità del soggetto alla cura degli interessi patrimoniali,

---

[18] In dottrina: FALZEA A., *Capacità, teoria generale*, in *Enc. dir.,* IV, Milano, 1960, 28; SCALERA A., *I trattamenti sanitari dell'interdetto: poteri del tutore e ruolo del giudice – il commento,* in *Fam. dir*., 2011, p. 791. In giurisprudenza: Cass. civ., Ord., 20 aprile 2005, n. 8291, in *Fam. dir.*, 2005, 5, 481; Cass. civ., sez. I, 21 luglio 2000, n. 9582, in *Giust. civ*., 2001, 2751 ss.; Trib. Milano, 6 marzo 2009, n. 3075 in *Massima redazionale*, 2009.

[19] Trib. Bari, Sez. I, 29 febbraio 2016, n. 1123 in *Massima redazionale*, 2016.

[20] PEZZUTO R., *Commento dell'art. 414 c.c.,* in BONILINI G., CONFORTINI M., GRANELLI C. (a cura di), *Codice Civile commentato*, Torino, 2012. pp. 430 ss.

[21] BIANCA C. M., *Diritto civile*, I, Milano, 1981, p. 237.

[22] L'art. 415 c.c. individua espressamente i casi in cui un soggetto può essere dichiarato inabilitato, ricomprendendo: il maggiorenne infermo di mente; colui che, per prodigalità o per abuso abituale di bevande alcooliche o di stupefacenti, esponga sé stesso o la propria famiglia a gravi pregiudizi economici; il sordo e il cieco dalla nascita o dalla prima infanzia, privi di un'educazione sufficiente.

[23] BIANCA C. M., *Diritto civile*, cit. p. 237.

ISSN 2281-3918/2421-2563

ma anche la sua capacità complessiva di affrontare le situazioni personali e familiari giuridicamente rilevanti. Diversamente, nell'inabilitazione l'accertamento giudiziale si concentra esclusivamente sulla capacità dell'infermo di gestire i propri beni, con particolare riferimento al compimento degli atti di straordinaria amministrazione [24].

Le successive due ipotesi per le quali il codice prevede l'applicazione della figura in esame – e cioè quelle concernenti la prodigalità [25] e l'abuso di alcol o di sostanze stupefacenti [26] – rinvengono, invece, il loro presupposto soggettivo non nella sussistenza di un'infermità, bensì in alcune condotte abituali del soggetto idonee a determinare un depauperamento del patrimonio personale o familiare, a prescindere dalla sussistenza o meno di una patologia mentale.

Il criterio alla luce del quale valutare l'idoneità di tali condotte a ledere gli interessi economici differisce nei due casi: con riferimento al prodigo, infatti, si ritiene che le spese debbano essere eccessive nonché ricollegate a futili motivi; con riferimento all'abuso di alcol o droghe, invece, occorre che il soggetto individui nella droga il centro della propria esistenza, al punto da essere incapace di mantenere un equilibrato senso critico, anche in rapporto alla propria situazione economico-finanziaria e familiare.

Gli ulteriori stati soggettivi da cui può scaturire l'impossibilità del soggetto di occuparsi dei propri affari riguardano, invece, disabilità sensoriali come il sordomutismo e la cecità congenita.

La presenza di queste patologie costituisce motivo di inabilitazione solo qualora la persona non abbia ricevuto un'adeguata educazione tale da consentirle di gestire autonomamente i propri interessi. La rilevanza di tali menomazioni fisiche deriva, dunque, solo dal fatto che esse possano impedire il raggiungimento di un sufficiente grado di maturità sociale necessario per la vita di relazione; tale immaturità deve, in ogni caso, essere oggetto di accertamento giudiziale mediante sentenza [27].

L'inabilitazione comporta una limitazione della capacità di agire dell'inabilitato, che non viene però sostituito dal curatore: l'inabilitato può, infatti, compiere validamente tutti gli atti di ordinaria amministrazione; l'assistenza del curatore è invece necessaria per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione.

Delineati, sia pure sinteticamente, i tratti essenziali degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, occorre esaminare il rapporto intercorrente tra tali misure e l'amministrazione di sostegno.

Come previamente accennato, se, infatti, per lungo tempo, l'ordinamento ha privilegiato una logica prevalentemente sostitutiva e limitativa della capacità di agire della persona fragile, nel secolo attuale il legislatore ha orientato la propria azione verso modelli maggiormente rispettosi dell'autonomia individuale. In tale prospettiva si colloca la figura dell'amministrazione di sostegno, concepita come strumento flessibile e personalizzato volto a garantire il supporto necessario alla persona senza privarla integralmente della capacità di autodeterminarsi.

Alla luce di tale evoluzione normativa e culturale, giova, dunque, verificare se – esperendo un tentativo di *actio finium regondorum* tra gli istituti – le due tradizionali figure codicistiche possano rientrare

---

[24] PESCARA E., *I provvedimenti di interdizione e inabilitazione e le tecniche protettive dei maggiorenni incapaci*, in *Tratt. Rescigno*, 3, Torino, 1982, p. 692.

[25] Non è sempre stato così: in passato, dottrina e giurisprudenza ritenevano che la prodigalità ricorresse laddove le spese disordinate e sproporzionate alla consistenza patrimoniale del soggetto fossero riconducibili non ad una mera cattiva amministrazione, bensì ad una alterazione mentale. In giurisprudenza: Cass. civ., 10 febbraio 1968, n. 428 in *Mass. giur. it.*, 1968; Cass. civ., 13 marzo 1980, n. 1680 in *Mass. giur. it.*, 1980. In dottrina: BIANCA C.M., *op. cit*., p. 237; NAPOLI E.V., *Inabilitazione*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, p. 2.

[26] Trib. Terni, 9 maggio 1994, in *Rass. giur. umbra*, 1994, p. 392.

[27] BIANCA C.M., *op. cit*., p. 238.

ISSN 2281-3918/2421-2563

nell'alveo applicativo dell'amministrazione di sostegno [28], e se quindi, la malleabile tutela offerta da quest'ultima risulti idonea a soddisfare le esigenze protettive sottese agli altri due istituti, rendendoli di fatto superflui, in un'ottica di *ubi maior, minor cessat*.

In limine della presente indagine, giova specificare che presupposti dell'amministrazione di sostegno sono da un lato, un'infermità o una menomazione fisica o psichica e, dall'altro, l'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi.

Alla luce di tali presupposti, sembra quindi pacifico ritenere che i casi riconducibili all'interdizione – i cui requisiti sono l'infermità abituale del soggetto e l'incapacità di provvedere ai propri interessi – possano collocarsi anche nel più ampio perimetro descritto dall'amministrazione di sostegno. Tra interdizione e amministrazione di sostegno non si rinviene, infatti, una distinzione né funzionale né strumentale e la nuova misura, con la sua flessibilità e duttilità, appare idonea a fronteggiare anche le situazioni più complesse [29].

Più dibattuto è, invece, l'inquadramento delle ipotesi di inabilitazione nell'àmbito dell'amministrazione di sostegno, soprattutto di quelle non aventi come presupposto un'infermità mentale o fisica.

Priva di particolari criticità appare, infatti, l'inscrivibilità nel raggio operativo dell'amministrazione di sostegno dei casi di infermità mentale parziale e di infermità fisica legata alla cecità ed alla sordità tipizzati dal codice. L'infermità parziale presupposto dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, infatti, ricomprende pacificamente anche queste ipotesi e la scelta dell'una o dell'altra misura di tutela è rimessa alla valutazione del giudice in base alle circostanze concrete del caso. Invero, si è anche affermato che, se dinnanzi a una situazione di infermità parziale il giudice decidesse di optare per l'amministrazione di sostegno, i poteri attribuiti all'amministratore non dovrebbero corrispondere a quelli che il codice assegna al curatore, poiché ricorrerebbe – altrimenti – una sorta di frode alla legge [30].

Da ciò si deduce che, in tale ipotesi, la previsione dell'applicabilità dell'inabilitazione sia ultronea e illogica sul piano sistematico, poiché i presupposti – ed anche gli effetti se il giudice lo stabilisse – sarebbero i medesimi a prescindere dall'adozione dell'uno o dell'altro strumento.

Foriera di maggiori difficoltà operative è, invece, l'inclusione nell'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno delle ipotesi del prodigo [31] e di colui che abusa di droga o alcol.

Accogliendo, infatti, un'interpretazione strettamente testuale, tali ipotesi raramente risultano riconducibili al concetti di infermità o di menomazioni del corpo [32], trattandosi piuttosto di condotte spesso volontarie che potrebbero giustificare l'adozione di misure di protezione solo se accompagnate da un'effettiva ed accertata compromissione delle capacità psichiche.

Tale tesi, tuttavia, appare eccessivamente restrittiva e legata ad una nozione di infermità intesa in senso esclusivamente clinico-nosografico, cioè come patologia classificabile secondo metodi scientifici, senza considerare gli effetti concreti sulla vita del soggetto.

---

[28] TESCARO M., *op. cit.*, p. 9.

[29] LISELLA G., *Inabilitazione e interdizione: due arcaici istituti al crepuscolo*, in *Persona e Mercato*, 2014, p. 133.

[30] TESCARO M., *op. cit.*, p. 10.

[31] La prodigalità, pur non essendo di per sé una condizione patologica in senso clinico, può a volte emergere attraverso comportamenti riconducibili ad un deficit del controllo degli impulsi, idonee ad assumere rilevanza sul piano psicologico e, in taluni casi, anche psichiatrico. Nell'apparato codicistico, però, essa rileva indipendentemente da una qualificazione clinica, essendo tipizzata dal legislatore come condotta abituale idonea a mettere in pericolo l'integrità del patrimonio.

[32] BONILINI G., *I presupposti dell'amministrazione di sostegno*, in BONILINI G., CHIZZINI A. (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, 2ª ed., Padova, 2007, pp. 53 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Qualora, invece, si accogliesse una nozione di infermità intesa in senso funzionale, essa potrebbe ricomprendere anche quelle condizioni che, pur non integrando una patologia psichica in senso stretto, incidono in modo significativo e stabile sulla capacità del soggetto di provvedere ai propri interessi. In tal modo, anche le ipotesi di tossicodipendenza, l'etilismo o la prodigalità possono assumere rilievo qualora comportino una concreta compromissione delle facoltà di autodeterminazione e di gestione della sfera personale e patrimoniale [33].

La stella polare dell'interpretazione di tali ipotesi dovrebbe, quindi, essere rappresentata dalla valutazione dell'incidenza del disturbo sulla capacità di autodeterminazione del soggetto, che il giudice dovrebbe accertare in concreto, non rilevando tanto la qualificazione astratta della condotta, ma quanto più che altro la sua concreta incidenza sulla facoltà del soggetto di prendersi cura dei propri interessi.

Accogliendo, dunque, una nozione di infermità intesa in senso funzionale, anche le ipotesi più problematiche di inabilitazione tipizzate dal nostro codice potrebbero rientrare nel perimetro applicativo dell'amministrazione di sostegno, che risulterebbe così rimedio potenzialmente esclusivo alle situazioni di fragilità e debolezza dei soggetti.

3. Un nuovo istituto per restituire centralità e dignità all'individuo: l'amministrazione di sostegno e la sua disciplina

Concentrando ora l'attenzione sull'istituto dell'amministrazione di sostegno e sul relativo regime giuridico, si deve preliminarmente evidenziare come l'introduzione di tale strumento – teso a contemperare l'istanza di tutela e di assistenza per le persone prive, in tutto o in parte, di autonomia nello svolgimento delle attività quotidiane, con l'esigenza di limitarne il meno possibile la capacità di agire – abbia dato cittadinanza, all'interno dell'impianto normativo del Codice civile, al principio della massima conservazione della capacità d'agire per le persone parzialmente o totalmente prive di autonomia [34], che tutela il diritto all'autodeterminazione dell'infermo, stabilendo che la limitazione della sua capacità d'agire debba essere quanto più ridotta possibile, sempre alla luce delle sue condizioni psico-fisiche [35].

Dalla scelta del legislatore di mantenere gli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione nell'architettura codicistica della tutela del fragile [36], si desume inoltre la volontà di costituire un sistema basato sulla tripartizione delle misure di protezione delle persone prive di autonomia.

Il principio che regola l'applicazione di tali misure è quello di gradualità: il giudice, infatti, una volta accertate le specifiche esigenze di protezione presenti nel caso concreto, deve individuare e adottare lo strumento più idoneo a soddisfarle, applicandolo in modo da limitare il meno possibile la capacità d'agire del soggetto interessato. Da tale principio scaturisce anche il carattere residuale degli istituti

[33] Cass. civ., Ord., 28 dicembre 2023, n. 36176 in *Not.*, 2024, 1, 67; Cass. civ., Ord., 31 marzo 2022, n. 10483 in *CED Cassazione*, 2022; Cass. civ., Ord., 31 dicembre 2020, n. 29981 in *Studium juris, 2021, 7-8, 944.*

[34] CALICE E., *Commento dell'art. 404 c.c.*, in BONILINI G., CONFORTINI M., GRANELLI C. (a cura di), *Codice Civile commentato*, cit., p. 804 ss.

[35] BONILINI G., *op. cit.*, p. 46.

[36] Interpretazione confermata anche dalla Corte di Cassazione, si veda: Cass. civ., 12 giugno 2006, n. 13584, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2007, p. 275, con nota di ROMA U., *La Cassazione alla ricerca del* discrimen *tra amministrazione di sostegno e interdizione*.

