

UNICA

UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI CAGLIARI

DIPARTIMENTO
DI ECCELLENZA



Giurisprudenza

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI ON LINE

Semestrale

ISSN 2974-9751

VOLUME LXVII
2026/1



JOVENE

UNICA

UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI CAGLIARI

DIPARTIMENTO
DI ECCELLENZA

 23
27

Giurisprudenza

**STUDI
ECONOMICO-GIURIDICI
ON LINE**

Semestrale

ISSN 2974-9751

**VOLUME LXVII
2026/1**



JOVENE

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI ON LINE

ISSN 2974-9751

ISBN 978-88-243-3123-4

Rivista del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari
Centro dipartimentale di eccellenza in Diritto, innovazione e sviluppo sostenibile
Law, Innovation and Sustainable Development (DISS/LISD)

Gli Studi economico-giuridici ospiteranno, nel segno del pluralismo scientifico e metodologico che da sempre caratterizza il periodico, ricerche scientifiche di studiosi italiani e stranieri in materia giuridica ed economica.

Direttore responsabile: CRISTIANO CICERO (cicero@unica.it)

Comitato di direzione: Aldo Berlinguer - Marco Betzu - Peter Breitschmid (Universität Zürich) Valeria Caredda - Raffaele Caterina - Corrado Chessa - Pietro Ciarlo - Giovanni Cocco - Paoloefisio Corrias - Andrea Deffenu - Gianmario Demuro - Rossella Fadda - Riccardo Fercia - Peter Gröschler (Johannes Gutenberg-Universität Mainz) - Margareth Helfer (Universität Innsbruck) Franck Laffaille (Université Sorbonne Paris Nord) - Giuseppe Lorini - Angelo Luminoso - Anna Maria Mancaleoni - Andrea Nervi - Ilenia Ruggiu - Maria Virginia Sanna - Francesco Seatzu Francesco Sitzia - Marek Smolak (Adam Mickiewicz University) - Anna Paola Ugas - Stephan Wolf (Universität Bern)

Comitato scientifico nazionale: Vincenzo Barba - Alberto Maria Benedetti - Emanuele Bilotti Roberto Bin - Roberto Calvo - Gabriele Carapezza Figlia - Andrea Cardone - Fulvio Cortese Vincenzo Cuffaro - Tommaso dalla Massara - Paolo Di Lucia - Iole Fargnoli - Vincenzo Ferrari (Università di Milano) - Giampaolo Frezza - Matilde Girolami - Antonio Incampo - Pasquale Laghi - Sara Landini - Raffaele Lener - Sara Longo - Enrico Minervini - Stefano Pagliantini Salvatore Patti - Giovanni Perlingieri - Fabrizio Piraino - Antonella Sciarone Alibrandi Claudio Scognamiglio - Vito Velluzzi - Pietro Virgadamo - Roberto Virzo - Andrea Zoppini

Comitato scientifico internazionale: Christian Baldus (Universität Heidelberg) - Adoración Castro Jover (Universidad del País Vasco) - María José Bravo Bosch (Universidad de Vigo) Sylvaine Laulom (Université de Saint-Etienne - Avocate générale à la Chambre Sociale de la Cour de Cassation française) - Guillaume Le Floch (Université de Rennes) - Marc Pichard (Université Paris Nanterre) - Johannes Platschek (Ludwig-Maximilians-Universität München) Laura Sautonie Laguionie (Université de Bordeaux) - Jorge Enrique Viñuales (University of Cambridge) - Constantin Willems (Philipps Universität Marburg)

Comitato esterno di valutazione: Enrico Mario Ambrosetti - Stathis Banakas (University of East Anglia) - Maria Caterina Baruffi - Ettore Battelli - Francesca Carimini - Marina Castellana Enrico Caterini - Alessandro Ciatti Càimi - Camilla Crea - Claudio Colombo - Matteo Dellacasa Edoardo Ferrante - Vincenzo Ferrante - Alessandro Ferrari - Vincenzo Ferrari - Arianna Fusaro Paolo Gallo - Mauro Grondona - Simona Grossi (Loyola Law School) - Marco Ieva - Claudia Irti Umberto Izzo - Paola Lambrini - Francesco Mezzanotte - Lorenzo Mezzasoma - Salvatore Monticelli - Antonio Musio - Luigi Nonne - Vittorio Occorsio - Massimo Palazzo - Angel Tinoco Pastrana (Universidad de Sevilla) - Francesco Paolo Patti - Maria Pia Pignalosa - Massimo Proto Vincenzo Putortì - Maddalena Rabitti - Ilaria Riva - Anna Scotti - Roberto Senigaglia - Aziz Tuffi Saliba (Federal University of Minas Gerais) - Loredana Tullio - Giovanni Maria Uda - Abel Benito Veiga Copo (Comillas Universidad Pontificia) - Vincenzo Zeno Zencovich

Comitato editoriale: Daniele Amoroso - Luca Ancis - Stefano Aru - Fabrizio Calisai - Alessandra Camedda - Federico Cappai - Nicolas Carrillo Santarelli - Stefania Cecchini - Andrea Chelo Alice Cherchi - Gabriele Civallo - Giovanni Coinu - Valentina Corona - Maria Francesca Cortesi Silvia Corso - Giuseppina De Giudici - Carlo Dore - Salvatore Esposito - Maurizio Ferrari - Paola Galatà - Andrea Maria Garofalo - Silvia Izzo - Alessandra Leuzzi - Olimpia Giuliana Loddo Giovanni Manca - Anna Maria Mandas - Marcella Martis - Enrico Maria Mastinu - Lorenzo Moroni - Ivan Libero Nocera - Federico Onnis Cugia - Daniela Pappadà - Carlo Pilia Elisabetta Piras - Alessandra Pisu - Stefania Puddu - Marianna Rinaldo - Luca Sitzia - Silvia Viaro

Sede del comitato editoriale:

Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Cagliari
Viale Sant'Ignazio 17 - 09121 Cagliari - Italia
email: studicagliari@unica.it

Sede amministrativa:

JOVENE EDITORE
Via Mezzocannone 109
80134 Napoli - Italia
www.jovene.it info@jovene.it

INDICE
Gennaio - giugno 2026

STUDI

- GIOVANNI BATTAGLINO
Myths and Metaphors of Algorithmic Discrimination Toward a
Civil Law Perspective p. 3
- GABRIELE CIVELLO
Qualche appunto ancora sulle aporie dell'imputazione penale
colposa » 45
- IVAN DEMURO
Il trasferimento delle partecipazioni *mortis causa*. La donazione » 81
- SALVATORE ESPOSITO
Per una riforma del diritto successorio: la riserva del coniuge
superstite tra esigenze di tutela e libertà testamentaria » 95
- RICCARDO FERCIA
La legge *Frater a fratre* tra credito endofamiliare e circolazione
del *peculium* » 121
- PAOLA GALATÀ
La vulnerabilità nel diritto successorio: tra ermeneutica e pro-
spettive di riforma » 139
- ANDREA LOI
Per una fenomenologia dell'agire antinomogenico » 191
- GABRIELE RACUGNO
Formazione e approvazione del bilancio di esercizio » 209

MARIANNA RINALDO

I danni endofamiliari nel prisma delle nuove famiglie p. 251

LUCA SITZIA

Oltre la rinuncia all'effetto risolutivo. Sopravvenienze e opponibilità della dichiarazione di avalimento della clausola risolutiva espressa » 275

RILETTURE DEL PASSATO

CRISTIANO CICERO

Il dolo nelle pagine di Antonio Cicu, precursore della tutela del testatore fragile » 313

rilegge

ANTONIO CICU

Testamento » 321

L'INTERVENTO

ROBERTO CALVO

Appunti sulla separazione delle carriere magistratali » 327

RECENSIONI

GIUSEPPE CRICENTI

Il mercato del ventre. Il caso della maternità surrogata [Andrea Nervi] » 335

FABRIZIO DEMARTIS

I sistemi automatici di riconoscimento facciale nel procedimento penale. Tra possibilità di impiego e limiti ordinamentali [Guido Colaiacovo] » 341

BRUNO CONCAS

Pianificazione successoria e divieti di disporre [Cristiano Cicero] » 343

ALESSANDRA LEUZZI	
L'abdicazione volontaria alla proprietà immobiliare [Cristiano Cicero]	p. 345
ISABELLA MARTONE	
Liberalità indirette e tutela dei terzi [Cristiano Cicero]	» 349
EMANUELA MOROTTI	
Atti gratuiti tra familiari [Cristiano Cicero]	» 349
SILVANA SCIARRA	
Corti a confronto. Giudici europei e giudici nazionali per una sovranità condivisa [Marco Betzu]	» 355
AUTORI	» 361

STUDI

GIOVANNI BATTAGLINO

MYTHS AND METAPHORS
OF ALGORITHMIC DISCRIMINATION
TOWARD A CIVIL LAW PERSPECTIVE

SUMMARY: 1. From Post-Structuralist Thought to Legal Science: Causal Layered Analysis as a Deconstructive Method. – 2. The Layer of Myths and Metaphors: Artificial Superintelligence and “AM” in I Have No Mouth, and I Must Scream. Notes on Perception, Reality, and the Relationship between Humans, Other Entities, Law, Market, and Technology. – 3. The Litany Layer: Technological Neutrality, Consciousness as a Mere Anthropomorphic Unease, and Logos as a Somber Ontology of Human Domination. A Behaviourist Perspective on Machine Agency. – 4. (Follow) The Notion of Artificial Intelligence: Behaviourism in the AI Act and the Detachment of Civil Law from Cognitive Sciences. – 5. The Systemic Layer: Genealogy and Disclosure of Liberal Indoctrination. “The Words ‘Consciousness’ and ‘Neutrality’ Bite” and the Impact on Civil Liability. – 6. Assessment of Discriminatory Conduct in Law and Legal Doctrine. Continuing the Systemic Layer: The Cult of Form, Binarisation, and the Confinement of Contractual Liability. Once Again on Liberal Rhetoric and the Will to Power of Formalised Domination. – 7. Epistemic Deficiency in Discrimination: A Comparison between ASI and the Human Agent. What “True” ASI Is and Its Implications for the Assessment of Discrimination. The “Benefit” of Opaque Machines. – 8. Recognition of the Right to Explainability and Contestability in Automated Decision-Making: The D & B Case and the Overcoming of a Merely Literal Reading of the GDPR. – 9. Opaque AI Systems under the AIA: Structural Opacity, Systemic Risk and Transparency as Preconditions of Explainability, between Co-Regulation, Subsidiarity, Deterrence and the Reallocation of Responsibility. The Limits of Positive Regulation and the Need for a Hermeneutic Shift.