ISSN 2281-3918/2421-2563

dell'interdizione e dell'inabilitazione, maggiormente lesivi e restrittivi dell'autonomia dell'infermo rispetto all'amministrazione di sostegno [37].

Le linee direttrici che, invece, informano specificamente l'istituto dell'amministrazione di sostegno sono, da un lato, il principio di flessibilità, che impone al giudice, una volta individuata questa misura come idonea al caso concreto, di adattarne la disciplina alle specificità della situazione; e, dall'altro, il principio di proporzionalità, secondo cui l'amministrazione di sostegno non deve comportare una compressione della capacità del beneficiario eccedente quanto sia strettamente necessario per tutelare i suoi interessi patrimoniali e personali [38]. Infine, si può individuare un principio di temporaneità nell'applicazione dell'amministrazione di sostegno: a differenza dell'interdizione e dell'inabilitazione, generalmente concepite come misure stabili, l'amministrazione di sostegno è stata, infatti, pensata come una misura provvisoria e adattabile nel tempo, alla luce dell'evoluzione della condizione dell'infermo.

Da questi princìpi emerge già la vocazione fondamentale dell'intervento normativo e dell'istituto dell'amministrazione di sostegno: creare misure che si adattino all'infermo – e non che costringano, invece, quest'ultimo ad adattarsi ad esse – e costruire un sistema volto non a sostituirlo, bensì a sostenerlo nelle sue scelte.

Condizione necessaria affinché possa applicarsi la misura dell'amministrazione di sostegno è che il soggetto sia – a causa di una infermità o di una menomazione fisica o psichica – impossibilitato, *in toto* o in parte, a provvedere ai propri interessi.

La legge individua, dunque, due presupposti: uno soggettivo, concernente la sussistenza di una infermità o di una menomazione fisica o psichica, ed uno oggettivo, riguardante l'incidenza di tali condizioni sulla capacità del soggetto di provvedere ai propri interessi. Tra i due requisiti deve incorrere un rapporto di causalità: ciò vuol dire che l'impossibilità di provvedere ai propri interessi deve essere riconducibile all'infermità o al deficit fisico o psichico che affligge il soggetto.

Con riferimento al presupposto soggettivo, la lettera della disposizione – la quale menziona in termini distinti e disgiunti la menomazione psichica e quella fisica – pare legittimare, secondo un'interpretazione aderente al dato testuale, l'applicazione della misura non soltanto nei confronti del soggetto affetto da infermità o menomazione di ordine psichico, ma altresì nei riguardi di colui che versi in una condizione di compromissione esclusivamente fisica, tale da incidere sulla sua capacità di attendere autonomamente ai propri interessi. Questa interpretazione – prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza – troverebbe riscontro tanto nel tenore letterario della disposizione, quanto nella *ratio legis* della disciplina, volta a tutelare il maggior numero possibile di soggetti vulnerabili [39].

A questo orientamento se ne oppone, però, un altro, che esclude l'applicabilità della misura al soggetto affetto da sola menomazione fisica in assenza di una concomitante compromissione delle facoltà

---

[37] TESCARO M., *op. cit*., p. 5.

[38] *Ibidem.*

[39] In dottrina*:* FERRANDO G.*, Le finalità della legge. Il nuovo istituto nel quadro delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia,* in *Soggetti deboli e misure di protezione,* Torino, 2006, p. 28; BUGETTI M.*, Le incerte frontiere tra amministrazione di sostegno e interdizione,* in *Fam. dir.,* 2006, p. 59*;* BUGETTI M.*, Amministrazione di sostegno "incapacitante" e necessità della difesa tecnica,* in *Corriere giur.,* 2007, p. 204 ss..; CALÒ E.*, L'apporto dei ricorsi e dei decreti all'attuazione dell'amministratore di sostegno,* in *Notariato*, 2004*,* p. 402*;* SCOTTI R.*, La lettura costituzionale dei rapporti tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione,* in *Notariato*, 2006, p. 395.

In giurisprudenza, nello stesso senso: Cass. civ., 12 giugno 2006, n. 13584, cit.; Cass. civ., 29 novembre 2006, n. 25366, in *Fam. dir.*, 2007, 2, 121, con nota di CHIZZINI A., *Amministrazione di sostegno e difesa tecnica in una prima (non risolutiva) decisione della Cassazione*.

ISSN 2281-3918/2421-2563

psichiche, evidenziando che la legge richieda che il soggetto versi in una situazione non di semplice difficoltà, bensì di impossibilità di curare i propri interessi, circostanza che tendenzialmente non ricorre in capo all'invalido solo nel fisico [40].

Questa tesi trova avallo sia nel già citato principio della massima conservazione della capacità d'agire per le persone parzialmente o totalmente prive di autonomia, che imporrebbe la residualità del ricorso a strumenti volti a sostituire il soggetto nelle sue decisioni, sia nella collocazione topografica della norma, posta vicina all'interdizione ed all'inabilitazione, cioè istituti di protezione concepiti, quantomeno in linea di principio, per far fronte a compromissioni di natura intellettiva [41].

Il requisito oggettivo richiesto per l'applicabilità della misura consiste, invece, nell'impossibilità della persona a curare propri interessi, impossibilità che può essere parziale o totale, nonché temporanea o definitiva.

Solo laddove ricorrano entrambi i summenzionati requisiti, dunque, potrà essere nominato un amministratore di sostegno.

La nomina dell'amministratore di sostegno – che può essere sia una persona fisica sia una persona giuridica – deve essere effettuata avendo quale criterio primario e imprescindibile la tutela degli interessi del beneficiario. Consegue che, nell'individuazione del soggetto più idoneo, occorre considerare non soltanto l'esigenza di conservazione e gestione del patrimonio del soggetto debole, ma anche e soprattutto la piena valorizzazione della sua persona, nel rispetto della dignità e delle esigenze esistenziali dello stesso [42].

L'attribuzione dell'incarico viene effettuata dal giudice cautelare, sulla base o di una manifestazione di volontà antecedente all'infermità promanante dal beneficiario stesso, oppure scegliendo tra i soggetti indicati dal legislatore nella disciplina codicistica, secondo un preciso ordine di preferenza [43].

Ciò che accomuna i soggetti individuati dal codice è la finalità non lucrativa, bensì solidaristica ed assistenziale che li muoverebbe nella tutela del beneficiario [44]. Che la funzione teleologica dell'istituto sia esclusivamente la cura e la protezione dell'infermo è confermato dalla giurisprudenza, la quale afferma che – in presenza di dissidi endofamiliari – sia preferibile nominare un amministratore di sostegno

---

[40] In dottrina: DELLE MONACHE S., *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2004, II, p. 39; BONILINI G., *Persone in età avanzata e amministrazione di sostegno*, in *Fam., pers. succ*., 2005, p. 489. In giurisprudenza: Cass. civ., Ord., 10 settembre 2024, n. 24251, in *Quot. giur*., 2024; Cass. civ., Ord., 31 dicembre 2020, n. 29981, cit.

Nel 2022, la Cassazione ha anche affermato l'inopportunità dell'applicazione dell'amministrazione di sostegno nei confronti di un soggetto impossibilitato a curare adeguatamente dei propri interessi poiché affetto da una grave menomazione fisica, che tuttavia sia adeguatamente supportato da un ambiente familiare presente ed unito. Cass. civ. 11 luglio 2022, n. 21887 in *Fam. dir*., 10/2022, p. 952.; Cass. civ. 31 marzo 2022, n. 10483 in *CED Cassazione*, 2022.

[41] TESCARO M., *op. cit.,* p. 7.

[42] DI BARTOLOMEO M., *Osservazioni sul recente disegno di legge in materia di "Amministratore di sostegno a favore di persone impossibilitate a provvedere alla cura dei propri interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 1, p. 233; PERLINGIERI P., *La tutela della persona umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino, 1972, p. 11.

[43] L'art. 408 c.c. stabilisce l'ordine di preferenza per la nomina dell'amministratore di sostegno e prevede, in primo luogo, il coniuge non legalmente separato e i parenti appartenenti al nucleo familiare originario. Tra i possibili soggetti nominabili non figurano gli affini, mentre è espressamente contemplata la persona stabilmente convivente, categoria che comprende chiunque conviva in modo continuativo con il beneficiario e ne assicuri sostegno, indipendentemente dall'esistenza di legami di parentela o affinità. La normativa vigente riconosce, inoltre, al giudice tutelare la facoltà di nominare anche il soggetto indicato dal genitore superstite attraverso testamento, atto pubblico o scrittura privata.

[44] CALICE E., *Commento dell'art. 408 c.c.*, in BONILINI G., CONFORTINI M., GRANELLI C. (a cura di), *Codice Civile commentato*, cit., pp. 420 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

esterno alla famiglia, cosicché le eventuali tensioni interne non incidano sul corretto funzionamento dell'istituto [45].

Nell'espletamento delle proprie funzioni, l'amministratore di sostegno è tenuto a considerare attentamente i bisogni e le aspirazioni del beneficiario: ciò implica un ascolto attento e una valutazione delle esigenze individuali, al fine di promuovere scelte che rispettino la dignità e l'autonomia della persona. L'amministratore di sostegno, infatti, deve osservare una serie di doveri finalizzati alla tutela del beneficiario [46] e deve altresì operare con la diligenza richiesta dall'art. 1176 c.c., rispondendo anche per colpa lieve sia quando rifiuta ingiustificatamente di compiere un atto, sia quando vi acconsente con leggerezza, consapevole delle possibili conseguenze dannose per il beneficiario. In questa prospettiva, la responsabilità dell'amministratore può essere interpretata come *lato sensu* contrattuale, derivante dal rapporto obbligatorio instaurato con la nomina del giudice tutelare.

Oltre agli aspetti legati alla gestione degli atti, l'amministratore ha il dovere di rendere periodicamente conto dello svolgimento della propria attività e di aggiornare il giudice sulle condizioni personali e sociali del beneficiario, assicurando così un controllo costante volto alla tutela dei suoi interessi e della sua autonomia [47].

L'oggetto dell'amministrazione di sostegno è, invece, stabilito dal giudice tutelare nel decreto di nomina dell'amministratore, che deve individuare in modo chiaro e tassativo gli atti per i quali è richiesta la partecipazione dell'amministratore di sostegno, in qualità di rappresentante o come assistente. L'amministrazione di sostegno, infatti, può assumere carattere sostitutivo o misto quando l'intervento dell'amministratore è necessario per consentire l'esercizio di atti giuridici, mentre assume natura di mera assistenza quando il beneficiario è pienamente capace di agire autonomamente, anche per testamento e donazioni, indipendentemente da vincoli di parentela o convivenza con l'amministratore [48].

Allo stesso provvedimento spetta anche indicare la durata dell'incarico, che può essere determinata o indeterminata, così da adattare la tutela alle esigenze concrete del beneficiario. Il giudice può prorogare d'ufficio l'incarico dell'amministratore prima della scadenza dello stesso [49].

In definitiva, l'amministrazione di sostegno si presenta come una sorta di "scatola vuota", il cui contenuto viene concretamente determinato dal giudice tutelare attraverso la scelta del soggetto ritenuto più idoneo a svolgere l'incarico, l'individuazione tassativa degli atti per i quali è richiesta l'assistenza o la rappresentanza dell'amministratore, nonché la durata modulabile dell'incarico. Questo assetto riflette l'intento del legislatore di conciliare la stabilità della misura con la flessibilità necessaria per rispondere alle condizioni e alle esigenze concrete del beneficiario, nel rispetto delle dinamiche familiari e della sua autonomia.

---

[45] Cass. civ., 20 marzo 2013, n. 6861 in *Notariato*, 2013, 247.

[46] L'amministratore di sostegno è vincolato da un complesso di doveri volti a tutelare il beneficiario. Tra questi, riveste particolare importanza l'obbligo di informare il beneficiario sugli atti che intende compiere, trasmettendogli anche il rendiconto annuale previsto dall'art. 380 c.c., e di comunicare al giudice tutelare eventuali dissensi. Tale dissenso assume rilevanza giuridica soltanto se espresso da un soggetto dotato di sufficiente capacità di discernimento e costituisce un ostacolo che obbliga l'amministratore a sottoporre la decisione al giudice.

[47] CALICE E., *Commento dell'art. 410 c.c.*, in BONILINI G., CONFORTINI M., GRANELLI C.(a cura di), *Codice Civile commentato*, cit. pp. 430 ss.

[48] Cass. civ., 4 marzo 2020, n. 6079, in *Studium juris*, 11/2020, p. 1416.