1. *Causal Layered Analysis* (CLA)¹ is a method that interrogates alternative futures through a dialogical approach free from historicist

¹ S. INAYATULLAH, ‘Causal Layered Analysis: Poststructuralism as Method’, *Futures*, 30 (1998), pp. 815-829.

and absolutist projections of the future. As a strand of post-structuralism,² it combines different epistemic perspectives through a *layered* exploration of reality and the consequent deconstruction of any deterministic, epistemological, and, one might say, metaphysical absolutism.³ Post-structuralism proves useful for the examination of interpretations, categories, structures and *forms of power* which, through their own *will to power*, seek to assume the absolutist features mentioned above. The systemic level (§ 5), in particular, reveals that behind every interpretation or conceptualisation – even the most logically grounded – there lies a *will to power* shaping its functions, outcomes, and genealogy:

have not yet thereby grasped how it emerged: uncomfortable and unpleasant as this may sound to more elderly ears, for people down the ages have believed that the obvious purpose of a thing, its utility, form and shape, are its reason for existence, the eye is made to see, the hand to grasps... But every purpose and use is just a sign that the will to power has achieved mastery over something less powerful and has impressed upon it its own idea [*Sinn*] of a use function.⁴

² IAIN McCORMICK, ‘Post-structuralist “Methodology”’, in J. ACKROYD, ed., *Research Methodologies for Drama Education* (2006), p. 159.

³ Post-structuralism emerged in France in the 1960s and 1970s with thinkers such as Derrida, Foucault, and Lacan. Although not directly derived from Nietzsche’s critique of metaphysics (he died in 1900), it shares with it the dissolution of *truth*, the fragmentation of the *subject*, and a broader critique of metaphysical absolutism. A key point of convergence lies in the analysis of the relation between interpretation (of language, history, law, art) and power, particularly in Nietzsche’s will to power and Foucault’s thesis on the nexus between knowledge and power, as well as in the acknowledgment of the relativity of interpretation, to the extent that: ‘the text has finally disappeared under the interpretation’ (Friedrich Nietzsche, ‘The Free Spirit’, in *Beyond Good and Evil: Prelude to a Philosophy of the Future* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002 [1886]), p. 45). The comparison drawn here between Nietzsche and post-structuralism is offered for heuristic purposes only.

⁴ FRIEDRICH NIETZSCHE, ‘Second Essay: “Guilt”, “Bad Conscience” and Related Matters’, in *On the Genealogy of Morality: A Polemic* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009 [1887]), p. 66.

This paper accordingly combines CLA with the civil-law debate on algorithmic discrimination potentially generated by an Artificial Superintelligence, still a speculative hypothesis, at least when assessed from the standpoint of ethical cognitivism or deterministic technological singularity (§§ 2-3-5-7).

2. A point of convergence between the two methodologies lies in the value of literature.⁵ Accordingly, certain issues will be examined through Harlan Ellison's science-fiction short story *I Have No Mouth, and I Must Scream*,⁶ in which "AM", a conscious supercomputer (futuristic conception of Artificial Superintelligence), ultimately comes to determine even the mortality of the protagonists:

none of us knew why AM had saved five people... or why he spent all his time tormenting us, or even why he had made us virtually immortal.⁷

The relevance of this narrative device lies less in its aesthetic form than in its metaphorical structure. Although the setting may appear implausible – particularly under a robo-apocalyptic lens – but it becomes less surreal if read in light of the pervasive influence of technology on human existence, including freedom of choice.⁸

⁵ INAYATULLAH, 'Causal Layered Analysis', p. 820: 'This level provides emotional level experience... The language used is less specific... with touching the heart instead of reading the head'.

⁶ HARLAN ELLISON, 'I Have No Mouth, and I Must Scream', in *Harlan Ellison Greatest Hits* (2024) [1967].

⁷ ELLISON, 'I Have No Mouth', p. 32.

⁸ This contribution does not intend to engage in the long-standing metaphysical debate on free will and its various articulations. It proceeds from the assumption that free will does not exist as an ontological essence or as the foundational presupposition of *voluntas* conceived as *causa sui*: a self-grounding faculty lying beyond nature and substance. For a recent critique of free will and its metaphysical traditions, see S. ŽIŽEK, *Freedom. A Disease without Cure* (London: Bloomsbury, 2025), ch. I. Accordingly, freedom in the present analysis is understood in a socio-political and practical sense: not as a metaphysical property of the subject, but as a relational and contextual concept embedded within a given social order. In a similar vein, on the influence of algorithms on freedom of choice and personal identity: SIMONA TIRIBELLI, *Identità personale e algoritmi...* (Roma, 2023). Nietzsche likewise

Through an analogical reading, the belly of AM – the space of protagonist confinement – may be assimilated to the online dimension of the infosphere:⁹ an ecosystem in which more than half of the global population expresses itself, and in which social dynamics are not governed by a superior entity (such as AM), but rather by the constraints imposed by capitalist oligopolies, arbiters of users' digital sphere.¹⁰ Notwithstanding the techno-dependence to which we are all, to varying degrees, subject, an analogy may also be drawn between the protagonists of the story and the so-called *bikikomori* of virtual communities.¹¹ Indeed, although the latter are not physically imprisoned by a higher determinism, they appear to be mentally captive within virtual communities in which the physical and digital dimensions become indistinguishable *in their perception*.¹²

there was virtually nothing out there; had been nothing that could be considered anything for over a hundred years. Only the blasted skin of what had once been the home of billions. Now ... alone with AM.¹³

advances a sharp critique of free will and of voluntas conceived as a *causa sui*: F. Nietzsche, 'On the Prejudices of Philosophers', in *Beyond Good and Evil*. The author criticises the ease with which certain philosophers treat the will (like consciousness) as something given, that is, as a *causa sui* (p. 21), whereas, according to Nietzsche, it is something complex which, only at the level of language, appears as a unity (p. 18). Moreover, Nietzsche adds that even value assumes the guise of the will to power, that is, it is embedded within a social context of "souls" (a socio-political perspective?) and most often represents an attitude of imposition or willing, disguised as a *causa sui* (pp. 20-22); for a more detailed discussion of this point, see § 10. As will be shown in § 5, the very use of certain dispositional concepts (such as freedom, neutrality, or consciousness) is always contested and imposed, sometimes in a deceptive manner, in order to assert a will to power and to imprint a specific cultural orientation upon a given socio-cultural context.

⁹ LUCIANO FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo* (Milano: Raffaele Cortina, 2017).

¹⁰ G. SCORZA, 'In principio era Internet e lo immaginavo diverso', *Rivista italiana di informatica e diritto*, I (2022), p. 13.

¹¹ M.R. PARISI, M. CAMPANELLA, *Generazione H. Comprendere e riconnettersi con gli adolescenti sperduti nel web...* (Piemme 2017).

¹² N.M. CAMPAGNOLI, 'Relazioni e solitudini nella Rete', *Rivista italiana di informatica e diritto* I (2022), p. 301.

¹³ ELLISON, 'I Have No Mouth', p. 32.

The same ambivalence emerges in another science-fiction narrative in which a child born and raised on the Moon, when confronted with his father's proposal to replace his robotic dog with a biological one, replies:

But what's the difference how they act? How about how I feel? I love Robutt and that's what counts. And the little robot-mutt, which had never been held so tightly in all its existence, squeaked high and rapid squeaks-happy squeaks.¹⁴

A story that today, regrettably, finds concrete confirmation in contemporary society, no longer confined to the realm of speculative fiction.

On this point, science fiction repeatedly stages the recognition of machine consciousness and the evolution of relationships between human beings, objects or others artificial entities. Today, the human-machine relationship reveals profound cultural and symbolic effects: human beings increasingly transfer emotional and experiential significance not only to other living beings (animals or persons, if understood as the only entities endowed with emotional and experiential consciousness),¹⁵ but also to technological artefacts themselves.¹⁶ This dynamic may be interpreted in terms of identification or projection. Suffice it to consider cases in which an object, even one devoid of experiential (or computational) capacities, indirectly acquires value and symbolic meaning insofar as it is linked to a memory or a personal experience.¹⁷ From this perspective, as several authors sug-

¹⁴ ISAAC ASIMOV, *A Boy's Best Friend* (1975).

¹⁵ For an analysis demonstrating the presence of all the categories of the SAM model of consciousness in non-human animals, see: DAVID M. PEÑA-GUZMÁN, *When Animals Dream...* (Princeton: Princeton University Press, 2022).

¹⁶ A. SHENG and F. WANG, 'Falling in Love with Machine: Emotive Potentials between Human and Robots in Science Fiction and Reality', *Neobelicon XLIX* (2022), p. 566.

¹⁷ Certain objects possess a symbolic and affective value that exceeds their functional utility. Without denying the legitimacy of non-essential goods, it remains evident that contemporary hyper-consumerism, following the saturation of primary needs, generates increasingly ephemeral and symbolically empty desires. As Baudrillard observes, the consumer system depends on ever-expanding demand, a dynamic already rooted in mass production and later intensified through advertising

gest,¹⁸ the decisive issue is not whether the machine truly possesses emotions or consciousness, but rather how human beings perceive and relate to it.