[49] Con riferimento agli uffici di tutore o curatore, invece, è fissato un limite massimo di dieci anni, cosicché nessuno sia obbligato a ricoprire tale ruolo per periodi eccessivamente lunghi, con la sola eccezione dei casi in cui l'incarico sia affidato al coniuge, al convivente *more uxorio*, agli ascendenti o ai discendenti. Cfr. CALICE E., *Commento dell'art. 405 c.c.*, in BONILINI G., CONFORTINI M., GRANELLI C. (a cura di), cit., p. 407.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Con riferimento alla residua capacità di agire del beneficiario, spetterà sempre al giudice individuare gli atti che il soggetto potrà svolgere personalmente, fermo restando che la piena capacità permane per i c.d. atti della vita quotidiana. In linea generale, gli atti personalissimi – quali testamento, donazione, matrimonio, riconoscimento di figli nati fuori dal matrimonio – rimangono esclusivamente nella sfera di autonomia del beneficiario. La legge, tuttavia, consente comunque al giudice tutelare – previa valutazione della presenza di infermità o ridotta lucidità – di estendere eventuali effetti, limitazioni o decadenze previsti per interdetti o inabilitati al beneficiario, tenendo conto del suo interesse [50]. Recenti pronunce della Suprema Corte confermano la possibilità per il giudice di limitare la capacità di testare o di donare del beneficiario qualora questi non possa esprimere volontà libera e consapevole, applicando d'ufficio gli artt. 405 e 407 c.c. [51] Non possono, però, essere ammesse forme intermedie di capacità di testare filtrate dall'assistenza dell'amministratore di sostegno [52].

L'istituto dell'amministrazione di sostegno, dunque, si configura come uno strumento duttile nelle mani del giudice; strumento la cui vocazione è quella di riconoscere il più ampio margine di autonomia al beneficiario, tendendo conto della sua infermità. La *ratio* che governa l'istituto, infatti, è la residualità del potere dell'amministratore: costui, infatti, si occupa solo di ciò che gli sia stato espressamente affidato dal giudice, che individua i poteri dell'amministratore alla luce delle condizioni concrete dell'infermo [53], mentre tutti gli altri atti restano nella disponibilità del beneficiario [54]. L'amministrazione di sostegno comporta, dunque, la transizione da un paradigma di incapacità legale ad un modello di capacità assistita.

4. L'attuale sistema di tutela dei soggetti deboli: controversie e prospettive *de iure condendo*

L'attuale apparato codicistico di protezione degli incapaci evidenzia – alla luce di quanto già illustrato – una tensione strutturale tra il modello codicistico del 1942, basato su istituti aventi natura sostitutiva ed ablativa della capacità di agire, e il successivo sviluppo normativo che, con l'inserimento dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, ha consacrato un nuovo paradigma basato sul supporto e la conservazione (per quanto possibile) della capacità del fragile.

Questa tensione non si registra però solo nella dimensione codicistica, ma si rinviene anche sul piano assiologico con riferimento ai principi costituzionali e sovranazionali.

I tradizionali istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, infatti, sollevano problemi di compatibilità con il principio personalista *ex* art. 2 Cost., con il principio di uguaglianza sostanziale *ex* art. 3 Cost. e con quello di libertà personale *ex* art. 13 Cost., laddove siffatte misure reprimano del tutto la possibilità per l'individuo di autodeterminarsi, relegandolo ad una condizione di minorità giuridica perpetua. La loro rigidità e non modulabilità sul caso concreto confliggono, altresì, con il principio di proporzionalità,

[50] *Ibidem.*

[51] Cass. civ., Ord., 21 maggio 2018, n. 12460, in *Corriere giur*., 2019, 1, 60, con nota di BUGETTI M. N, *Sulla privazione ex decreto in capo al beneficiario dell'amministrazione di sostegno della capacità di testare e di donare*; Cass. civ., Ord., 28 agosto 2020, n. 18042 in *Massima redazionale*, 2020.

[52] Cass. civ., 6 febbraio 2026, n. 2648 in *Massima Redazionale*, 2026.

[53] Cass. civ., Ord., 31 marzo 2022, n. 10483 in *CED Cassazione*, 2022.

[54] Corte cost., 10 maggio 2019, n. 114 in *Corriere giur*., 7/2019, p. 885, con nota di BUGETTI M.N., *La Corte costituzionale conferma la sussistenza della capacità di donare del beneficiario dell'amministrazione di sostegno.*

ISSN 2281-3918/2421-2563

che impone che ogni limitazione dei diritti fondamentali sia necessaria e proporzionata all'effettiva capacità del soggetto.

Sul piano sovranazionale, le sopracitate figure giuridiche collidono tanto con le fonti europee – sia di *hard law*, sia di *soft law* – quanto con la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, che riconosce l'importanza dell'autonomia e dell'indipendenza personale delle persone con disabilità, prescrivendo, in tale ottica, il divieto di applicazione di misure di annullamento e/o compromissione permanente della capacità di agire, consentendo esclusivamente una limitazione della capacità che sia temporanea, revocabile, sempre proporzionata e, di conseguenza, flessibile, soggetta a periodica revisione [55]. La Convenzione stabilisce, inoltre, l'obbligo per gli Stati di assicurare che tutte le misure relative all'esercizio della capacità giuridica forniscano efficaci garanzie per prevenire abusi in conformità alle norme internazionali sui diritti umani. Tali garanzie devono assicurare che le misure relative all'esercizio della capacità giuridica siano esenti da qualsiasi conflitto di interesse ed osservino i diritti e la volontà del soggetto, nonché soggette a periodica revisione da parte di un'autorità competente o di un organo giudiziario.

Con riferimento alle fonti europee, si evidenzia il latente contrasto tra i tradizionali istituti codicistici di tutela del fragile ed innumerevoli disposizioni della Carta di Nizza, che, all'art. 1, enuncia il principio dell'inviolabilità della dignità umana, all'art. 21 fissa il divieto di qualsiasi forma di discriminazione fondata sulla disabilità ed all'art. 26 riconosce e tutela il diritto delle persone con disabilità a beneficiare di misure volte a garantire loro autonomia, inclusione sociale e professionale, nonché piena partecipazione alla vita comunitaria [56].

Quanto agli strumenti di *soft law*, il Parlamento Europeo in una Risoluzione [57] concernente il tema della parità dei diritti per le persone con disabilità – ha esortato gli Stati membri ad adottare misure volte a superare le limitazioni alla capacità giuridica che impediscono l'effettivo esercizio dei diritti degli infermi, privilegiando invece l'implementazione di interventi di affiancamento e non di sostituzione del soggetto debole [58].

In questo quadro, la giurisprudenza nazionale si colloca in una posizione intermedia. La Corte costituzionale non è mai intervenuta in senso demolitorio sulle figure tradizionali, ma ha progressivamente cercato di ridurne l'incidenza applicativa, esaltando l'amministrazione di sostegno quale strumento preminente laddove sia in grado di assicurare idonea protezione [59].

Parallelamente, la Corte di Cassazione ha più volte sottolineato il carattere residuale e recessivo dell'interdizione rispetto all'amministrazione di sostegno, che dovrebbe essere preferita ogniqualvolta sia in grado di garantire adeguata tutela al soggetto, riservando invece l'applicazione dell'istituto dell'interdizione ai soli casi di infermità mentale che rendano impossibile qualsiasi forma di autodeterminazione [60].

Tuttavia, la prassi applicativa evidenzia ancora una rilevante area di incertezza. La linea di confine tra gli strumenti non sempre viene stabilita in modo uniforme, e ciò ha comportato disomogeneità interpretative

---

[55] TIRABOSCO A., MICHILLI A., *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione* in LODDO P. (a cura di) *L'amministratore di sostegno*, cit., p. 104 s..

[56] LODDO P., *op. cit*., p. 13.

[57] Risoluzione del Parlamento europeo *Verso la parità di diritti per le persone con disabilità*, 13 dicembre 2022.

[58] BUGETTI M.N, *Verso ... e oltre l'amministrazione di sostegno: una retrospettiva su un criticato istituto di successo* in *Fam. dir.*, 3/2024, p. 309.

[59] Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 440, in *Fam. pers. succ*., 2/2006, p. 136, con nota di PATTI S., *Amministrazione di sostegno: la sentenza della Corte costituzionale.*

[60] Cass. civ., 12 giugno 2006, n. 13584, cit.; Cass. civ., Ord., 21 maggio 2018, n. 12460 cit.

ISSN 2281-3918/2421-2563

che incidono direttamente sul tipo di tutela concretamente riconosciuta al soggetto fragile. Ulteriori aspetti critici si registrano rispetto alla continuità tra misure: la mancata previsione di strumenti di revisione delle interdizioni pregresse e di conversione delle stesse in amministrazione di sostegno ha lasciato insoluti molteplici ipotesi di disallineamento rispetto ai principi introdotti dalla legge del 2004. Molti soggetti fragili, quindi, sono rimasti sottoposti a provvedimenti ablativi risalenti, spesso adottati prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, senza alcuna verifica della loro attuale proporzionalità.

Accanto a tali profili sistematici, la prassi giudiziaria mostra ipotesi di utilizzo non sempre coerente dell'istituto dell'amministrazione di sostegno. Se, infatti, la grande flessibilità della misura ha, da un lato, incentivato una sua ampia applicazione ma, dall'altro, essa è stata oggetto di indebite strumentalizzazioni e, talvolta, la sua funzione di supporto è sfumata in forme di controllo o di gestione sostitutiva del patrimonio.

Emblematico di questa patologica deriva applicativa è stato un caso riguardante una vicenda in cui il giudice nazionale aveva prescritto una misura particolarmente incisiva sulla capacità d'agire di un soggetto anziano, affetto da un disturbo della personalità incidente sulla gestione dei propri interessi. La misura, in origine concepita come strumento di tutela limitato, aveva progressivamente ampliato il proprio raggio di azione fino ad incidere anche sulle abitudini di vita quotidiana del beneficiario, ricomprendendo le decisioni inerenti il suo collocamento abitativo e, in seguito, anche le sue relazioni personali, mediante l'introduzione di limitazioni al suo contatto con l'esterno.

Sulla questione è poi intervenuta anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo che, pur riconoscendo la base legale dell'intervento, ha sottolineato che l'intensità della compressione della vita privata e relazionare del soggetto non fosse proporzionata rispetto all'obiettivo di protezione perseguito [61], valorizzando l'idea – ormai centrale nella giurisprudenza sovranazionale – per cui la tutela della vulnerabilità non può tradursi nell'annichilimento identitario del fragile.

In altra vicenda, l'istituto dell'amministrazione di sostegno è stato utilizzato non con funzione protettiva, bensì con funzione "meramente esplorativa", poiché impiegata per indagare antecedenti attività patrimoniali del soggetto, senza che ricorresse un pericolo effettivo ed attuale per costui. La misura non prescriveva, infatti, alcuna limitazione della capacità d'agire dell'amministrato, ma mirava solo ad un affiancamento interlocutorio, al fine di consentire all'amministratore di supervisionare il beneficiario in via puramente precauzionale [62].

La Corte di Cassazione è, dunque, intervenuta sul punto richiamando con chiarezza il limite interno della misura: l'istituto, infatti, richiede sempre un accertamento concreto, attuale e non meramente ipotetico della condizione di impossibilità – totale o parziale – del soggetto di provvedere ai propri interessi, non essendo sufficiente – per l'attivazione del rimedio – né una fragilità evocata in termini generali, né una finalità esplorativa o di controllo sulla gestione patrimoniale altrui [63].

---

[61] BUGETTI M.N., *op. ult. cit.,* p. 309.

[62] Cass. civ., Ord., 17 settembre 2024, n. 24878 in *Fam. dir.*, 1/2025, p. 15, con nota di BUGETTI M.N., *I principi di gradualità e flessibilità, e il dilemma della adeguata protezione del beneficiario.*

[63] In particolare, nel caso di specie, non sussisterebbe "l'accertamento effettivo della riconducibilità di tale affare ad una condizione patologica", condizione dedotta dal figlio ma non concretamente verificata dal giudice. Nel provvedimento, infatti, si fa riferimento ad una generica condizione di fragilità, senza ulteriori specificazioni.

Di conseguenza, la Corte evidenzia che una siffatta misura non sia finalizzata alla tutela dell'interessato "da una condizione di accertata inadeguatezza a provvedere ai suoi interessi, quanto piuttosto a verificare se effettivamente detta inadeguatezza sussista e quale sia l'andamento degli affari del soggetto, con finalità di monitoraggio". Cass. civ., Ord., 17 settembre 2024, n. 24878, cit.

ISSN 2281-3918/2421-2563

Ciò che emerge dai casi illustrati non è tanto un abuso in senso tecnico della discrezionalità del giudice – discrezionalità che è la stessa legge ad attribuirgli nell'applicazione dell'amministrazione di sostegno, concepita come "vestito su misura" per il fragile, di cui il giudice stesso è il "sarto" – quanto piuttosto una sua applicazione che, talvolta, sembra espandersi oltre il perimetro assiologico tracciato dalla legge. La discrezionalità, infatti, costituisce una scelta normativa del legislatore, che individua in essa la miglior risposta alla necessità di gradualità e proporzionalità dell'intervento e all'esigenza che la persona fragile non resti estranea al processo decisionale che la riguarda [64].

In questo contesto si collocano anche le pronunce della giurisprudenza di legittimità, che ha più volte evidenziato la necessità di presidiare il legame tra la misura applicata e la concreta condizione del soggetto, non ammettendo l'attivazione dell'amministrazione di sostegno in assenza di una reale alterazione della capacità di curare adeguatamente i propri interessi, o in base a situazioni meramente presunte [65].

Ne discende che il nodo non è costituito esclusivamente dall'uso dello strumento, ma dalla sua tenuta nelle applicazioni pratiche: il divario tra le aspirazioni e il disegno normativo e la sua concreta attuazione sembra invero evidenziare una criticità di fondo, ossia quella di mantenere ferma la conformità dell'istituto alla sua ratio originaria di sostegno e non di sostituzione.