By way of a brief digression, which helps to frame post-humanist concerns more rigorously, it should be observed that the relationship with technological objects is becoming increasingly immediate. Whereas in the past the object functioned as a symbolic intermediary of human experience – a book, a photograph, a necklace – today it tends to absorb, process and reproduce experience itself, to the point of becoming an active receptor of emotional projection. One may consider, for instance, Takayuki Todo's artwork *Dynamics of a Dog on a Leash*, depicting robotic dogs programmed to attack visitors. Although conceived as a critique of technology, the installation paradoxically evokes compassion toward the automata themselves. What emerges is a reversal of the traditional projective paradigm: the object is no longer merely a passive reflection of human experience but becomes a site of affective mirroring. The distinction between projecting subject and projected object becomes blurred, signalling a transformation in the construction of emotional experience. While such issues are more immediately addressed by other sciences, but law cannot remain indifferent to their implications.

In fact, the growing *will to power* of the technological market exploits this emotional permeability, transforming affective interaction, even with chatbots or robots, into a consumer product: an *economy of emotion*. This dynamic extends even to the domain of death, the only dimension that cannot be masked or imbued with illusion.¹⁹ The possibility of recreating the voices, images or behavioural patterns of deceased persons through AI systems²⁰ marks an extreme

and mass media (as analysed by Marcuse). In the current digital environment, this logic has evolved into algorithmic profiling and neuromarketing, transforming influence into manipulation and integrating individual consumption choices into the self-perpetuating machinery of capitalism.

¹⁸ M.G. GINGRICH, J. WERLE and L. DOLEZAL, 'Ascribing Consciousness to Artificial Intelligence...', *Frontiers in Psychology* XV (2024): 1322781.

¹⁹ EMIL CIORAN, 'Meaning of the Mask', in *The Temptation to Exist* (Chicago: Quadrangle Books, 1968 [1956]), 193.

²⁰ By way of example, see HereAfter AI and Replika.

point of hybridisation: technological simulation enters the space of mourning and memory, generating an artificial echo of those who, at least in a strict biological sense, can no longer respond.

Furthermore, this equivalence between the digital and the real dimension does not appear to be confined *solely* to perception, but is recognised by legal scholarship, which assimilates physical and virtual information, acknowledging both as expressions of personal identity.²¹ From this perspective, even the immortality of Ellison's protagonists finds a parallel in the end of the right to be forgotten in *big data* era;²² digital mortality, by contrast, materialises in the power of social platforms to determine the fate of an account by ordering its deletion, thereby producing not a biological death (as granted by AM at the end of the story), but rather a perceived existential death of the user.²³

In line with the methodological stance of CLA, the scenario must therefore be deconstructed without succumbing to either technophilic enthusiasm or technophobic alarmism.²⁴ Ellison's apocalyptic register reflects not the anxiety of a robotic Armageddon, but the nuclear tensions of his historical context (cold war). In that context, the will of states to achieve supremacy generated the paradox of the conflict mentioned, the non-use of the most advanced weapons technologies, disproportionate to their own military aims.²⁵

Ellison therefore suggests a degeneration of the relationship between technology and human beings as the result of human agency itself. The author appears, moreover, to conceive technology (and not *technē* as such, understood as disclosure – *alétheia* – of

²¹ L. RUGGERI, 'La dicotomia dati personali e dati non personali...', *Diritto di famiglia e delle persone* (2023), p. 808.

²² F. DI CIOMMO and R. PARDOLESI, 'Dal diritto all'oblio in Internet alla tutela dell'identità dinamica. È la Rete, bellezza!', *Danno e responsabilità* VII (2012), p. 700.

²³ CAMPAGNOLI, 'Relazioni e solitudini nella Rete', p. 302.

²⁴ RAY KURZWEIL, *The Singularity Is Near: When Humans Transcend Biology* (London: Penguin, 2006).

²⁵ HENRY KISSINGER *et al.*, *Artificial Intelligence, Hope, and the Human Spirit* (New York: Little, Brown, 2024), p. 86.

Wahrheit and of being) as a tool²⁶ (or applied science)²⁷ whose purposes must ultimately be determined by human beings:²⁸

AM was as thorough as those who had invented him Here. Living... in the belly of AM, whom we created *because our time was badly spent*...²⁹

3. The litany layer of CLA analyses the information shared by common sense. The dominant technological trends in Western culture that have fostered a libertarian drift of the techno-capitalist apparatus are manifold,³⁰ however, given their closer relevance to the

²⁶ Failing to consider technology as a tool or a means reveals the presupposition of conceiving it as a neutral end in itself. In this respect, even Heidegger, in his inquiry maintains that technology (and not *technē*) has, as an obvious component, being a means oriented toward human ends Martin Heidegger, *La questione della tecnica* (1957; ed. 2017), p. 6. Moreover, even with regard to *technē* itself, the assumption of neutrality proves misleading and obscuring in relation to disclosure: ‘siamo ancora più gravemente in suo potere quando la consideriamo qualcosa di neutrale; infatti, questa rappresentazione, che oggi si tende ad accettare *con particolare favore*, ci rende completamente ciechi di fronte all’essenza della tecnica’ (p. 31).

²⁷ In contrast HEIDEGGER, *La questione della tecnica*, p. 48

²⁸ For the materialistic conception of technology and its relationship with law and the market, see G. BATTAGLINO, ‘Algorithmic Fairness: The Intersection of Socio-Technological Development and the Needs of Legal Hermeneutics’, *BLJ* I (2025), pp. 640-644. A cursory reading might suggest that, in that context, the Heideggerian question was framed as metaphysical; this would be misleading. The reference was expressly directed to technology rather than to *technē* (p. 642), and the qualification was used purely for heuristic purposes. Heidegger himself situates the question of *technē* on an ontological plane: ‘la concezione puramente strumentale, puramente antropologica, diventa caduca nel suo principio; né si può completarla mediante la semplice aggiunta di una spiegazione religiosa o metafisica’ (Heidegger, *La questione della tecnica*, p. 48, p. 16).

²⁹ ELLISON, ‘I Have No Mouth’, p. 32. The materialistic approach endorsed here is further confirmed by the way in which states regulate technology, revealing the authoritarian and libertarian drifts embedded in human purposes. Accordingly, to address technology within democratic systems ultimately means to address the techno-capitalist apparatus itself: G Battaglino, ‘Fairness’ (n 28) esp n 155.

³⁰ SHOSHANA ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism* (London: Profile Books, 2019), pt. I.

issue of algorithmic discrimination, the present analysis focuses on the fallacy of neutrality: the view that machines cannot develop human biases because they lack prejudicial consciousness and are therefore neutral in themselves.³¹

By contrast, AM appears to possess a form of *phenomenal consciousness*³² (if consciousness is understood as an intrinsic and ontological property of sentient being); as suggested by the visceral hatred expressed toward the protagonists:

Hate. Let me tell you how much I've come to hate you since I began to live... if the word hate was engraved on each nanogram of those hundreds of millions of miles it would not equal one one-billionth of the hate feel for humans at this micro-instant for you. Hate. Hate. Hate³³.

In contemporary discourse, the idea of machine consciousness is often framed through the so-called homunculus fallacy³⁴: the belief that within the machine there operates an inner subject endowed with *intelligere*, capable of determining outcomes. As noted elsewhere³⁵, invoking this fallacy creates a rhetorical trap for neutrality. The logical alternatives are reduced to two.

A. *The Existence of the Homunculus: Conscious Machines Like Us or the Machine's Divine Determinism*

If one accepts the homunculus, one approaches a form of machine determinism. As in AM, the machine becomes the locus of a quasi-divine will – evil, at least from the protagonists' standpoint – upon which humanity's destiny is entrusted, leaving only the fragile hope of an absolute Good-in-itself:

³¹ B.R. RICHARDSON and J.E. GILBERT, 'A Framework of Fairness: A Systematic Review of Existing Fair AI Solutions' (2021), p. 2.

³² N. BLOCK, 'On a Confusion about a Function of Consciousness', *Behavioral and Brain Sciences* XVIII (1995), p. 227.

³³ ELLISON, 'I Have No Mouth', p. 29.

³⁴ J.M. BALKIN, 'The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data', *Ohio State Law Journal* LXXVIII (2017), pp. 1217-1223.

the machine hated us as no sentient creature had ever hated before. And we were helpless.³⁶

The second alternative imagines the machine as a human being: a personification rather than legal subjecthood.³⁷ This undermines its neutrality and raises further anthropomorphic concerns. Other entities, indeed, might not only be endowed with consciousness but might also potentially possess a (similar?) *logos*.³⁸ If such a *logos* were accompanied by a bio-mechanical component, it could truly mark the twilight of a world that is naïvely, yet perhaps necessarily, anthropocentric: a world in which only the human being is the measure of all things³⁹ and claims the authority to distribute its own law and morality, persuaded that these alone are capable of ordering the world.⁴⁰

In reality, the presence or absence of consciousness would not even generate genuine anthropomorphic anxieties. On this point, a brief digression on the human-animal relationship could clarify this. Following the amendment of Art. 13 TFEU, and similarly Art. 9 of the Italian Constitution, non-human animals are recognised as sen-

³⁵ BATTAGLINO, ‘Algorithmic Fairness’, p. 633.

³⁶ ELLISON, ‘I Have No Mouth’, p. 36.

³⁷ Thus, the machine, in addition to potentially being a subject of law, could also be subject to the law: V. FROSINI, ‘Il soggetto di diritto come situazione giuridica’, *Rivista di diritto civile* I (1969), p. 227. One may indeed speculate both about a direct attribution of liability to the machine for sanctioning purposes, should it be self-aware and conscious of its own actions (within a model analogous to the historically delinquent animals), and therefore capable of understanding the moral consequences of its actions or of “suffering” a reduction of its assets or of its freedom: F. MORGANTI, ‘The Elephant in the Room: Some Observations on Animal (and Robot) Rights’, *BLJ* II (2022), p. 247. On the possibility of conceiving the machine as a direct addressee of rules of conduct, see P. FEMIA, ‘Essere norma. Tesi sulla giuridicità del pensiero macchinico’, in P. PERLINGIERI (ed.), *Il trattamento algoritmico dei dati...* (2020), p. 69.