In questa prospettiva, *de iure condito*, appare decisivo che l'applicazione delle misure venga sempre preceduta da un rigoroso vaglio della sussistenza dei presupposti applicativi.

Con riferimento all'amministrazione di sostegno, in particolare, si dovrebbe effettuare un'attenta ponderazione circa l'ampiezza della limitazione della capacità d'agire del soggetto fragile (limitazione che dovrebbe essere quanto più circospetta possibile) e circa la scelta degli atti affidati alla cura dell'amministratore (che dovrebbero anch'essi essere, logicamente, il minor numero possibile). Si dovrebbe, altresì, favorire l'audizione e l'ascolto del beneficiario, non mero soggetto passivo ma effettivo interessato e destinatario della misura [66]. Si ravvisa, cioè, l'esigenza di dare applicazione a quei principi europei e sovranazionali che individuano nel fragile non il semplice destinatario ma il vero protagonista della tutela.

Sul piano sistematico e nel rapporto con gli altri istituti del Titolo XII del codice civile, invece, la materia sembra ancora essere attraversata da una frattura tra due paradigmi: da un lato, l'antica concezione dell'incapace come soggetto da sostituire ed escludere; dall'altro, la moderna visione della vulnerabilità come dimensione da assistere e sostenere, e non da occultare.

Per ricucire i lembi di questo squarcio ordinamentale sarebbe, dunque, auspicabile – *de iure condendo* – un intervento legislativo di riforma e di coordinamento della materia capace di ricondurre il sistema di tutela dell'incapace entro una cornice coerente con i principi costituzionali, ed in particolare con il principio di uguaglianza, prevedendo delle misure volte a uniformare il trattamento dell'infermo a prescindere dal Tribunale e dal momento storico in cui è stata prescritta la misura.

La questione nodale – in questa dimensione intermedia – riguarda proprio il bilanciamento tra protezione ed autonomia: non la prevalenza netta dell'una sull'altra, ma la costante calibrazione delle due istanze nella fattispecie concreta. Ed è proprio in questo contesto che l'amministrazione di sostegno trova il proprio spazio di primazia, quale istituto di sintesi tra protezione e autodeterminazione.

---

[64] Virtuose in tal senso sono state le seguenti pronunce: Trib. Roma, 13 aprile 2007 in *Fam. pers. succ.,* 6/2007, p. 557; App. Bologna, 7 aprile 2008 in *Massima redazionale*, 2008.

[65] Cass. civ. 11 luglio 2022, n. 21887, cit.; Cass. civ. 31 marzo 2022, n. 10483, cit.

[66] BUGETTI M.N., *op. ult. cit*., p. 309.

ISSN 2281-3918/2421-2563

JUS CIVILE

FABRIZIO AMBROGIO*

LA GESTAZIONE PER ALTRI TRA DIVIETO E REGOLAZIONE: IL MODELLO PORTOGHESE E I SUOI POSSIBILI RIFLESSI NEL DIRITTO ITALIANO**

SURROGACY BETWEEN PROHIBITION AND REGULATION: THE PORTUGUESE MODEL AND ITS POTENTIAL IMPLICATIONS FOR ITALIAN LAW

Abstract: Il contributo analizza la disciplina della gestazione per altri attraverso un confronto tra l'ordinamento portoghese e quello italiano, con l'obiettivo di verificare se l'esperienza lusitana possa costituire un modello di riferimento per un'eventuale evoluzione del sistema nazionale. Dopo aver ricostruito il quadro europeo e il ruolo svolto dalla giurisprudenza sovranazionale nel bilanciamento tra ordine pubblico, autodeterminazione e tutela dei diritti fondamentali, l'indagine approfondisce il percorso normativo del Portogallo, caratterizzato dal passaggio da un divieto assoluto a una regolazione fondata su rigorose garanzie a tutela della dignità della gestante, della libertà del consenso e dell'interesse del minore. L'analisi si concentra altresì sul contributo del Tribunal Constitucional, che ha inciso in modo determinante sulla definizione dell'attuale assetto della disciplina. Il lavoro esamina quindi il modello italiano, soffermandosi sull'evoluzione legislativa e giurisprudenziale in materia di maternità surrogata e sulle criticità derivanti dalla recente estensione della punibilità della pratica anche se commessa all'estero. Attraverso il metodo comparatistico, il contributo evidenzia come l'esperienza portoghese dimostri la possibilità di coniugare il rispetto della dignità della persona con una disciplina rigorosa della gestazione per altri, suggerendo spunti utili per una riflessione de iure condendo sull'ordinamento italiano.

Abstract: The paper examines surrogacy through a comparative analysis of the Portuguese and Italian legal systems, assessing whether the Portuguese experience may provide a useful model for the future development of Italian law. After outlining the European legal framework and the role of supranational case law in balancing public policy, individual autonomy, and the protection of fundamental rights, the study explores the evolution of Portuguese legislation, which has moved from an absolute prohibition to a carefully regulated system based on safeguards designed to protect the surrogate's dignity, informed consent, and the best interests of the child. Particular attention is devoted to the decisive contribution of the Portuguese Constitutional Court, the Tribunal Constitucional, in shaping the current legal framework. The paper then analyses the Italian approach, focusing on both legislative and judicial developments, including the recent extension of criminal liability for surrogacy arrangements carried out abroad. By adopting a comparative methodology, the paper argues that the Portuguese model demonstrates the possibility of reconciling respect for human dignity with a strictly regulated form of surrogacy, thereby offering valuable insights for future reform of the Italian legal system.

SOMMARIO: *1. La maternità surrogata nel contesto giuridico europeo: un campo di tensione tra valori, diritti e modelli normativi. – 2. L'esperienza lusitana: genesi, struttura e confini della disciplina. – 3. L'intervento del giudice delle leggi portoghese: tra tutela della dignità e razionalizzazione del consenso. – 4. Il paradigma italiano: reato universale, sanzione penale e* best interest of the child*. – 5. Il Portogallo come possibile ispirazione per l'Italia? Spunti comparativi e prospettive di riforma.*

* Dottore in Giurisprudenza – Università degli Studi di Messina.

** Contributo sottoposto a revisione.

ISSN 2281-3918/2421-2563

1. La maternità surrogata nel contesto giuridico europeo: un campo di tensione tra valori, diritti e modelli normativi

Il fenomeno della c.d. gestazione per altri o maternità surrogata tiene banco nell'àmbito del dibattito giuridico dalla sua prima comparsa, risalente ormai a diversi decenni addietro [1].

La problematica ha sollevato questioni non solo di ordine strettamente tecnico, ma soprattutto di natura etica, imponendo al diritto un costante confronto con tale àmbito e determinando, conseguentemente, un'evoluzione articolata e complessa del relativo approccio regolatorio. L'esito di tale processo, tuttavia, non si è rivelato univoco né privo di profili di incertezza.

Invero, l'originaria carenza di conoscenza del fenomeno, unitamente all'assenza di un solido quadro normativo di riferimento, ha contribuito alla formazione di assetti regolatori differenziati, dando luogo a un ampio e variegato panorama di soluzioni tra loro eterogenee, nel cui àmbito il ruolo della giurisprudenza e del legislatore si declina, per ciascuna tipologia di approccio, secondo modalità e intensità differenti.

Il quadro delineato può essere ricondotto a tre principali direttrici: una prima, relativa agli ordinamenti nei quali vige un divieto normativo espresso e assoluto, sovente temperato dall'intervento giurisprudenziale volto ad attenuare le conseguenze più gravose, in particolare a tutela dei soggetti maggiormente vulnerabili, quali i minori; una seconda, connotata da un approccio maggiormente permissivo, caratterizzata da forme di tolleranza generalizzata, se non addirittura da una disciplina positiva del contratto di gestazione per altri; una terza, infine, riferita ai contesti in cui il legislatore non ha provveduto a una regolamentazione formale del fenomeno, con conseguente attribuzione di un ruolo particolarmente incisivo tanto alla dottrina quanto alla giurisprudenza [2].

Il panorama europeo, a dispetto di quanto si possa pensare, non fa eccezione in merito all'eterogeneità che caratterizza l'approccio al tema della maternità surrogata, tale che è possibile discernere chiaramente realtà proibizioniste e liberali. Il diritto sovranazionale non detta infatti una diretta disciplina del fenomeno, stante la competenza esclusiva residuale per i singoli Stati membri in materia di diritto di famiglia, stato delle persone e bioetica, tutti àmbiti in cui la problematica della procreazione medicalmente assistita (specie nella sua forma di c.d. gestazione per altri) trova altro termine [3].

L'ampia discrezionalità attribuita agli Stati è altresì corroborata da un'autorevole giurisprudenza comunitaria, il cui intervento si è reso sempre più indispensabile a fronte del coinvolgimento di valori e profili particolarmente delicati, quali la tutela del minore e della donna coinvolta ed il bilanciamento tra il principio di autodeterminazione e di rispetto dell'ordine pubblico, quest'ultimo inteso come categoria comprendete i princìpi fondamentali e di matrice costituzionale di un determinato ordinamento.

Si può così menzionare il celebre caso *S.H. c. Austria*, in cui la *Grand Chamber*, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della legislazione austriaca, saldamente proibizionista nei confronti delle tecniche di fecondazione eterologa, con i princìpi fondamentali stabiliti dalla CEDU, ha affermato la legittimità

[1] P. Zatti, *La surrogazione nella maternità*, in *Questione Gius*., 5/1999, p. 197.

[2] Per una trattazione più approfondita delle singole categorie e degli ordinamenti ad esse appartenenti si veda R. La Russa, A. Armida Campolongo, R. V. Viola, V. Gatto, M. Scopetti, A. Santurro, C. Di Lascio, E. Turillazzi, P. Frati, *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizionistiche e liberali*, in *Resp. civ. prev.*, 2/2017, p. 685.

[3] Cfr. O. Feraci, *Il riconoscimento "funzionalmente orientato" dello* status *di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionalprivatistica della sentenza Pancharevo*, in *Riv. dir. int.*, 2/2022, pag. 564.

ISSN 2281-3918/2421-2563

della disciplina, sottolineando come agli Stati membri debba essere riconosciuto un ampio margine di discrezionalità nella regolamentazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita [4]. Nello specifico, la Corte ha evidenziato come la tendenza dell'epoca, volta ad ammettere in maniera sempre più frequente pratiche di stampo eterologo, non avrebbe comportato l'automatica traduzione della stessa in una regola formale, dal momento che tale concessione «non è (…) fondata su principi consolidati e di lunga data stabiliti nel diritto degli Stati membri, ma riflette piuttosto una fase di sviluppo all'interno di un settore del diritto particolarmente dinamico e non restringe in modo decisivo il margine di apprezzamento dello Stato» [5].

Il suddetto principio è stato richiamato in un altro celebre intervento del giudice europeo, quello registratosi nella vicenda *Costa e Pavan c. Italia* [6]. La Corte ha qui ribadito l'importanza del concetto del margine di apprezzamento e di quello della proporzionalità, rifacendosi alla precedente decisone manifestatasi nel caso *S.H. c. Austria*, in cui si evidenziava come, in merito alle questioni di bioetica, «in ragione del loro contatto diretto e continuo con le forze vitali dei rispettivi Paesi, le autorità statali si trovano, in linea di principio, in una posizione migliore rispetto al giudice internazionale per esprimere un giudizio, non solo sull'"esatto contenuto delle esigenze della morale" nel loro Paese, ma anche sulla necessità di una restrizione volta a soddisfarle» [7].

Tuttavia, l'ampia discrezionalità riconosciuta ai singoli Stati membri in materia di procreazione medicalmente assistita non è assoluta. Il giudice europeo ha, difatti, più volte mostrato come la libera iniziativa e l'eterogeneità nell'approccio regolamentativo siano princìpi non esenti da limiti stante, come sopra anticipato, il costante interfacciarsi con valori particolarmente sensibili quali la tutela del minore, il rispetto della donna ed il riconoscimento della genitorialità. Sulla base di suddetti elementi, la giurisprudenza comunitaria ha definito astrattamente dei binari su cui i legislatori nazionali sono tenuti a muoversi, rivelando così le problematiche legate all'assenza di un'univoca disciplina circa la procreazione assistita.

Si può così menzionare la stessa decisione avutasi nel caso *Costa e Pavan c. Italia* che, se da un lato ha consolidato il principio dell'esclusiva competenza degli Stati membri già affermato dalla precedente giurisprudenza, dall'altro ha posto in rilievo la funzione garantista del giudice, finalizzata ad assicurare la tutela dei diritti fondamentali della persona, chiamati a confrontarsi con il rispetto dell'ordine pubblico nell'ambito di un complesso bilanciamento di interessi [8]. Nello specifico, il giudice europeo ha stabilito

---

[4] Corte EDU, sez. I, 3 novembre 2011, *S.H. c. Austria*, ric. n. 57813/00, in *Fam. dir.*, 11/2010, pp. 977-980, con nota di U. SALANITRO, *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'intervento della Corte di Strasburgo*, pp. 981-991.

[5] Il richiamo è ad un passaggio della sentenza *S.H. c.* Austria: «*is not (...) based on settled and long-standing principles established in the law of the member States but rather reflects a stage of development within a particularly dynamic field of law and does not decisively narrow the margin of appreciation of the State*». Cfr. L. POLI, *La diagnosi genetica pre-impianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1, 1/2013, pag. 119.