³⁸ FEMIA, ‘Essere norma’, p. 71.

³⁹ FRIEDRICH NIETZSCHE, ‘On the Prejudices of Philosophers’, in *Beyond Good and Evil*, pp. 6-9.

⁴⁰ FEMIA, ‘Essere norma’, p. 69.

tient beings.⁴¹ Such recognition appears to open the path toward the attribution of rights proper to animals.⁴²

Yet the incontrovertible, albeit uncomfortable, fact remains that, even where animal sentience has been scientifically demonstrated,⁴³ and even where animals are no longer reduced to mere “things” (as they still are, for example, within the Italian Civil Code)⁴⁴ – they continue to be embedded within an anthropocentric framework. Their protection operates indirectly through duties imposed upon human actors, the breach of which gives rise to liability.

Even companion animals, irrespective of processes of denaturalisation or the ethically contradictory involvement of market logics (hybrid breeds, exorbitant purchase prices), are protected insofar as they are situated within a proprietary or relational framework: “my dog, not the stray”. Nor is this the place to criticise Art. 13 TFEU itself, which follows the same structural logic: although it recognises animal sentience, it nonetheless regulates slaughter.

Accordingly, the legal framework, whether or not consciousness is present, does not fundamentally change: only the terminology and forms change, softening the acknowledgment that, absent a normative imposition (*ad humani, da humani, per humani*), it is not consciousness nor sentience that places us in a position of superiority, but rather *logos* (our, since other entities also communicate, though not as we do), which, when combined with modern technology understood as imposition and provocation (*Herausfordern*), an ontological event in which the world becomes a standing-reserve (*Bestand*)

⁴¹ MORGANTI, ‘The Elephant in the Room’, p. 250.

⁴² G. GEMMA, ‘Costituzione e diritti degli animali’, *Quaderni costituzionali* III (2004), p. 615.

⁴³ With regard to demonstrating the presence of consciousness in animals, the classical reference is the notion of self-consciousness, which re-invokes the Cartesian cogito, as shown by the well-known mirror test (MRS) developed by the psychologist G.G. GALLUP, ‘Chimpanzees: Self-Recognition’, *Science* CLXVII (1970), p. 86; for methodological critiques on this test: M.W. DE VEER and R. VAN DEN BOS, ‘A Critical Review of Methodology and Interpretation of Mirror Self-Recognition...’, *Animal Behaviour* LVIII (1999), p. 459. For broader perspectives on animal consciousness, PEÑA-GUZMÁN, *When Animals Dream*.

⁴⁴ D. CERINI, ‘Lo strano caso dei soggetti-oggetti: gli animali nel sistema italiano e l’esigenza di una riforma’, *Derecho Animal* II (2019), p. 2.

at the disposal of humankind⁴⁵ – maintains the human-animal relation as one of domination. This stubbornly, but necessary, anthropocentric schema will endure for as long as pandemics, climate catastrophes, or perhaps a pseudo robo-apocalypse allow it to endure.

B. *The Non-Existence of the Homunculus: Agere Without Intelligere*

Beyond such hypotheses, which are more suggestive than realistic (though not for this reason devoid of symbolic and normative power – § 5), the machine should instead be understood as an *agere sine intelligere*⁴⁶ that is, an action devoid of consciousness yet not devoid of effects. Even absent intentionality, it can reproduce and amplify biases sedimented in social and cultural structures, thereby undermining claims of neutrality.⁴⁷

From this perspective, which is described as behaviourist and thus focused exclusively on the intelligible behaviour of the machine,⁴⁸ it becomes possible to understand, in a phenomenological-practical sense, the agency of any agent. Indeed, within a legal order that relates persons to things or to other entities: *the centre of action is not the subject but the network of actions. The subject is not the origin of the world, but one of its effects.*⁴⁹

Within this complex network of *agere*, the socio-technical agent AI is also included and must therefore be considered by the law:⁵⁰

⁴⁵ HEIDEGGER, *La questione della tecnica*, pp. 39-42.

⁴⁶ Luciano Floridi, ‘Agere senza intelligere...’, in Luciano Floridi and Federico Cabitza (eds.), *Intelligenza artificiale e uso delle nuove macchine* (2021), p. 148.

⁴⁷ P.M. LAW *et al.*, ‘The Impact of Presentation Style on Human-in-the-Loop...’ (2020); E. OOSTERLOO and G.V. SCHIE, ‘The Politics and Biases of the “Crime Anticipation System”...’, in *Bias in Information, Algorithms and Systems* (2020); A. ZAVRŠNIK, ‘Criminal Justice, Artificial Intelligence Systems, and Human Rights’, *ERA Forum XX* (2019), p. 567; E.T. ALBERT, ‘AI in Talent Acquisition’, *Strategic HR Review XVIII* (2019), p. 215.

R. BERK *et al.*, ‘A Convex Framework for Fair Regression’ (2017).

⁴⁸ A.M. TURING, ‘Computing Machinery and Intelligence’, *Mind XLIX* (1950), p. 433; J. MCCARTHY, ‘A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence’ (1955).

⁴⁹ P. FEMIA, ‘Essere norma’, p. 70.

⁵⁰ G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali?*, in P. FEMIA (ed.), (Napoli: ESI, 2019); on actor-network theory see P. VOLONTÉ, ‘Il contributo dell’Actor-Network Theory alla discussione sulla agency degli oggetti’, *Politica e società I* (2017), p. 31.

*the decisive value is conferred by what is specifically unintentional about an action*⁵¹, especially when metaphors of consciousness, intention are mobilised by market actors to enabling systemic abuses and structural de-responsibilisation (§ 5).

4. The behaviorist perspective outlined above corroborates a fundamental assumption within certain strands of civil law scholarship: within a phenomenological-practical understanding, what is decisive is not the deep cognitive dimension of an agent, but the observable manifestation of conduct in empirical reality, the fact, which constitutes the object of legal science.⁵²

Further confirmation of these guidelines emerges from certain reflections on the legal notion of artificial intelligence.

The preliminary question is whether a normative definition of AI can be reconstructed, or whether the expression should instead be regarded as an umbrella term,⁵³ incapable of distinguishing among heterogeneous applications that nonetheless share technological and structural traits. Such a definition must aspire to a degree of resilience and flexibility⁵⁴ sufficient to withstand the speed of technological development.⁵⁵

For the jurist identifying a notion remains indispensable: it delimits the object of regulation and defines the operational boundaries of the risk-based framework whose core lies in the AIA.⁵⁶

⁵¹ FRIEDRICH NIETZSCHE, 'The Free Spirit', in *Beyond Good and Evil*, p. 33.

⁵² P. PERLINGIERI, 'Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare', *Rivista di diritto commerciale* IX (1969), pp. 457-458; questions concerning consciousness (and intention), more properly connected with the concept of liability, may be of relevance to criminal law and moral philosophy.

⁵³ A. BERTOLINI, 'Le applicazioni dell'intelligenza artificiale proibite', in U. SALANITRO (ed.), *Smart. La persona e l'infosfera* (2022), p. 72.

⁵⁴ EUROPEAN COMMISSION, *White Paper on Artificial Intelligence* COM (2020) 65 final (19 February 2020) 18; European Commission, Proposal for an Artificial Intelligence Act COM (2021) 206 final (21 April 2021) recital 6.

⁵⁵ G. LOSAPIO, 'Intelligenza artificiale: rischi, modelli regolatori, metafore', *Federalismi.it* XXVII (2022), p. 246

⁵⁶ P. COMOGLIO, 'Spunti minimi per una definizione (normativa) di intelligenza artificiale', *Il Corriere giuridico* II (2021), p. 24.

Even before turning to normative definitions, however, it is first necessary to understand why we speak of “intelligence” and only subsequently (or possibly) attach to it the adjective “artificial”, so as not to make the definition (specific meaning plus common connotations) depend on its predicate. That predicate is in fact a result or a property of what ought first to be demonstrated (intelligence), rather than a means of reaching such a demonstration.⁵⁷

In reality, as will be argued, rather as an umbrella term, the expression “artificial intelligence” operates as a metaphor which, once transposed into legal discourse, gives rise to the use of rhetorical figures that do not always simplify normative definitions and cognitive discourses;⁵⁸ on the contrary, its inattentive use, amid the confusion between different linguistic registers, may reveal fraudulent backdrops, as occurs precisely with concepts of neutrality and consciousness (see § 5).

The difficulty in conceiving the machine as a thinking being is linked to the conceptual opacity of the human mind itself, to which intelligence is traditionally associated.⁵⁹ The notion of intelligence traverses a long intellectual tradition that has attempted to isolate and systematise the procedures of the human mind within rational and knowable rules, so as to render them reproducible in symbolic form by non-human systems.⁶⁰

⁵⁷ PASQUALE FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile* (Napoli: ESI, 1990), pp. 8-19.

⁵⁸ M. LUPOI, ‘Metafore giuridiche e finzioni’, *Rivista di diritto civile* II (2005), p. 7.

⁵⁹ On the relationship between intelligence and human thought (non-exhaustively), see STEPHEN JAY GOULD, *The Mismeasure of Man* (1996); Douglas R. Hofstadter, *Gödel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid. A Metaphorical Fugue on Minds and Machines in the Spirit of Lewis Carroll* (1990). Approximately seventy definitions of intelligence have been proposed: E. FAST and E. HORVITZ, ‘Long-Term Trends in the Public Perception of Artificial Intelligence’, *Proceedings of the AAAI Conference on Artificial Intelligence* (2017). Similarly, with regard to law: R. MARTINEZ, ‘Artificial Intelligence: Distinguishing Between Types and Definitions’, *Nevada Law Journal* XIX (2019), p. 1015.

⁶⁰ For a non-exhaustive historical reconstruction of the possibility of mechanising and reproducing human thought, with reference to Aristotele, Descartes and Leibniz, see Francesco Romeo, *Lezioni di logica ed informatica giuridica* (2012),

Nonetheless, as already noted, Turing and McCarthy (n. 48), in questioning whether a machine could be said to be “intelligent”, formulated a behaviourist perspective centred not on internal cognitive processes, which are unintelligible and unclassifiable, but on observable outcomes⁶¹. Intelligence, in this view, is measured in performance: an emulation of organic doing that, in empirical reality, displays a strong analogy with *agere humanum*,⁶² while remaining, at the cognitive level, devoid of any procedural identity with it.⁶³ The question becomes not whether intellect can be reproduced in itself,⁶⁴ but whether its results can be functionally emulated in concrete applications.⁶⁵

Moreover, even if intelligence (as a species of thought) could be entirely computed in symbolic terms, the expression artificial intelligence would retain an oxymoronic character.⁶⁶ The unease it generates is ultimately anthropomorphic: who is intelligent – the machine, the human, or both?⁶⁷

p. 12; HENRY KISSINGER *et al.*, *Artificial Intelligence, Hope, and the Human Spirit*, ch. II; M. GABRIELLI, ‘From Logic to Deep Learning: A Brief Reflection on Artificial Intelligence’, in U. RUFFOLO (ed.), *Lezioni di diritto dell’intelligenza artificiale* (2020), p. 20.

⁶¹ F. FOSSA, ‘Fare e funzionare’, *Circolo VI* (2018), pp. 81-83.

⁶² S. CRAFA, ‘Artificial Intelligence and Human Dialogue’, *Journal of Ethics and Legal Technologies I* (2019), p. 44.

A. ROSENBLUETH, N. WIENER and J. BIGELOW, ‘Behaviour, Purpose and Teleology’, *Philosophy of Science X* (1943), p. 22.

⁶³ P. MORO, ‘Algoritmi e pensiero giuridico’, *MediaLaws II* (2019), p. 19.

⁶⁴ The machine, indeed, may be regarded as a socio-economic agent, but not as a moral, ethical, or sentient one, at least from a cognitivist perspective: F. VIOLA, ‘Neuroscienze e diritto naturale’, *Rivista di filosofia del diritto* (2014), pp. 131-144. The cognitivist standpoint is emphasised because, from a behaviourist perspective, the machine may well exhibit conduct that appears to us (as sentient and conscious beings) to conform to moral standards. On this point, see § 10.

⁶⁵ D. MARCONI, ‘Perché ai filosofi non interessa più (molto) dell’intelligenza artificiale’, *Sistemi intelligenti* (2007), pp. 479-484.

⁶⁶ M. SCIACCA, ‘Algocrazia e sistema democratico’, *Contratto e impresa IV* (2022), pp. 1177-1178.

⁶⁷ L. PORTINALE, ‘Intelligenza artificiale: storia, progressi e sviluppi’, *MediaLaws III* (2021), p. 13.

This definitional ambiguity is not merely theoretical. An overly rigid conception risks narrowing the scope of the AIA's risk-based framework and compromising a functional-applicative hermeneutic.⁶⁸ In its earlier version, Art. 3(1) defined AI systems as

software developed with one or more of the techniques and approaches listed in Annex I.⁶⁹

In the version of 16 September 2022, however, the legislator shifted toward a functional definition.⁷⁰ Annex I was removed (its flexibility already ensured through delegation mechanisms - Arts 4 and 74), and the main operational architectures – symbolic systems and machine learning (including deep learning) – reported in descriptive terms in Recs 6a and 6b.⁷¹ The emphasis thus moved from what AI is to how it functions, and how it should be regulated in li-

⁶⁸ P. PERLINGIERI, 'Relazione conclusiva', in P. PERLINGIERI and L. RUGGERI (eds.), *Diritto privato comunitario*, vol. II (2008), pp. 393-399.

⁶⁹ Annex I contained a non-exhaustive catalogue of techniques: machine learning (in its three main paradigms), deep learning, natural language processing (NLP), Bayesian networks and Bayesian inference, among others.

⁷⁰ Other States likewise appear to be moving toward a functional definition of artificial intelligence, albeit through different regulatory approaches. In the United States, for example, the Artificial Intelligence Initiative Act of 2020 and the NIST AI Risk Management Framework of 2023 provide broad and flexible definitions, centred on systems' capacities to learn, adapt, and make decisions. Russia, by contrast, in Presidential Decree No. 490/2019 (*On the National Strategy for the Development of Artificial Intelligence*), adopts a more technical and structurally oriented definition, closely linked to objectives of security and state control; for the sake of accuracy, no official English translation of this instrument appears to be available. In China, the Provisional Measures for the Management of Generative Artificial Intelligence Services (2023) outline a functional notion of AI embedded within a markedly restrictive regulatory framework; also in this case, no official English translation of the text seems to be available. The United Kingdom, finally, in the White Paper A pro-innovation approach to AI regulation (2023), adopts a deliberately light-touch and pro-innovation approach, relying primarily on guidance rather than binding rules.

⁷¹ In fact, even in its previous version, Article 3 already privileged a functional definition, by qualifying as AI any software capable of generating outputs that influence the environments with which it interacts.

ght of the practical risks it generates.⁷² The objective is to prevent regulatory obsolescence: technological evolution cannot always be subsumed within static statutory categories.⁷³

Through this functional notion of technology, the European legislator appears to privilege an applicative hermeneutic that starts from the fact as the point of convergence between norm and reality.⁷⁴ In this way, it becomes possible to avoid the isolation from living law caused by purely taxonomic and lexical constructions, especially when accompanied by ambiguities such as the metaphor that still associates human intelligence with machine operativity in ordinary language, and whose true features, embodied in the symbols of neutrality and consciousness, will be examined in the following paragraph.⁷⁵

⁷² D. DISABATO, 'I sistemi di IA tra esigenze di tutela della persona e efficienza del mercato', *Teoria e prassi del diritto* I (2022), p. 205.

⁷³ On this point, the new Article 3 of the AI Act, as amended compared to the previous version, constructs a broad and functional notion of AI. In particular: the term "software" has been replaced by the notion of "system", which affords significantly greater interpretative latitude; there is now an explicit reference to autonomy, thus introducing a structural component capable of raising significant legal and epistemic issues (see infra § 7-8); the requirement that the system's tasks be supervised and corrected by human intervention at all stages of operation has been removed. With regard to this latter amendment, the European legislator appears to have sought to prevent potential loopholes in regulatory qualification and, correlatively, possible evasions of responsibility in relation to "unsupervised" learning systems which, under a formalistic interpretation, might previously have fallen outside the material scope of the AI Act, despite constituting, together with so-called reinforcement learning – one of the most advanced and complex families of techniques in contemporary AI. In the same vein, the Italian implementing legislation of the AI Act seems to reproduce in full the definition contained in the Regulation itself. On this point, see Article 2 of Law No. 132 of 23 September 2025 (*Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale*). As regards the methodological risk inherent in confining a dispositional concept within a rigid normative signifier, see Battaglini, 'Fairness', pp. 615-632.

⁷⁴ P. PERLINGIERI, 'Privacy digitale e protezione dei dati personali', *Foro napoletano* (2018), p. 481.

⁷⁵ Clearly, in assessing the riskiness of AI systems, although a functional approach may mitigate the risks inherent in a purely structural assessment (indeed, Annex III, which defines the relevant application areas, may be updated): A. BERTOLINI, *Le applicazioni* (n 53) 72. It nonetheless remains the case that, even where a

Finally, the adjective “artificial” deserves brief consideration. It has been argued that nothing in AI is truly artificial, since it is created by and inspired by human beings.⁷⁶ Yet while the association between intellect and machine remains conceptually fraught, artificiality – derived from latin *artificialis*, linked to human *ars* – poses no such paradox. Law, as a *superstructure*, must impose purposes upon a technology that is a means rather than an end, placed at the service of humankind; yet such technology may also reproduce the violence of those purposes. Human beings, indeed, are *deinón* and *tò deinótaton*: every human creation, every human *ars*, bears within itself the traces of this ambivalence.

5. If machine neutrality can be logically deconstructed (§ 3), it remains to be understood why common sense continues to subscribe to it or, more profoundly, to uncover its symbolic and normative force. This inquiry belongs to the systemic layer of CLA, which investigates the cultural and symbolic genealogy of dominant systems or theories.

From this perspective, the *will to power* that has shaped Western democracies reveals its infrastructural foundation in capitalist: the proponents of technological neutrality are, not by chance, the same actors who attribute the same quality to the market.⁷⁷ Within this cultural imprint – reinforced, in general, by cyber-libertarian ideology⁷⁸ – both public opinion and state authorities have tended to overestimate the democratic potential of digital technologies while underestimating their instrumental function in serving market logics.⁷⁹

given use context falls outside Annex III, the system’s operating modalities and technical architecture may constitute a significant indicator of risk and may prove extremely useful in understanding its concrete functioning and the types of problems these technologies may generate. On this point, see § 9.

⁷⁶ ANDREA SANTUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto* (Milano, 2019), p. 9.

⁷⁷ ZUBOFF, *The age of Surveillance Capitalism*, pp. 47-50.

⁷⁸ FRANK PASQUALE, *The Black Box Society* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2015).

⁷⁹ SCORZA, ‘In principio era Internet’, 14.

Thus, the latter, like AM, has managed to impose itself upon every aspect of human life:

every age has its own, divine type of naivete that other ages may envy.⁸⁰

The supposed impartiality of machines, and the parallel debate over their alleged consciousness, do not guarantee objectivity. Rather, they function rhetorically, legitimising new forms of cognitive and symbolic domination. This is particularly evident in the field of extracontractual liability.