[6] Corte EDU, sez. II, 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*, ric. n. 54270/10, in *Giur.it.*, 10/2012, p. 1993, con nota di P. VENTURI, *Sulla legittimità della legge n. 40/2004 sulla procreazione assistita in relazione alla CEDU*.

[7] «*By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the State authorities are, in principle, in a better position than the international judge to give an opinion, not only on the "exact content of the requirements of morals" in their country, but also on the necessity of a restriction intended to meet them*».

[8] La vicenda vedeva coinvolti due coniugi italiani i quali, temendo di trasmettere una malattia genetica al nascituro, intendevano ricorrere alla fecondazione eterologa, severamente vietata dalla legislazione italiana. Il verdetto della Corte europea ha sancito la condanna dell'Italia, stabilendo che la pretesa dei futuri genitori fosse fondata in quanto l'applicazione rigida della normativa si sarebbe posta in contrasto con l'articolo 8 della CEDU, garante del rispetto della vita privata che include, altresì, il diritto a scegliere se diventare o meno genitori.

ISSN 2281-3918/2421-2563

che «spetta alla (stessa) Corte esaminare attentamente gli argomenti presi in considerazione nel corso del procedimento legislativo e che hanno condotto alle scelte operate dal legislatore, nonché stabilire se sia stato raggiunto un giusto equilibrio tra gli interessi dello Stato e quelli delle persone direttamente interessate da tali scelte legislative» [9].

La Corte ha poi ribadito il principio dell'autonomia regolamentativa in occasione del parere consultivo del 10 aprile 2019 [10]. Sussistendo la questione di attribuire o meno la genitorialità legale alla madre intenzionale sollevata dalla Cassazione francese, il giudice europeo ha fornito risposta positiva, precisando tuttavia che resta rimessa agli Stati membri l'individuazione degli strumenti ritenuti più idonei al conseguimento di tale finalità, purché siano assicurate celerità ed effettività della tutela in considerazione della condizione di particolare vulnerabilità in cui versa il minore. L'approccio adottato a livello europeo evidenzia, dunque, le profonde criticità che emergono nei rapporti tra gli Stati coinvolti nei percorsi di procreazione medicalmente assistita, nello specifico quando quello "destinatario" (in cui si desidera che la vita familiare venga a svolgersi) non ammetta la c.d. gestazione per altri, creando sovente problematiche di natura internazionalprivatistica in merito al riconoscimento giuridico dello *status* di figlio. La soluzione collaudata negli anni si è manifestata nella predisposizione di binari, identificabili nel rispetto dei diritti fondamentali della persona, entro cui i singoli Stati sono chiamati a legiferare.

L'eterogeneità di approccio trova la sua principale causa nella profonda sfiducia di taluni ordinamenti nei confronti della tecnica di surrogazione per ragioni principalmente etiche, aspetto che ha generato irrimediabilmente divieti di stampo assoluto, suffragati sovente da preconcetti e scarsa conoscenza dei contesti e delle conseguenze giuridiche riguardanti la GPA.

Per tale ragione, appare evidente l'importanza di sensibilizzare su tali temi e sulle sue sfaccettature, sottoponendo ad analisi un modello di Stato centrale nello scacchiere europeo che trova la sua peculiarità non solo nell'aver adottato un approccio liberale ma soprattutto nel percorso e nei compromessi di cui è stato protagonista: il Portogallo.

Lo studio e l'indagine del modello lusitano non risultano essere fini a sé stessi ma tendono, invero, a rendere il sistema portoghese paradigma e fonte d'ispirazione per quegli ordinamenti europei ancora saldamente aggrappati ad un approccio di veto assoluto, nella maggior parte dei casi frutto di pregiudizi e visioni piuttosto miopi sul tema, tra cui non si può non includere la situazione nostrana, specialmente all'alba della novella normativa che ha sancito la qualificazione del ricorso alla maternità surrogata come c.d. reato universale [11].

2. L'esperienza lusitana: genesi, struttura e confini della disciplina

L'esperienza portoghese concernente la maternità surrogata risulta essere tra quelle più peculiari e non troppo lineari nel panorama non solo europeo ma anche globale. La particolarità della fattispecie sta senza dubbio nel drastico cambiamento di rotta della legislazione (e che verrà più avanti

[9] «*It falls to the Court to examine carefully the arguments taken into consideration during the legislative process and leading to the choices that have been made by the legislature and to determine whether a fair balance has been struck between the competing interests of the State and those directly affected by those legislative choices*».

[10] Corte EDU, Grande Camera, parere 10 aprile 2019, rich. n. P16-2018-001, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 757.

[11] La nuova incriminazione da parte del diritto italiano ed il confronto con il modello portoghese saranno oggetto di trattazione nei paragrafi successivi.

ISSN 2281-3918/2421-2563

adeguatamente approfondito) la quale è passata da un divieto assoluto ed inappellabile ad una graduale apertura, finendo poi per vedere affermata la legittimità della pratica, seppur con i dovuti limiti e condizioni.

A fronte dell'esigenza, sorta negli anni '90, di dare una risposta concreta al fenomeno delle "nuove" famiglie, il legislatore è intervenuto solo un decennio dopo, approvando così la legge 32/2006 [12]. La normativa vietava il contratto di c.d. gestazione per altri, stabilendone la nullità nel caso in cui il divieto non venisse rispettato e conferendo, conseguentemente, la maternità alla donna partoriente; inoltre, stabiliva sanzioni anche penali per chi stipulasse un accordo di surrogazione dietro un compenso economico [13].

Si è avuta una svolta dieci anni più tardi, quando è entrata in vigore la legge 25/2016 [14] che ha modificato significativamente il precedente assetto normativo, ammettendo il contratto di maternità surrogata in determinate ipotesi. Innanzitutto, il legislatore ha sottolineato la condizione imprescindibile che le tecniche di procreazione medicalmente assistita, tra cui figurava anche la GPA, fossero rispettose della dignità di tutti i soggetti coinvolti, vietando severamente qualsiasi forma di discriminazione nei confronti del nato basata sul patrimonio genetico e sulla modalità di concepimento (articolo 3), esprimendo, quindi, un principio fondamentale da utilizzare come chiave di lettura dell'intera disciplina.

È stato stabilito, all', che la pratica fosse percorribile esclusivamente in circostanze eccezionali, a titolo gratuito e volontario, qualora la madre intenzionale presentasse una condizione di infertilità assoluta ed irreversibile [15]; tuttavia, l'accesso alla tecnica era consentito solo alle coppie eterosessuali, coniugate o conviventi. In ogni caso, l'accordo che venisse formalizzato sarebbe dovuto essere subordinato all'autorizzazione proveniente dal *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida* (CNPMA), organo creato *ad hoc*, la cui funzione avrebbe comunque dovuto essere preceduta da un'audizione da parte dell'Ordine dei Medici [16].

In secondo luogo, è stato affermato che il nato fosse da considerare figlio della coppia intenzionale, con obbligo della donna partoriente di consegnarlo [17]. Inoltre, il contratto stipulato deve, secondo quanto stabilito dalla normativa, presentare la forma scritta, cosicché sarebbe stato possibile reperire più facilmente tutte le informazioni circa i diritti e le responsabilità dei partecipanti, utili in caso di problematiche durante la fecondazione ed il parto [18]. Infine, è stato stabilito che non vi fosse l'obbligo di menzionare la tecnica della GPA nel relativo atto di nascita, così come anche i dati riguardanti coloro che hanno preso parte alla pratica (si pensi ai donatori) [19].

Per quanto concerne l'aspetto economico, l'unico compenso ammissibile è quello comprendente le spese da rimborsare alla madre surrogata: qualsiasi accordo di tipo oneroso o che violasse le prescrizioni di legge sarebbe stato nullo [20].

---

[12] Lei 26 de julho 2006, n. 32, *Regime jurídico da procriação medicamente assistida*.

[13] Per un approfondimento sulla legislazione portoghese e la sua evoluzione si veda L. Bozzi, *La legge portoghese in tema di gestazione per altri. Riflessioni e interrogativi (su questa e su ogni legge in materia)*, in *Europa e diritto privato*, 2/2024, p. 299.

[14] Lei 22 de agosto 2016, n. 25, *Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida)*.

[15] Articolo 8, comma 2.

[16] Articolo 8, comma 4.

[17] Articolo 8, comma 7.

[18] Articolo 8, comma 10.

[19] Articolo 15.

[20] Articolo 8, comma 5.

ISSN 2281-3918/2421-2563

In merito al versante delle sanzioni penali, è stata stabilita la pena di 2 anni di reclusione per chiunque promuovesse la modalità onerosa, 5 anni per chi lo promuovesse dietro corrispettivo [21].

Alcune scelte del legislatore hanno suscitato perplessità e osservazioni critiche in una parte della dottrina. Nello specifico, è stata contestata, ad esempio, l'assenza della previsione del diritto di revoca del consenso da parte della madre surrogata, scelta, si riteneva, in collisione con la tutela dei diritti della personalità [22], o ancora la mancata considerazione del *best interest of the child* nella puntuale disciplina del contratto di maternità surrogata.

Alla significativa riforma normativa del 2016 hanno fatto seguito diversi interventi e tentativi interpretativi e correttivi, volti a ridimensionarne e attenuarne gli aspetti maggiormente problematici, principalmente ad opera del *Tribunal Constitucional* [23], e del Parlamento, culminati nel 2021 con l'emanazione di due leggi [24].

La prima ha per lo più inciso sul divieto di fecondazione *post mortem*: l'originario assetto vietava l'impiego del seme del *partner* defunto, consentendo solo il trasferimento dell'embrione. Con la modifica, l'inseminazione *post mortem* per mezzo del gamete del marito o del convivente di fatto deceduto è stata legalizzata [25].

La seconda [26] è quella che rileva maggiormente ai fini della presente indagine, in quanto concerne la c.d. gestazione per altri. Innanzitutto, il legislatore ha stabilito che la pratica potesse essere potesse essere consentita esclusivamente a committenti che fossero cittadini portoghesi o a committenti stranieri che però avessero la residenza in Portogallo.

In secondo luogo, è stato ribadito che il ricorso a detta tecnica sarebbe stato ammesso solo nelle ipotesi di infertilità grave ed irreversibile ed è stata estesa la possibilità di impiegare la tecnica anche a chi non sia parte di una coppia eterosessuale [27]. Difatti, l'impossibilità materiale di procreare è la causa principale, agli occhi del legislatore portoghese, che consentirebbe senza troppe remore di accedere alla GPA, ragion per cui lo *status* sentimentale del committente, comunque necessariamente donna, non rileverebbe a tal fine. È stato così ammesso l'impiego della tecnica da parte di coppie sia omosessuali (naturalmente femminili) che eterosessuali, oltre che da donne *single*: la *conditio sine qua non* è l'incapacità della donna di condurre una gravidanza. Inoltre, non sarebbe stato ammissibile l'impiego degli ovociti della madre surrogata ed almeno uno dei gameti che sarebbero andati a formare il patrimonio genetico del nato sarebbe dovuto appartenere alla coppia dei genitori intenzionali.

La novella ha riaffermato inoltre la gratuità del contratto di maternità surrogata e ha stabilito le clausole che l'atto dovrà imprescindibilmente presentare [28]. Sono state poi introdotte nuove disposizioni nelle quali è contenuta un'elencazione dei diritti e dei doveri dei genitori d'intenzione e della donna gestante, quali il

---

[21] Articolo 39.

[22] R. VALE, REIS, *Gestação de substituição: soluções portuguesas numa perspectiva transnacional*, in M.J. ANTUNES, D. LOPES (a cura di), *Gestação de substituição: perspectivas internacionais*, 2020, 10-11; V.L. RAPOSO, *Rise and fall of surrogacy arrangements in Portugal (in the aftermath of decision n. 465/2019 of the Portuguese Constitutional Court)*, in *BioLaw Journal*, *Riv. di BioDiritto*, 1/2020.

[23] Per l'approfondimento delle vicende giurisprudenziali lusitane si rinvia al paragrafo successivo.

[24] Cfr. G. ALESSI, *Portogallo – Lei n. 72/2021 e Lei n. 90/2021: modifiche in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *BioDiritto*, 16 dicembre 2021.

[25] Lei n. 72, 12 novembre 2021.

[26] Lei n. 90, 16 dicembre 2021.

[27] Articolo 6.

[28] Articolo 8, comma 13.

ISSN 2281-3918/2421-2563

dovere di trasparenza in sede contrattuale ed il diritto di assistenza psicologica per la gestante durante e dopo la gravidanza [29].

Infine, occorre ricordare la modifica che ha interessato il tema della formazione della volontà e del consenso, già oggetto di vivaci dibattiti. Innanzitutto, è stata ribadita l'importanza di strumenti quali l'adeguato prospetto informativo circa i rischi connessi alla gravidanza e le possibili alternative, necessario per garantire la libertà e la completezza dell'autonomia negoziale per i committenti. Ancora, è stata richiamata l'attenzione sulla necessità che non si pattuisca alcuna controprestazione di carattere patrimoniale, ravvisabile anche nella mera sussistenza di un rapporto di lavoro tra le parti, evitando così che il fattore economico possa divenire elemento di costrizione della volontà.

Per quanto concerne la prestazione del consenso, la novella ha il merito di aver risolto un'annosa questione, ammettendone la revoca. Il momento di suddetta azione muta a seconda della parte che la pone in essere: i genitori intenzionali potranno cambiare idea sino all'avvio del processo di procreazione, mentre per la madre surrogata il termine ultimo risulterà essere la registrazione della nascita negli archivi dello stato civile.