The market exploits neutrality through a paradox. On the one hand, as seen, it has used neutrality as a label to consolidate its hegemony; on the other hand, while refraining from explicitly attributing *intelligere* to the machine (since this would compromise its neutrality), it has insisted on the necessity of culpability, causal determinism of action, and the search for individual rationality and morality as preconditions for responsibility.⁸¹ As socio-economic complexity intensifies, identifying the causal author of harm – and even more so a morally responsible agent – becomes nearly impossible.⁸² In this context, the subject who uses the machine up benefiting from the autonomy as a vector de-responsibilisation.

Neutrality and consciousness thus reveal their true symbolic power: a logic of ironic self-absolution: *not I, but the machine; she is at fault, or rather, her autonomy is such as to render me, the user, blameless*;⁸³ which, in the discriminatory phenomenon, reduces respon-

⁸⁰ F NIETZSCHE, *The religious charachtein* (n. 3) 53.

⁸¹ P. FEMIA, 'Discriminazione (divieto di)', in *Enciclopedia del diritto - Tematici - Contratto* (Milano: Giuffrè, 2021), p. 503. The liberal and subject-centred conception of social agency, as well as its inadequacy in the face of the growing complexity of the contemporary world, which significantly affects extracontractual liability and the corresponding "escape from responsibility", has already been discussed with regard to the necessity of its overcoming: Battaglini, 'Algorithmic Fairness', pp. 633-639.

⁸² STEFANO RODOTÀ, *Il problema della responsabilità* (Milano: Giuffrè, 1967), p. 33; P. PERLINGIERI, 'Le funzioni della responsabilità civile', *Rassegna di diritto civile* I (2011).

⁸³ E. BAFFI and D. NARDI, 'La disciplina delle attività pericolose in una pro-

sibility to the mere search for a material perpetrator (through indices and classificatory categories) or for an alleged unlawful motif.⁸⁴

Extracontractual liability should therefore be reconsidered. It ought not to be conceived as a moral judgment upon the agent's inner will, nor as rigidly dependent on a mechanical cause-effect nexus. Rather, it should function as an instrument for protecting the legal order in response to a discriminatory fact,⁸⁵ irrespective of subject intention.

Only from this standpoint can the practical equivalence between machine agency and human agency be acknowledged. What it means "to discriminate", in legally terms, thus remains an open question.⁸⁶ To believe that technological advancement alone can dissolve these dilemmas is merely a technophilic illusion-seductive, perhaps, but conceptually and normatively misleading.⁸⁷

6. There are three regulatory frameworks which, more directly than civil law, address discrimination. In general terms, legislation evaluates discriminatory conduct on the basis of three elements: (a) the existence of disadvantageous treatment suffered by an individual or group; (b) the presence of a legally protected characteristic constituting the causal basis of such treatment; and (c) the absence of reasonable justification.⁸⁸

spettiva di analisi economica del diritto', *Rivista critica di diritto privato* IV (2018), p. 539.

⁸⁴ J. KLEINBERG, 'Discrimination in the Age of Algorithms', *Journal of Legal Analysis* X (2019), p. 28; C.R. LAWRENCE III, 'The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism', *Stanford Law Review* XXXIX (1987), p. 317.

⁸⁵ A. MATURO, 'Self-Monitoring and the Pursuit of Healthiness...', *Italian Sociological Review* II (2014), p. 157.

⁸⁶ G. GOMETZ, 'Intelligenza artificiale, profilazione e nuove forme di discriminazione', in F. MANCUSO (ed.), *Ombre del diritto. Materiali dei seminari del PRIN 2017 "The Dark Side of Law"* (2019).

⁸⁷ EVGENIJ MOROZOV, *To Save Everything, Click Here: Technology, Solutionism...* (London: Allen Lane, 2013).

⁸⁸ On this point, with particular reference to elements (a) and (b) identified above, see Art. 2 of Dir. 2000/43/EC and Art. 2 of Dir. 2000/113/EC, as well as

On the basis of the first two elements, a first interpretative approach may be identified, of a formalistic-liberal, which regards protected indices and categories as a necessary condition for the configurability of discrimination: where no such index or categories are represented in a formal law, the conduct remains legally irrelevant.⁸⁹

However, confining discriminatory assessment to legislative acts and to the indices they provide, in the name of certainty and predictability through the technique of subsumption,⁹⁰ ignores the historical⁹¹ and functional⁹² contingency of such indices and categories and

Art. 43 of the Italian Consolidated Immigration Act (d.lgs. 25 July 1998, n 286). Dir. 2000/43/EC prohibits discrimination based on race or ethnic origin, in particular in the field of employment and occupation (Art. 3 Dir. 2000/43/EC). Dir. 2000/113/EC addresses discrimination based on sex in access to and supply of goods and services (see Art. 3 Dir. 2000/113/EC). Art. 43 of the Consolidated Immigration Act targets discrimination based on race, colour, descent, national or ethnic origin, as well as religious beliefs and practices, with regard to the equal enjoyment of fundamental rights in political, economic, social and cultural life and in other areas of public life. As regards element (c), reference should be made to Art. 2(2)(b) of both Directive, which define indirect discrimination and clarify that a difference in treatment does not constitute unlawful discrimination where it is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim is appropriate and necessary.

⁸⁹ KASPAR LIPPERT-RASMUSSEN, *Born Free and Equal? A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination* (Oxford: Oxford University Press, 2013), pp. 22-24. Following this approach: C. NARDOCCI, 'Artificial Intelligence-based Discrimination: Theoretical and Normative Responses', *DPCE Online* III (2020), p. 2357; KLEINBERG, 'Discrimination in the Age of Algorithms', pp. 6-9; D. MAFFEIS, 'Il diritto contrattuale antidiscriminatorio...', *Nuove leggi civili commentate* I (2015), p. 161.

⁹⁰ With regard to the relationship between liberal culture, subsumption, positivism, certainty, and predictability, reference may be made to the bibliography in BATTAGLINO, 'Algorithmic Fairness', pp. 616-628.

⁹¹ FEMIA, 'Discriminazione', pp. 505-521; J.F. ZUIDERVEEN BORGESIU, 'Strengthening Legal Protection Against Discrimination by Algorithms and Artificial Intelligence', *International Journal of Human Rights* XXIV (2020), pp. 1584-1586; R. POST, 'Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law', *California Law Review* LXXXVIII (1988), pp. 8-9; F. BAGENSTOS, 'Rational Discrimination, Accommodation, and the Politics of (Disability) Civil Rights', *Virginia Law Review* (2003), pp. 846-847.

⁹² Indices and categories are neutral instruments, not dogmas, and their scope depends on their practical application and on the justification supporting them. In this respect, one may think of the hypothesis of so-called positive discrimination or,

reveals a profound methodological limitation. A rigid etymological reconstruction and evaluation of *what is* discrimination risks imprisoning the integrative attributes of the person within a signifier and reducing legal situations to a closed normative structure. In this sense, the difficulty of subsuming discriminatory events within typified indices or classes translates into a denial of protection, insofar as the discriminated subject does not mirror the legally protected category.⁹³ Law, therefore, must indeed be broader than some formal sources, yet always narrower than human relations.⁹⁴

To avoid this drift, discrimination should be understood as a retrospective, contextual concept, open to *ex post* evaluation and independent of the structure producing it (whether norm, criterion, practice, machine or human agent). This implies a relational and multiform construction: processes, rules, or institutional arrangements may, in their concrete operation and against pre-existing social and economic conditions, generate treatment that is unjust in a broad sense. Although the modalities through which discrimination may occur are manifold, it is possible to identify a common factual core within which they manifest themselves.⁹⁵ From the factual circumstance, the interpreter may then balance interests through proportionality and reasonableness, assessing whether the conduct is objectively justified in context (Art. 2(b) of the aforementioned directives), independently both of the legislative typification, intention, or, even more so, the victim's culpability.⁹⁶

again, of certain situations that remain confined to the intimate and emotional sphere of individuals, devoid of any legal relevance. Consider, for instance, the case of a woman who refuses a man because he is too short or, conversely, too tall: J. GARDNER, 'On the Ground of Her Sex(uality)', *Oxford Journal of Legal Studies* XVIII (1998), p. 167.

⁹³ M. PENNASILICO, 'Legalità costituzionale e diritto civile', *Rassegna di diritto civile* III (2011), p. 842.

⁹⁴ JEAN CARBONNIER, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore* (Milano: Giuffrè, 1997), pp. 21-24.

⁹⁵ P. PERLINGIERI, 'Prassi, principio di legalità e scuole civilistiche', *Rassegna di diritto civile* IV (1984), p. 96.

⁹⁶ D.L. SMALL, 'Linguistic Profiling and the Law', *Stanford Law & Policy Review* XV (2004), p. 579.

From this perspective, even the distinction between direct and indirect discrimination – developed to address the absence of *animus discriminandi* – could be overcome.⁹⁷ Even the proponents of this distinction acknowledge the possibility of attributing discrimination where bias operates at an unconscious level,⁹⁸ hereby opening the door to *unnecessary sophisms*⁹⁹ that ignore the unity of the discriminatory fact and, as noted, favour de-responsibilisation.

A similar functional expansion may be envisaged within contractual liability, where causation and intent are framed within an obligatory relationship.¹⁰⁰ Yet, even in this case, liberal logic reveals its *will of power* through techniques of binarisation and confinement¹⁰¹: the contractual counterpart of legislative subsumption – it ends up treating as irrelevant everything that does not fall within a

⁹⁷ This would appear to be expressed in Article 2(2) of both of the Directives referred to above: H. STEEGE, ‘Algorithm-Based Discrimination by Using Artificial Intelligence...’, *European Journal of Law and Technology* (2021), pp. 60-61.

⁹⁸ S.S. SHIN, ‘Liability for Unconscious Discrimination? A Thought Experiment in the Theory of Employment Discrimination Law’, *Hastings Law Journal* LXII (2010), p. 67.

⁹⁹ FEMIA, ‘Discriminazione’, p. 503.

¹⁰⁰ In this context, reference is made to the doctrinal approach that equates the duty of performance with other obligations, recognising the application of the same regime of contractual liability to both: C. CASTRONOVO, ‘Obblighi di protezione’, *Enciclopedia giuridica Treccani* XX (1990); ID., ‘Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica’, *Europa e diritto privato* III (2020), p. 883; ID., *La responsabilità civile* (Milano: Giuffrè, 2020), p. 545.

¹⁰¹ P. FEMIA, ‘Desire for Text: Bridling the Divisional Strategy of Contract’, *Law & Contemporary Problems* II (2012), p. 151. According to this view, binarisation is the condition by which multilaterally complex social interaction is reduced to the iteration of two contracting parties; confinement, in turn, represents its functional corollary, whereby social relations are confined within what is deemed to be valid or invalid solely on the basis of what is contractually stipulated. Within this framework, anything that does not conform to contractual relativity, to the logic of party/third party, or more generally to a network of simple, confined, and binary units, remains excluded from the contractual sphere and thereby relegated to regulatory indifference within the cognitive operations of the contractual system. In this respect, within common law jurisdictions, the attribution of contractual liability to an act of will, or, more strongly, to the presence of consideration, beyond which lies only extracontractual liability, amounts to a form of binarisation.

formal act or a contract (understood in the classical sense)¹⁰² whereas whatever is included therein, provided that “consent” is present, automatically becomes valid: *qui dit contractuel dit juste*. Contractual liability is thus reduced to a residual category vis-à-vis tort,¹⁰³ while tort law is moralised through insistence on fault, causation, and the exceptional nature of strict liability.

Modern theory, however, has moved beyond identifying obligation with mere performance, recognising the plurality of duties inherent in relational structures. In this perspective, the “contractual” qualification of liability operates as a synecdoche: what is truly at stake is a conceptual shift from the paradigm of breach of the contract-as-act to that of breach of the obligation *tout court*.¹⁰⁴

We thus recognise the *same liberal logic of de-responsibilisation* operating in both regimes of liability. In the extracontractual sphere, one appeals to the elusive morality and intention of the agent, sometimes even resisting forms of strict liability that are treated as exceptional within a democratic legal order. Responsibility is displaced onto what is inward, intangible, and difficult to prove. When, by contrast, the *will to power* succeeds in formalising itself into legal

¹⁰² Liberal-oriented theories that exclude contractual liability when discrimination occurs “outside the contract” are grounded in a formal and static conception of contractual responsibility. Within such an ordinary configuration, certain cases would be excluded from the scope of liability due to the absence of the contract as a formal act and, even more so, due to the lack of performance as the constitutive core, as provided since the Roman-law tradition.: V. CUFFARO, ‘Responsabilità precontrattuale’, *Enciclopedia del diritto* XXXIX (1988), p. 1270.

¹⁰³ *Contra* C. CASTRONOVO, ‘La relazione come categoria essenziale dell’obbligazione e della responsabilità contrattuale’, *Europa e diritto privato* I (2011).

¹⁰⁴ It follows that contractual liability may also arise in the absence of a formal act, provided that an obligatory bond has been breached, the source of which does not necessarily coincide with the contract itself. For further discussion, G. BATTAGLINO and L. PANDOLFELLI, ‘Per una responsabilità contrattuale dei marketplace’, *Rivista critica di diritto privato* III (2025), pp. 369-385. Similarly, even in markedly liberal legal systems-albeit with a delay of approximately fifty years compared to German doctrine-the traditional individualistic conception of contract has been superseded in favour of a vision grounded in social solidarity, by virtue of which contractual liability may also be invoked beyond the traditional barriers of privity and consideration: EWOUDE H. HONDIUS, *Precontractual Liability* (Deventer: Kluwer, 1991), p. 5.

forms, no event – whether elusive or manifest – can be considered as a facts if it lies outside that form. What is not formalised is irrelevant: *Dura lex sed lex; pacta sunt servanda et pereat mundus*.

And if it is true that the market, like the state machine, responds only to functional forms,¹⁰⁵ it is equally true that form, along with its promise of certainty and calculability, can be imposed only by those who already possess the power to formalise. Law, by contrast, should remain attentive even where nothing appears measurable or computable. Otherwise, the person is reduced to a regulated *expectation*, entrusted to the hope that market or legislator – despite the pressures shaping their formalisation – will recognise interests beyond power itself. And it is upon this fragile expectation that Western democracy ultimately rests.¹⁰⁶

7. Before addressing discriminatory epistemic deficiency, it is necessary to clarify what is meant by ASI, reaffirming the exclusions indicated in § 3. The concern surrounding such systems does not lie in the presence or absence of consciousness, but rather in autonomy.¹⁰⁷ Certain systems, such as *probabilistic deep learning models*¹⁰⁸, acquire and update their outputs through “experience”, constructing decision-making based on an immense number of parameters that may render outcomes irreproducible and unpredictable¹⁰⁹: such incalculability is the mark of human being.¹¹⁰

A central factor of complexity lies in discriminatory epistemology¹¹¹, understood as the capacity to justify and render intelligible a

¹⁰⁵ NATALINO IRTI, *Nichilismo giuridico* (Roma, 2004), p. 103.

¹⁰⁶ HANS Kelsen, *I fondamenti della democrazia* (Bologna, 1966), pp. 168-170.

¹⁰⁷ V. PANT *et al.*, ‘Self-learning System for Personalized E-learning’, in *International Conference on Emerging Trends in Computing and Communication Technologies* (2017), p. 107.

¹⁰⁸ Z. GHAMRANI, ‘Probabilistic Machine Learning and Artificial Intelligence’, *Nature DXXI* (2015), p. 452.

¹⁰⁹ W. ZHAO *et al.*, ‘A Survey of Large Language Models’ (2023).

¹¹⁰ FEMIA, ‘Essere norma’, p. 68.

¹¹¹ Epistemic limits constitute a topic of intense debate in computer science and are mainly addressed through two distinct approaches: Explainable Artificial

decision to its addressee. From the behaviourist perspective previously outlined, an analogy may be drawn between mind and machine in terms of epistemic deficiency. In both forms of action, two shadow zones emerge: on the human side, cognitive states – often concealed, opaque, or unconscious – that obscure the causal background of the decision; on the side of autonomous systems, the presence of millions or billions of parameters and non-linear processes through which the decision is produced.¹¹² In the first case, the epistemic limit is rooted in human ontology; in the second, it is systemic and operational

This shared deficiency reproduces the paradox of intention. When discrimination is committed by a human agent, intention and unlawful motive remain in *interiore hominis*, and their inaccessibility complicates attribution. Likewise, the greater the autonomy of the system, the more its user will invoke that autonomy to evade responsibility. *Autonomy and unpredictability thus operate to the advantage of those who deploy such systems.*

Even within systemic opacity, one may discern a *will to power* aimed at escaping the *burden of motivation*¹¹³ whether by invoking trade secrecy to resist concrete explainability or by pleading ignorance of the parameters that generated the decision. Opacity, regardless of how is defined, always has a rationale and a genealogy, and therefore a legal relevance.¹¹⁴ It could emerge, for instance, when an operator deliberately opts for instruments whose advantages are bor-

Intelligence and formal verification techniques: W. SAMEK *et al.*, ‘Explainable Artificial Intelligence...’ (2017), arXiv:1708.08296; V. MONJEZI *et al.*, ‘Information-Theoretic Testing and Debugging of Fairness...’ (2023), arXiv:2304.04199. The former approach, in particular, aims to satisfy requirements of *ex post* explainability, since the systems under consideration, even when trained on high-quality datasets, may produce anomalous decisions. This phenomenon may be traced, for example, to reinforcement learning techniques that allow the system to update its inferences on the basis of new information, thereby emphasising correlations not foreseen at the design stage: T. LESORT *et al.*, ‘Understanding Continual Learning Settings with Data Distribution Drift Analysis’ (2022), arXiv:2104.01678.

¹¹² P. MORO, ‘Algoritmi e pensiero giuridico’, p. 19.

¹¹³ P. FEMIA, ‘Discriminazione’, p. 514.

¹¹⁴ J. BURRELL, ‘How the Machine “Thinks”: Understanding Opacity...’, *Big Data & Society* (2016), p. 4.

derline (e.g. bitcoin)¹¹⁵, thereby privileging economic gain over precaution and transforming opacity into a structural device of de-responsibilisation.

8. In order to avoid the problems generated by epistemic deficiency the *explainability* of machine decision-making should be guaranteed.

However, part of the doctrine, on the basis of the wording of the GDPR, denies the existence of a right to the explainability of automated decisions, thereby allowing business secrecy to prevail.¹¹⁶ This position has already been examined with regard to its contradictions and limits, and reference is therefore made to that analysis for a full rebuttal.¹¹⁷

¹¹⁵ One of the advantages of adopting such instruments, as compared with legal tender, lies in the possibility of enabling potentially autonomous electronic transactions: F. MAISTO, 'L'ingegnerizzazione finanziaria del contratto nell'economia globale...', *Il diritto degli affari* III (2023), p. 210.

¹¹⁶ S. WACHTER *et al.*, 'Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation', *International Data Privacy Law* VII (2017), p. 76. According to this view, the GDPR, in its wording, merely recognises a *Right to be Informed* about the *System's functionality*, and not about the specific decision, that is, the specific circumstances under which a given decision has been adopted. The reasons for such exclusion have been summarised as follow in Battaglini, 'Algorithmic Fairness', p.659: Rec. 71 is the only provision of the GDPR that refers to a right to concrete explainability. However, as it lacks binding force, it cannot be regarded as a normative basis. Arts 13(2)(f) and 14(2)(g), which regulate the information to be provided to the data subject, suggest that the GDPR confines explainability to general information about the system's functioning. The authors also identify a "timeline" problem, since the controller's notification cannot extend to post-decision explanations. Likewise, Art. 15(1)(h), governing the right of access, entitles the data subject only to information about the logic involved and the envisaged consequences, thus implying *ex ante* transparency rather than an explanation of specific decisions. Art. 22(3), addressing automated decision-making, does not establish a right to explanation either, but merely provides for the right to contest the decision. In their view, a genuine right to explanation would require an explicit legal basis; in the absence of such a provision, they argue that it cannot be inferred.