Come si è avuto modo di analizzare, il modello portoghese presenta una disciplina dedicata al fenomeno della c.d. gestazione per altri particolarmente ragionata ed attenta, frutto di un'evoluzione normativa coerente. In particolare, molte delle principali criticità etiche e giuridiche tradizionalmente associate alla materia risultano mitigate dalla previsione di limiti e condizioni volte a garantire la tutela della gestante e del nato, senza pregiudicare la realizzazione del progetto genitoriale dei committenti [30]. In merito alle accortezze che assicurino il rispetto della persona della madre surrogata e della sua libera volontà si può senza dubbio citare il carattere della gratuità della prestazione che impedirebbe a monte il sorgere di condizioni atte a sfruttare la vulnerabilità della donna, qualora versi in condizioni economiche sfavorevoli, la fornitura di servizi di sostegno psicologico durante il percorso, la possibilità di decidere di interrompere la gravidanza e di intervenire nelle scelte più importanti dell'operazione (quale, ad esempio, quella del medico). Per quanto concerne la tutela del minore, occorre menzionare senza dubbio la possibilità che i committenti vengano annotati *ab origine* come genitori nell'atto di nascita, evitando alla radice i tipici problemi legati alla definizione dello *status filiationis* ed all'attribuzione della genitorialità che la tematica sovente presenta.

3. L'intervento del giudice delle leggi portoghese: tra tutela della dignità e razionalizzazione del consenso

L'esito a cui è pervenuto il legislatore portoghese nel disciplinare l'accordo di surrogazione di maternità non sarebbe stato il medesimo qualora il giudice costituzionale non fosse intervenuto per affrontare e tentare di risolvere alcune questioni spinose derivanti da una normativa che ancora mostrava il fianco a qualche incertezza.

Innanzitutto, l'attività del *Tribunal Constitucional* può essere rilevata sin dagli albori della produzione normativa sul tema, quando, all'indomani dell'entrata in vigore della legge 32/2006, la dottrina ha criticato aspramente la deriva più liberale del legislatore. In tale occasione, il giudice costituzionale

[29] Articoli 12-13-13B.

[30] Cfr. G. GIAIMO, *La gestazione per altri. Persistenti criticità e prospettive di regolamentazione in chiave comparatistica*, in *Dir. fam. pers.*, 2/2023, p. 698.

ISSN 2281-3918/2421-2563

ha evidenziato come spetti unicamente al potere legislativo sanzionare penalmente i comportamenti dei consociati qualificati come antigiuridici, a prescindere da valutazioni etico-sociali [31].

L'entrata in vigore della legge 25/2016 non ha placato le rimostranze provenienti dall'ambiente scientifico, incentrate principalmente sulla limitata portata del diritto di revoca del consenso da parte della madre surrogata e dalla mancata considerazione dei principi fondamentali del diritto di famiglia nelle more della disciplina contrattuale [32].

Alla luce di dette ambiguità, un gruppo di deputati ha sollevato questione di legittimità costituzionale. Le principali domande formulate dai ricorrenti riguardavano il riconoscimento del diritto fondamentale alla vita familiare, da ritenersi esercitabile anche mediante il ricorso alla gestazione per altri (GPA), nonché il riconoscimento del diritto del nato alla conoscenza delle proprie origini biologiche. Veniva inoltre contestata la legittimità dell'esclusione dell'accertamento d'ufficio della paternità con riferimento al minore nato da una donna che avesse fatto ricorso individualmente alla tecnica procreativa ovvero in assenza di un coniuge o di un partner unito civilmente. Su tali questioni il giudice si è pronunciato nei termini di seguito esposti [33].

In merito alla prima questione, il tribunale, nell'affermare la legittimità della c.d. gestazione per altri così come concepita dal sistema giuridico lusitano, ha fatto leva sul principio della dignità umana che deve, nell'ambito dei diritti della persona, intendersi come libertà di autodeterminarsi, la quale tende ad estinguersi nell'ipotesi in cui il soggetto in questione subisca il trattamento di un «objeto» (oggetto). Nell'ipotesi di maternità surrogata, la dignità della donna e, di conseguenza, la sua autodeterminazione non risulterebbero allora violate dal momento che la partecipazione della gestante si presupporrebbe essere guidata da una volontà libera, presunzione rafforzata dall'obbligo della gratuità come elemento di un contratto legittimo. In ogni caso, il giudice è intervenuto per censurare taluni aspetti della legge. Innanzitutto, ne ha dichiarato l'incostituzionalità nella parte in cui non riconosce la possibilità di "ripensamento" della donna surrogata e nella parte in cui adotta una disciplina incerta e poco chiara circa l'inquadramento dello *status filiationis* del nato derivante da una GPA illecita.

Per quanto attiene alla seconda questione, il tribunale ha evidenziato che, nel bilanciamento tra il desiderio della madre di rimanere anonima ed il diritto del nato a conoscere le proprie origini debba prevalere quest'ultimo, stante l'inclusione dello stesso nel diritto all'identità personale ed allo sviluppo della propria personalità.

Infine, in merito alla terza questione, il giudice ha rigettato la censura di incostituzionalità, ritenendo che non ammettere la dispensa dal riconoscimento d'ufficio di paternità non fosse lesivo dei diritti del bambino [34].

---

[31] *Tribunal Constitucional, Acórdão* 3 marzo 2009, n. 101, disponibile in *tribunalconstitucional.pt*.

[32] R. VALE, REIS, *Gestação de substituição: soluções portuguesas numa perspectiva transnacional*, in M.J. ANTUNES, D. LOPES (a cura di), *Gestação de substituição: perspectivas internacionais*, cit.; V.L. RAPOSO, *Rise and fall of surrogacy arrangements in Portugal (in the aftermath of decision n. 465/2019 of the Portuguese Constitutional Court)*, cit.

[33] *Tribunal Constitucional, Acórdão*, 24 aprile 2018, n. 225, disponibile in *https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html*. Sull'argomento si veda A. SCHILLACI, *Il Tribunale Costituzionale portoghese si pronuncia sulla gestazione per altri*, in *Articolo29*, 25 aprile 2018; G. LAZCOS MORATINOS, *Acerca de la constitucionalidad, o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués,* in *Dilemata,* n. 28, 2018, p. 137 ss.; M. FASAN, *Portogallo – Tribunal Constitucional – acórdão 225/2018: illegittimità norme della legge sulla gestazione per altri*, in *BioDiritto*, 24 aprile 2019; C. GUERRIERO PICÓ, *Il Tribunale costituzionale si pronuncia sulla "gestazione per altri"*, in *cortecostituzionale.it*, 26 aprile 2018; M. R. GUIMARES, *As particularidades do regime do contrato de gestação de substituição no direito português e o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 225/2018*, in *Revista de Bioética y Derecho*, 44/2018, p. 179 ss.

[34] Per un approfondimento si veda R. ORRÙ, P. COSTANTINI, *Vicende e attività del Tribunal Constitucional portoghese nel biennio 2017-2018*, in *Giur. cost.*, 5/2019, p. 2329.

ISSN 2281-3918/2421-2563

In sintesi, il giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 8 della legge in questione nella parte in cui ammetteva la stipulazione dei contratti di GPA senza però predisporre una disciplina sufficientemente chiara e determinata in ordine alle garanzie poste a tutela del diritto della persona alla formazione di un nucleo familiare. In secondo luogo, ha stabilito l'illegittimità della norma nella parte in cui non riconosceva il già citato diritto al "ripensamento" della madre surrogata. Infine, ha censurato la legge nella parte in cui statuiva un obbligo di riservatezza assoluto, preservando senza esitazione l'identità della madre surrogata o di eventuali donatori terzi, così da ledere irrimediabilmente il diritto del minore a conoscere le proprie origini.

In seguito alle censure formuate dal *Tribunal Constitucional*, il Parlamento è intervenuto al fine di modificare e precisare la disciplina previgente mediante l'adozione del decreto n. 383/XIII [35]. Tale intervento, tuttavia, non ha integralmente soddisfatto le censure formulate dal giudice costituzionale, permanendo nella disciplina l'assenza di una previsione espressa in ordine al diritto della madre surrogata di revocare il consenso prestato. In questo contesto, è stata nuovamente sollevata questione dinanzi al giudice delle leggi, il quale ha ribadito l'illegittimità costituzionale della legge nelle parti già precedentemente evidenziate [36].

Gli indirizzi interpretativi e le esigenze di tutela evidenziati dal *Tribunal Constitucional* sono stati infine definitamente valorizzati dalla novella del 2021, già analizzata *supra*, la quale ha ulteriormente liberalizzato la disciplina offendo una più ampia soglia di tutela per i soggetti coinvolti.

4. Il paradigma italiano: reato universale, sanzione penale e *best interest of the child*

L'evoluzione della disciplina della maternità surrogata in Italia rappresenta un esempio concreto delle difficoltà che il diritto sovente incontra nel confrontarsi con il progresso tecnologico e con le nuove possibilità offerte dalla scienza, specie quando in gioco vi siano questioni etiche delicate.

Prima dell'intervento legislativo organico, il fenomeno si collocava in una zona di incertezza normativa, in cui la dottrina e la giurisprudenza sono state chiamate a fornire risposte mediante l'applicazione analogica delle categorie tradizionali del diritto civile, in particolare quelle relative al contratto e/1 alla filiazione. In assenza di una disciplina specifica, gli operatori del diritto hanno giocato un ruolo fondamentale nell'inquadramento e nella tentata risoluzione del problema, creando eterogenee correnti di pensiero.

Il dibattito si è concentrato principalmente sulla sostenibilità o meno di un ipotetico contratto di c.d. gestazione per altri, sul contenuto dello *status filiationis* e sull'attribuzione della genitorialità [37].

---

[35] Decreto n. 383/XIII, *Sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula a procriação medicamente assistida*.

[36] *Tribunal Constitucional, Acórdão*, 18 ottobre 2019, n. 465, disponibile in *tribunalconstitucional.pt*.

[37] La dottrina, già prima della legge 40/2004, si è interrogata sulla questione; sul punto, cfr. *ex multis*, A. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984; M. COMPORTI, *Ingegneria genetica e diritto. Profili costituzionalistici e civilistici*, in Justitia, 1985, pp. 336 ss.; M. DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale, problemi e prospettive*, in *Giur. it.*, 4/1985; A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, p. 499; G.D. MILAN, *La madre su commissione. Problemi giuridici*, in AA.VV., *Manipolazioni genetiche e diritto*, Milano, 1986, p. 314; T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1986; D. CLERICI, *Procreazione artificiale, pratica della surrogazione e contratto di maternità: problemi giuridici*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, p. 1019; P. VERCELLONE, *La filiazione, legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, Torino, 1987, p. 29; M. CALOGERO, *La procreazione artificiale*, Milano, 1989, p. 156; G. BALDINI, *Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità*, in *Dir. fam. pers.*, 2/1998, p. 754; F. BILOTTA, *La maternità surrogata*, in *Diritti della personalità e biotecnologie*,

ISSN 2281-3918/2421-2563

Dopo un *iter* parlamentare durato oltre vent'anni e segnato da decine di proposte legislative mai concretizzate, si è infine giunti alla promulgazione della legge 19 febbraio 2004, n. 40, attuale normativa italiana in materia di procreazione medicalmente assistita.

La disciplina si mostra già in apertura finalizzata a tutelare i diritti di tutti i soggetti coinvolti, incluso il concepito (art. 1): tale elemento, unito alla generale sfiducia nei confronti delle nuove tecniche mediche, permette di comprendere l'approccio restrittivo adottato dal legislatore italiano, rivolto alla salvaguardia "cieca" del bambino e della donna. Il cardine del divieto di c.d. gestazione per altri è racchiuso nell'articolo 12, comma 6, che punisce con la reclusione e la multa chiunque realizzi, organizzi o pubblicizzi la surrogazione di maternità.

Tuttavia, nonostante il tanto agognato intervento del legislatore, il dibattito intorno al tema era ben distante dal concludersi.

Una parte della dottrina riteneva che il divieto si inserisse in una più ampia logica di tutela della dignità umana, che il legislatore considerava compromessa dalla possibilità di dissociare la maternità genetica da quella sociale. La surrogazione veniva infatti considerata incompatibile con il modello tradizionale di famiglia e con il principio secondo cui la filiazione deve fondarsi su un legame naturale o su procedure giuridiche specifiche, come l'adozione. Tale impostazione rifletteva una concezione prudente e cautelativa, che privilegiava la protezione del minore e della donna rispetto alla realizzazione del desiderio di genitorialità.

Nonostante la chiarezza del divieto ed il comune sentimento di sfiducia nei confronti della tecnica di c.d. gestazione per altri (elemento alla base dell'intervento legislativo), altra parte della dottrina ha tuttavia immediatamente individuato lacune ed elementi precari della normativa che ne avrebbero inficiato la struttura. Si può così menzionare la critica nei confronti dell'eccessiva vaghezza dei termini impiegati, focalizzati sull'illustrazione dell'apparato sanzionatorio ma non degli effetti giuridici conseguenti alla violazione del divieto. Nello specifico, la questione più problematica atteneva alla determinazione dello *status* del nato da maternità surrogata, aspetto che non trovava una disciplina specifica, tale per cui l'unica soluzione appariva essere l'applicazione, tanto logica quanto forzata, dell'art. 269 c.c. che conferisce la maternità alla donna che partorisce, criterio apparso a molti insufficiente stante la complessità delle nuove dinamiche genitoriali [38].

Roma, 1999; P. ZATTI, *La surrogazione nella maternità*, in *Questione Gius*., cit.; ID., *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2/2000, p. 836; M. DOGLIOTTI, G. CASSANO, *Maternità "surrogata": contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*, in *Giust. civ*., 1/2000, p. 159; G. CASSANO, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, Milano, 2000; A. LA TORRE, *Maternità "surrogata" e gravidanza "di urgenza": la c.d. locazione dell'utero*, in *Giust. civ*., 2/2000; R. TORINO, *Legittimità e tutela giuridica degli accordi di maternità surrogata nelle principali esperienze straniere e in Italia*, in Familia, 1/2002, p. 179.

[38] La letteratura scientifica successiva alla legge 40/2004 è sterminata. Si considera opportuno in questa sede richiamare, a titolo esemplificativo, taluni contributi che incarnano gli orientamenti appena esposti: si veda F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir*., 6/2004, p. 628; A. SCALISI, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della legge n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir*., 2/2005, p. 203; G. GIACOBBE, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. fam. pers*., 4/2006, pp. 1236-1237; F. CONSORTE, *La procreazione medicalmente assistita*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, M. PAPA (a cura di), *I reati contro la persona,* Torino, 2006; S. RODOTÀ, *Governare la vita*, in S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 2009; E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in *Tratt. Biodiritto Rodotà-Zatti*, di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Milano, 2011; A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, Torino, 2012; G. CAPIZZI, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria*, in *Rivista di BioDiritto*, 2/2014, p. 114; G. CIARLARIELLO, A. A. CAMPOLONGO, M. DI SANZO, R. LA RUSSA, A. SANTURRO, V. LO VOI, P. FRATI, L*a maternità surrogata: evoluzione giurisprudenziale italiana ed europea*, in *Dir. fam. pers*., 4/2016, p. 1117; E. LA

ISSN 2281-3918/2421-2563

Ferma restando l'importanza dell'apporto scientifico dato dalla dottrina, la storia della maternità surrogata in Italia e la sua evoluzione è stata irrimediabilmente segnata dall'intervento della giurisprudenza. La situazione iniziale di vuoto normativo, seguita da una disciplina successivamente introdotta ma caratterizzata da una struttura ancora in parte precaria, ha costituito un terreno particolarmente fertile per l'intervento della giurisprudenza, chiamata a confrontarsi direttamente con le trasformazioni sociali e a intercettarne le esigenze emergenti. In tale prospettiva, i giudici si sono posti come osservatori privilegiati dei mutamenti delle comunità sociali e dei conseguenti impulsi provenienti dalle stesse, contribuendo a tradurre tali istanze in interessi giuridicamente rilevanti e meritevoli di tutela.

I primi interventi, risalenti a prima dell'entrata in vigore della legge 40/2004, si sono distinti in due principali filoni che si susseguono in ordine cronologico, concentratisi per lo più sulla possibilità o meno di ammettere accordi contrattuali di surrogazione e, se sì, in che modo qualificarli.

La prima corrente, venutasi a sviluppare negli anni in cui il fenomeno della procreazione medicalmente assistita ha fatto la sua comparsa in Italia, si è caratterizzata per una sostanziale diffidenza nei confronti della tecnica e, conseguentemente, tendente a statuire la nullità di un ipotetico contratto di c.d. gestazione per altri, giudicato incompatibile con i principi costituzionali e della contrattualistica [39].

Il secondo orientamento, anticipando di fatto la presa di coscienza e le conquiste di parte della giurisprudenza successiva alla normativa, ha invece mostrato tendenze più liberali, dimostrando di comprendere l'importanza di tutelare i diritti dei soggetti in gioco senza rinunciare *a priori* al rispetto dell'ordine pubblico. Non solo: in alcune circostanze, alcuni giudici si sono dimostrati consapevoli dell'enorme potenzialità delle nuove tecniche e della loro portata rivoluzionaria, osservando che non vi fosse alcuna fonte normativa che ne stabilisse l'illegittimità [40].

ROSA, *Maternità surrogata*, in *Treccani Diritto Online,* 2017; A. VALLINI, *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, in *Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, 2019; V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Torino, 2019; G. CASSANO, *La cicogna con il temporizzatore: fremiti di novità in tema di maternità surrogata*, in *Giustamm*, 30 settembre 2021; A. DI LALLO, *La maternità surrogata offende la dignità della donna ed è un principio di ordine pubblico: la soluzione resta l'adozione in casi particolari, in Diritto e Giustizia*, 14/2024, p. 3; A. VITALI, *Maternità surrogata e mancata instaurazione del rapporto con il genitore d'intenzione,* in *Dir. fam. pers.*, 1/2025, p. 352; C. CUCCURU, *Estensione della punibilità limiti costituzionali: riflessioni a partire dal divieto "universale" di surrogazione di maternità*, in *Consulta Online*, 1/2026, p. 161.

[39] A titolo esemplificativo si può citare quello che viene pacificamente considerato il primo caso di maternità surrogata in Italia, avente come protagonisti i coniugi Valassina e deciso dal Tribunale di Monza: si veda Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giur. it*., 1990, p. 5, con nota di G. PALMIERI, *Maternità "surrogata": la prima pronuncia italiana*. Il Tribunale adito ha qualificato il contratto di maternità surrogata quale contratto atipico radicalmente nullo sotto il profilo civilistico. Il giudice ha rilevato, anzitutto, l'indisponibilità degli *status* personali, ritenendo che gli stessi non potessero formare oggetto di accordi fondati sul mero consenso delle parti. Ha evidenziato, inoltre, come l'atto di disposizione del proprio corpo implicato dal contratto risultasse contrario alla legge, all'ordine pubblico e, quantomeno nelle ipotesi caratterizzate da onerosità, anche al buon costume, ai sensi dell'art. 5 c.c. Il Tribunale ha ravvisato, altresì, la mancanza dei requisiti della possibilità e della liceità dell'oggetto richiesti dagli artt. 1346 e 1418, comma 2, c.c., sottolineando come non potessero essere oggetto di negoziazione comportamenti integranti fattispecie penalmente rilevanti. A ciò si aggiungeva, nei casi in cui fosse previsto un corrispettivo economico, l'illiceità della causa *ex* art. 1343 c.c., poiché il rapporto di filiazione veniva sostanzialmente assoggettato a uno scambio patrimoniale. Infine, il giudice ha osservato che, ove il contratto fosse stato predisposto al fine di eludere la disciplina imperativa in materia di adozione, esso avrebbe dovuto considerarsi nullo anche per frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 c.c.

[40] Si veda Trib. Min. Roma, 31 marzo 1992, in *Dir. fam. pers.*, 1993, pp. 188 ss., il quale, affrontando il tema del riconoscimento da parte del padre genetico di una figlia nata da madre surrogata, afferma che «il metodo seguito dai coniugi (genitori committenti) non trova divieto nel diritto vigente: per cui, da questo punto di vista, essi hanno occupato uno spazio vuoto della legge, non colmabile in via interpretativa» non potendosi così «sindacare le circostanze e le modalità in cui fu deciso, pattuito e compensato il concepimento della bambina». Successivamente, secondo Trib. Roma, XI sez. civile, ord. 17 febbraio 2000, in *Nuova giur. civ. comm*., 2000, I, pp. 310 ss., con commento di V. FINESCHI, P. FRATI, E. TURILLAZZI, *L'ordinanza capitolina*

ISSN 2281-3918/2421-2563

Dopo il 2004, l'attività giurisprudenziale non si è esaurita ma anzi ha trovato un considerevole incremento a fronte della lacunosità della normativa. Nello specifico, è stato dimostrato come il divieto assoluto non abbia portato ad un freno nei confronti della pratica, ma abbia invece gettato le basi per fughe verso Paesi più permissivi in cui sia reso possibile divenire genitori (c.d. turismo procreativo). Ecco allora che i giudici hanno dovuto fare i conti con le conseguenti problematiche legate al riconoscimento dell'atto straniero (sentenza o atto di nascita che attestasse la c.d. genitorialità intenzionale) basato su una fattispecie vietata dalla legge nazionale. Il tutto si giocava nel rapporto tra la tutela del minore ed il rispetto del principio di ordine pubblico.

La giurisprudenza di merito in diverse circostanze ha fatto registrare approcci più permissivi, propensa nella maggior parte delle volte a riconoscere *in toto* l'efficacia del provvedimento straniero che attestasse la genitorialità, a prescindere dalla sussistenza o meno di un legame genetico con il nato, facendo prevalere il *best interest of the child* nella dinamica del bilanciamento di valori [41].

L'operato della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale è senza dubbio quello che meglio sintetizza il percorso evolutivo della GPA nel nostro paese, approccio caratterizzato da una prima rigida posizione che vedeva favorito il principio di ordine pubblico sopra ogni esigenza dei soggetti coinvolti e da una successiva apertura rivolta a tutelare le parti più fragili del contesto (il fanciullo *in primis*) tramite l'impiego di soluzioni alternative che avrebbero fatto da compromesso tra i valori in gioco. Difatti, i giudici hanno inizialmente ribadito la contrarietà della maternità surrogata all'ordine pubblico internazionale, cristallizzato nel divieto normativo il quale, a detta dei togati, non violerebbe il *best interest of the child*: è stato così dato risalto all'elemento biologico piuttosto che a quello intenzionale, statuendo l'intrascrivibilità del provvedimento straniero che attestasse la genitorialità non fondata sul dato genetico [42]. La linea dura è proseguita per mezzo di interventi (anche autorevoli come quelli delle Sezioni Unite) i quali hanno confermato la legittimità della scelta del legislatore italiano nel vietare la surrogazione e la trascrizione dell'atto straniero da cui si evinca la responsabilità genitoriale dei committenti, ammettendo tuttavia strumenti alternativi (purché celeri ed efficaci), quali l'adozione speciale, per colmare il *gap* venutosi a creare e garantire il diritto del minore alla propria identità personale, in cui è compresa la qualifica di figlio, ed il diritto ad avere una famiglia [43].

---

sul contratto di maternità surrogata: problematiche etico-deontologiche, in *Riv. it. med. leg*., 2/2000, p. 603, «è lecito il contratto atipico di maternità surrogata che determina l'impegno della madre portante all'impianto di un embrione formato da materiale genetico della coppia committente, qualora non sia previsto un corrispettivo e, considerati i motivi espressi dalle parti, non sia diretto ad eludere le norme sull'adozione e sull'indisponibilità di status, ma soltanto a realizzare l'interesse meritevole di tutela della coppia sterile alla procreazione di un figlio».

[41] Cfr., App. Bari, sez. civ., 13 febbraio 2009, in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2009, p. 699, il quale ha ordinato la trascrizione di due *parental orders* britannici che attestavano la maternità legale della madre sociale piuttosto che di quella biologica, ammettendo che il c.d. *favor veritatis* cede il passo di fronte al c.d. *favor filiationis*; Trib. Napoli, sez. I, 1° luglio 2011, in *Giur. merito*, 2011, pp. 2695 ss., il quale ha accolto l'impugnazione di un padre per la mancata trascrizione degli atti di nascita dei suoi due figli nati in Colorado in seguito a GPA, affermando che la trascrizione non fosse in contrasto con l'ordine pubblico internazionale, poiché il fine ultimo deve essere la tutela del minore, a prescindere se la procreazione avvenga in misura tradizionale o medicalmente assistita.

[42] Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Corr. giur*., 2015, 471, con nota di C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico),* in *Nuova giur. civ. comm*., 1/2014, pp. 1132 ss.; Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Foro it*., 2018, 1, pp. 5 ss., con nota di G. CASABURI, *Le azioni di stato alla prova della Consulta. La verità non va (quasi mai) sopravvalutata*, *ivi*.

[43] Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Familia*, 2019, pp. 369 ss., con commento di D. MAZZAMUTO, *La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della "genitorialità sociale"*, in *Dir. fam. pers.*, 2/2020, p. 393; Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Fam. dir*., 2023, pp. 408 ss., con nota di M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e riforma dell'adozione*

ISSN 2281-3918/2421-2563

Il dibattito sul tema della maternità surrogata ha raggiunto una nuova fase con l'entrata in vigore della legge 169/2024, modificativa della 40/2004, con cui è stato inasprito il divieto penale contenuto nell'art. 12, comma 6, prevedendo la perseguibilità dei cittadini italiani anche quando la pratica di fecondazione avvenga all'estero. Questa innovazione normativa ha configurato la surrogazione come un reato perseguibile indipendentemente dal luogo di commissione, diffondendo l'impiego della nozione di «reato universale». La novella rappresenta un significativo rafforzamento dell'apparato sanzionatorio e riflette la volontà del legislatore di contrastare il fenomeno del c.d. turismo procreativo, nel tentativo di impedire l'elusione del divieto interno.

Tuttavia, la scelta legislativa solleva questioni complesse [44]. Innanzitutto, il legislatore sembra aver accantonato il principio secondo cui un fatto, affinché venga qualificato e punito come illecito penale, deve risultare reato anche nello Stato estero dove è commesso (c.d. doppia incriminazione) [45]. Inoltre, la perseguibilità extraterritoriale viene solitamente configurata per illeciti dalla particolare gravità che minacciano l'ordine pubblico ed il cui disvalore è pacificamente riconosciuto in seno alla comunità internazionale, qualificazione irragionevole secondo questi termini per la maternità surrogata. Infine, si teme che la criminalizzazione dei genitori produca "orfani di Stato", compromettendo le procedure di adozione speciale e privando il bambino di una famiglia stabile proprio in nome del disincentivo alla pratica [46].

In conclusione, occorre comprendere come l'ordinamento italiano non possa turbare la vita familiare consolidatasi né il diritto del bambino ad avere una propria identità ed una famiglia, così come riconosciute in un altro Stato membro. Alla luce di queste prime osservazioni condotte dagli esperti del settore, bisognerà attendere per verificare la reale portata del nuovo divieto e la conseguente evoluzione del diritto vivente, in un contesto, da tradizione, già turbolento ed incerto, in cui l'intervento legislativo, da tempo invocato, non sembra aver dato una risposta soddisfacente [47].

L'ultima tappa del dibattito intorno alla surrogazione di maternità è stata inaugurata dalla recentissima questione sollevata dalla prima sezione della Corte di Cassazione e rimessa alle Sezioni Unite, concernente la possibilità di estendere la disciplina legislativa riguardante il riconoscimento dello *status filiationis* dei nati da rapporti tra consanguinei anche ai nati da gestazione per altri [48]. Nello specifico, la decisione degli ermellini ha preso le mosse da un ricorso presentato da una coppia eterosessuale avverso

---

piena. Dove va la Cassazione? E che farà la Corte Costituzionale? Commento a Cass., SS.UU., 30 dicembre2022, n. 38162 e a Cass. 5 gennaio 2023, n. 230, pp. 437 ss.; Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, in *Corr. giur.*, 2021, pp. 1037 ss., con nota di S. TONOLO, *La Corte costituzionale e la genitorialità delle coppie dello stesso sesso tra trascrizione degli atti di nascita esteri e soluzioni alternative*.

[44] Cfr. P. M. SABELLA, *La surrogazione di maternità come reato universale* in M. CALDIRONI, S. P. PERRINO (a cura di), *The Family (R)evolution*, Modena, 2025, ove si analizzano i molteplici profili critici di carattere penalistico che la novella ha irrimediabilmente generato, quali l'indefinitezza della condotta oggetto della fattispecie incriminatrice, la sproporzionalità della pena e la debole tutela del minore.

[45] Per approfondire il tema della c.d. doppia incriminazione si veda A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, p. 95; M. RONCO, E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, *La legge penale*, Bologna, 2016, p. 409.

[46] Cfr. S. MASSI, *Sulla "surrogazione di maternità". Aspetti problematici del c.d. reato universale*, in *Dir. pen. Proc.*, 4/2025, p. 517.

[47] Cfr. F. FILICE, *La nuova incriminazione della gestazione per altri. Problematiche definitorie e interpretative*, in *Genius*, 31 gennaio 2024, pp. 1 ss.

[48] Cass. civ., sez. I, ord. 12 marzo 2026, n. 5656, in *Diritto e Giustizia*, 54/2026, p. 0001, con nota di A. FIGONE, *Surrogazione di maternità, status del figlio tra adozione in casi particolari e disciplina del riconoscimento a seguito di rapporto incestuoso*, *ivi*.

ISSN 2281-3918/2421-2563

una sentenza della Corte d'appello di Bari la quale, confermando l'orientamento del giudice *de prime cure*, aveva negato la trascrizione dell'atto di nascita ucraino del bambino avuto dagli stessi coniugi tramite il procedimento di gestazione per altri. Il giudice di legittimità ha così colto l'occasione per offrire uno spunto di riflessione al supremo collegio, ossia se, stante le criticità dell'istituto della trascrizione e dell'adozione speciale (come già accertate dalla giurisprudenza) [49], la tutela del minore potesse essere integrata dall'applicazione in via analogica della disciplina posta per il riconoscimento dello *status filiationis* a favore dei nati da rapporti incestuosi, risultante dal combinato disposto degli articoli 251 e 273 c.c. così come reinterpretato dal giudice delle leggi [50].

Approfondendo il ragionamento della Suprema Corte, è stato posto l'accento sull'insufficienza della trascrizione dell'atto straniero come veicolo della tutela del minore all'interno della necessaria operazione di bilanciamento con altri principi fondamentali dell'ordinamento, quale l'ordine pubblico internazionale, così come è stata evidenziata la totale esclusività del suddetto strumento in capo ai genitori, estromettendo *in toto* il minore da una procedura di cui dovrebbe essere l'indiscusso protagonista. Sulla base di dette premesse, il giudice di legittimità si è interrogato sulla possibilità di impiegare come rimedio il modulo legislativo concernente il riconoscimento della filiazione ai nati da rapporti tra consanguinei, basato su un accertamento giudiziale la cui formale richiesta può provenire anche dal minore. L'intuizione della Cassazione si baserebbe sulle profonde similitudini tra il contesto dei minori nati da gestazione per altri e da incesto. Difatti, in entrambi i casi, alla rilevanza penale delle condotte dei genitori, consistenti rispettivamente nell'offesa verso principi fondamentali dell'ordinamento e nella riprovevolezza morale, fa da contraltare il diritto del minore ad un'identità personale all'interno ed all'esterno del nucleo familiare ed alla bigenitorialità, elementi della sfera giuridica del nato che non può essere in alcun modo affetta dal disvalore insito nei comportamenti degli adulti.

In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite, una nuova proposta non del tutto convenzionale si è inserita, come ormai da prassi, nel creativo ed indefesso percorso di produzione giurisprudenziale intorno al tema della tutela del minore nel contesto della maternità surrogata, rinviando, conseguentemente, l'appuntamento per una soluzione sistemica e strutturata.

5. Il Portogallo come possibile ispirazione per l'Italia? Spunti comparativi e prospettive di riforma

In sede di conclusioni, può ritenersi ormai matura la questione prospettata in apertura circa la trasponibilità, o quantomeno l'eventuale influenza, del modello portoghese nell'ordinamento italiano, alla luce dell'analisi svolta in ordine all'evoluzione normativa e giurisprudenziale dei due sistemi giuridici in materia di c.d. gestazione per altri.

Difatti, la situazione nostrana è un chiaro esempio in cui l'approccio legislativo, incarnato nel divieto assoluto della legge 40/2004, sia frutto più di una presa di posizione ideologica inamovibile nei confronti delle conquiste della scienza e della medicina che hanno messo in crisi il modello tradizionale di genitorialità e di filiazione piuttosto che di reale conoscenza senza pregiudizi del fenomeno e delle sue

[49] Cfr. Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit.; Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162; Corte cost., 22 maggio 2025, n. 68, in *cortecostituzionale.it*.

[50] Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Vita not.*, 1/2002, p. 1353, con nota di F. UCCELLA, *Sulla parziale illegittimità della disciplina sulla cosiddetta filiazione incestuosa: forti ombre su di un sentiero, che resta impervio*, *ivi*.

ISSN 2281-3918/2421-2563

potenzialità. Una visione così miope non tiene quindi conto delle posizioni delicate dei soggetti coinvolti, aspetto testimoniato ulteriormente dalla recente novella, più simile ad uno slogan politico dai tratti populista piuttosto che di un intervento dalla pregevole fattura giuridica.

L'intuizione legata al possibile impiego del modello portoghese deriva, come già illustrato, dal particolare *iter* che ha interessato l'approccio normativo alla maternità surrogata, caratterizzato prima da un divieto assoluto corroborato da sanzioni penali (situazione totalmente sovrapponibile a quella italiana) ed in seguito da formale legittimazione della pratica, seppur a talune condizioni. In secondo luogo, un altro elemento interessante di possibile giuntura è il *background* culturale e giuridico lusitano che rivela uno Stato europeo dai costumi e dalle pratiche molto simili al modello italiano.

La legislazione portoghese mostra diversi punti di forza che sembrano risolvere talune criticità che sovente si riscontrano nel dibattito avente al centro la GPA.

Innanzitutto, evidenzia una seria considerazione per la delicata posizione della donna gestante, garantendo per la stessa la formazione di una volontà libera da qualsivoglia condizionamento: così, l'unica tipologia contrattuale ammessa è quella a titolo gratuito, in modo tale che la madre surrogata scelga deliberatamente di prestare il proprio utero senza che una decisione così gravosa sia mossa da considerazioni di natura economica, leva di particolare efficacia nel caso di situazioni finanziarie precarie o condizioni sociali degradate. Ancora, la normativa non si limita ad assicurare l'assenza di costrizioni della volontà ma, altresì, si impegna a valorizzarla: ecco allora che la donna gestante risulta avere maggior peso decisionale nelle more della pratica, potendo scegliere di revocare il consenso precedentemente prestato, di selezionare il medico destinato ad eseguire l'operazione e di indicare la tipologia di parto a cui intende sottoporsi.

In secondo luogo, la disciplina offre una soluzione anche per l'annosa questione riguardante lo *status filiationis* del nato, riconoscendo quest'ultimo come figlio legale dei committenti *ab origine*, senza che sia necessario alcun successivo riconoscimento per mezzo di istituti alternativi come l'adozione speciale e senza che si oppongano limiti come quello del legame genetico. La semplice soluzione qui descritta assicura così per il fanciullo un corretto sviluppo della sua identità personale e dei rapporti affettivi con i genitori che lo hanno desiderato.

In seguito ad un'attenta analisi, si può notare come la disciplina portoghese su alcuni aspetti potrebbe risultare compatibile con l'assetto normativo italiano, anche quando il punto di partenza sia la legge 40/2004. Ad esempio, la recisione del legame genitoriale tra la donna gestante ed il nato, con la conseguente indicazione, nell'atto di nascita di quest'ultimo, dei committenti come genitori legali, può essere resa tramite l'istituto della dichiarazione di non voler essere nominata come madre da parte della surrogata *ex* art. 30, D.P.R. n. 396/2000, purché la legge sulla procreazione assistita venga rivista in riferimento al divieto di impiegare suddetto istituto (art. 9), ammettendo un'eccezione [51].

Tuttavia, tale procedimento comparativo non è esente da problematiche: esistono difatti diversi aspetti in cui la conciliazione tra i due modelli appare difficoltosa. Una fra tutti, vi è la questione dei soggetti a cui è consentito l'accesso alle tecniche di procreazione. Come sopra illustrato, la legislazione portoghese ammette il ricorso alla GPA per questioni esclusivamente cliniche, ossia qualora sia impossibile per le donne interessate condurre una gravidanza a causa di condizioni patologiche. Ciò ha portato

[51] Simili intuizioni sono riscontrabili in altri contributi sul tema. Cfr. G. GIAIMO, *La gestazione per altri. Persistenti criticità e prospettive di regolamentazione in chiave comparatistica*, cit.; L. BOZZI, *La legge portoghese in tema di gestazione per altri. Riflessioni e interrogativi (su questa e su ogni legge in materia)*, cit.

ISSN 2281-3918/2421-2563

ad allargare lo spettro dei soggetti legittimati anche alle donne impegnate in una relazione omosessuale oppure *single*, non avendo alcuna rilevanza lo *status* sentimentale delle medesime. L'ordinamento italiano è invece chiaro nel consentire l'accesso alle tecniche di procreazione assistita alle sole coppie eterosessuali, escludendo tutti coloro che non rientrino in detto binomio.

In secondo luogo, è pur vero che il paradigma portoghese mostra il fianco a talune criticità che rendono più difficoltoso risolvere in maniera definitiva il dibattito sorto intorno alla maternità surrogata. Difatti, nonostante l'approccio liberale, la normativa apparirebbe per certi versi ancora particolarmente restrittiva, tale da facilmente indurre i soggetti interessati a ricorrere alla medesima pratica all'estero con condizioni più favorevoli, non eliminando quindi del tutto il fenomeno del c.d. turismo procreativo. Gli esempi circa i requisiti profondamente limitanti sono molteplici, dall'esclusiva gratuità del contratto alla rarità delle condizioni di infertilità come presupposto d'accesso fino all'esclusività della volontà della gestante, che potrà revocare il proprio consenso o addirittura decidere, al momento della nascita, di non cedere il bambino, senza che i genitori d'intenzione possano formalmente opporsi.

In ogni caso, ferme restando le criticità evidenziate, è opportuno riconoscere il valore simbolico e rivoluzionario della legge in questione. Difatti, il modello portoghese, anche se con i relativi limiti, ha legalizzato la pratica della maternità surrogata, scardinando una concezione etica e morale ancora oggi presente in molti Stati europei e superando barriere teoriche che per lo più apparivano come irragionevoli e discriminatorie. Non solo: il legislatore ha altresì previsto un tipo contrattuale in cui gli accordi tra la madre gestante ed i genitori intenzionali potessero svilupparsi. Inoltre, non si può escludere che la disciplina legislativa possa trovare un ulteriore liberalizzazione, risultando in ogni caso un buon punto di partenza. In conclusione, l'introduzione di un modello simile nel contesto giuridico nostrano (con un adeguata revisione dell'assetto normativo già esistente) offrirebbe un'adeguata e puntuale soluzione basata sulla considerazione di tutti i valori in gioco, con un legislatore finalmente conscio e presente e senza una giurisprudenza che, sostituendosi allo stesso, tenti di sopperirne le lacune.

ISSN 2281-3918/2421-2563