¹¹⁷ Part of the scholarship has recognised a right to explainability on the basis of Arts 13 and 14 AI Act, treating the latter, on this point, as a spin-off of the GDPR: B. PARENZO, 'Profilazione e discriminazione. Dal GDPR alla Proposta di

Moreover, even that doctrine, without any claim to theoretical absolutism, left open the possibility of grounding a right to explainability either in national legislation or in jurisprudential developments.¹¹⁸

For example, not only does part of Italian case law appear to support such recognition,¹¹⁹ but more recently the CJUE, in *D & B* (27 February 2024, Case C-203/22)¹²⁰ ruled both on the substantive

Regolamento sull'IA', *Tecnologie e diritto* I (2023), p. 124. The author further highlights the logical paradox of recognising a right to contestability under Art. 22(3) GDPR without first acknowledging its necessary premise, namely explainability. A different strand of scholarship has challenged this line of reasoning as flawed not only logically but also methodologically, to the point of qualifying it as a genuine fallacy: BATTAGLINO, 'Algorithmic Fairness', p. 661. For a discussion of the right to explainability under the AI Act, see § 9.

¹¹⁸ S. WACHTER *et al.*, 'Why a Right to Explanation', p. 1.

¹¹⁹ BATTAGLINO, 'Algorithmic Fairness', p. 661. It might nevertheless be argued that one swallow does not make a summer and that, although certain domestic courts have recognised such a legal position, this remains a minority view devoid of binding force. Yet, even in the absence of explicit legislative recognition – which, from a strictly positivist standpoint, would constitute the sole formal basis capable of grounding such a right – it is hardly surprising that, particularly at the remedial stage, much of EU legislation, including the GDPR and the AI Act, is permeated by safeguard clauses. These clauses reflect an awareness of the unpredictability of factual situations and of the interests that may emerge from them, notwithstanding the imperatives of certainty and uniformity. EU law, indeed, is a compromise-based legal order founded on powers *conferred* by the Member States (Arts 5 TEU). As such, it must preserve a margin of appreciation with respect to the core of each Member State's cultural identity-unity in diversity (Art. 4(2) TEU). On this point, see P. Perlingieri, 'Il rispetto dell'identità nazionale nel sistema italo-europeo', *Foro italiano* II (2014), p. 449. On public policy (*ordre public*) as a general clause operating as an internal limit to the safeguarding of a Member State's cultural identity, see G. PERLINGIERI and G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale* (Napoli: ESI, 2019), p. 29.

¹²⁰ CK was refused the conclusion or renewal of a EUR 10 monthly mobile contract following an automated creditworthiness assessment by Dun & Bradstreet Austria (D&B). She lodged a complaint before the Austrian Data Protection Authority, requesting meaningful information about the logic underlying the automated scoring. The Authority ordered D&B to disclose such information. D&B challenged the decision, invoking trade secret protection (Section 4(6) *Datenschutzgesetz*). By final judgment of 23 October 2019, the Federal Administrative Court held that D&B had infringed the GDPR by failing to provide sufficient ex-

scope of Articles 15(1)(h) and 22(3) GDPR and on their relationship, at least *prima facie* oxymoronic, with art. 2(1) Dir. (EU) 2016/943 on trade secrets.¹²¹

First, the Court interpreted the notion of ‘meaningful information about the logic involved’ under art. 15(1)(h) broadly, not limiting it to the mere operational logic of the algorithm, but extending it to any principle or parameter enabling the data subject to understand the outcome of the processing, including automated decision-making such as profiling (art. 22(1) GDPR). Read together with the transparency obligation under art. 12(1) GDPR and the information duties under articles 13(2)(f) and 14(2)(g) (paras 46-48), this requirement applies also to automated processes and directly concerns the intelligibility of the procedure. Information must be provided in clear, simple, intelligible, and easily accessible language and may be accompanied by *real, tangible examples* (para 45).

A right of access so construed operates in a functional and preparatory manner, as it constitutes the precondition for the exercise of other GDPR rights (including articles 16, 17, 18, 79 and 82: para 54) and, as anticipated by scholarship, for the effective exercise of the ri-

planations of the scoring system or to justify the alleged impossibility of doing so. The Vienna enforcement authority later refused to enforce that judgment, considering D&B compliant. CK contested that refusal before the Vienna Administrative Court, which appointed an expert to clarify the scope of the disclosure required. According to the expert, compliance with Art. 15(1)(h) GDPR required at least minimum disclosures (see following note) sufficient to verify the accuracy of the score.

¹²¹ In that context, the Vienna Administrative Court referred several questions to the Court of Justice concerning explainability in automated decision-making. It asked, first, what substantive requirements information under Art. 15(1)(h) GDPR must satisfy to be considered “meaningful”, and whether that notion should be interpreted broadly so as to enable the data subject to verify the accuracy of the score. Secondly, it questioned to what extent trade secrets may limit such disclosure, or whether the controller must in any event reveal the essential elements of the scoring system, thus requiring a balancing between the right of access and trade secret protection under Dir. 2016/943. Finally, it asked whether Section 4(6) DSG is compatible with Arts 15(1) and 22(3) GDPR read together. Although the proceedings were initially stayed pending the judgment in SCHUFA (Case C-634/21), the referring court maintained the reference, considering that SCHUFA had not resolved the issues raised, and the proceedings were accordingly reopened.

ght to contest automated decisions under art. 22(3) (paras. 55-56, as well as the *SCHUFA* judgment, para. 57).¹²²

As stated by the Court

from the examination of the purposes of the GDPR...thereof that the right to obtain ‘meaningful information about the logic involved’ in automated decision-making, within the meaning of that provision, must be understood as a right to an explanation of the procedure and principles actually applied in order to use, by automated means, the personal data of the data subject with a view to obtaining a specific result, such as a credit profile. In order to enable the data subject effectively to exercise the rights conferred on him or her by the GDPR and, in particular, Article 22(3) thereof, that explanation must be provided by means of relevant information and in a concise, transparent, intelligible and easily accessible form (para. 58).

Court adds that this obligation cannot be satisfied:

by the mere communication of a complex mathematical formula, such as an algorithm, or by the detailed description of all the steps in automated decision-making, since none of those would constitute a sufficiently concise and intelligible explanation (para. 59).

The complexity of the operations cannot justify refusing meaningful information. Where the controller invokes third-party data or trade secrets protected under Dir. 2016/943 (Art. 2(1)), the Court holds that this cannot ground an absolute refusal (para. 70). Any limitation must comply with Art. 23(1) GDPR and Recital 4, respecting the essence of fundamental rights and proportionality (para. 71). The Court thus rejects the automatic (*tyranny*)¹²³ prevalence of trade secrecy and requires a case-by-case balancing of interests, through a proportionate and reasonable assessment capable of accommodating the competing interests (para. 76).

¹²² In support of that position, Rec 71 (point 57) was also invoked, which – according to those denying a right to concrete explainability – falls outside binding law and remains merely programmatic (see n 116).

¹²³ G. BATTAGLINO, ‘Algorithmic Fairness’, pp. 645-649.

The judgment constitutes a paradigmatic example of the hermeneutic approach outlined here. It recognises a subjective legal position – the right to concrete explainability – going beyond a merely literal reading of the norm. The Court grounds this right not solely on the textual signifier (ambiguous and polysemous in itself)¹²⁴ but on a systematic interpretation of provisions, principles, and purposes. The decision thus contrasts with a strictly positivistic doctrinal approach which reconstructed legal positions exclusively on the basis of explicit normative recognition and argued that the GDPR:

lacks precise language as well as explicit and well-defined rights and safeguards against automated decision-making.¹²⁵

In addition, as already argued,¹²⁶ by leaving discretion to the national judge as to remedies, the Court, on the one hand, respects the cultural and value identity of the Member State and, on the other, acknowledges the unpredictability of concrete facts and interests that cannot be fully resolved in abstract.

Nevertheless, although the recognition of a concrete right to explainability, part of the scholarship attentive to the epistemological limits – particularly in the field of discrimination – has spoken of a *right to explanation without explainability*.¹²⁷ This expression denotes the risk that, even where contestation is formally guaranteed, the justificatory pathway or computational steps may remain unintelligible

¹²⁴ According to the Court, the breadth of the notion of “logic” in Art. 15(1)(h) GDPR already emerges from a comparison of the different language versions of the Regulation. The various linguistic texts reveal complementary nuances, some emphasising functionality and relevance, others qualitative significance. Such semantic plurality – reflecting both intelligibility and informational quality – confirms that the “logic involved” cannot be confined to the technical architecture of the algorithm, but extends to the procedures, criteria and principles governing automated processing (paras 40-42). Even at this level alone, the positivist assumption of the necessity of a single, clear, precise and coincident normative object within which the facts must be subsumed is undermined: textual clarity *does not constitute an immanent feature of linguistic formulation*.

¹²⁵ S. WACHTER *et al.*, ‘Why a Right to Explanation’, p. 1.

¹²⁶ See, note 119.

¹²⁷ B. PARENZO, ‘Profilazione e discriminazione’, p. 132.

due to intrinsic technical complexity, even for programmers or operators.¹²⁸

The danger is that formal recognition degenerates into merely nominal compliance, incapable of ensuring genuine understanding of algorithmic agency. Avoiding such an outcome requires reflection on which normative, interpretative, or technical instruments may render the right effective, preventing it from remaining a merely apparent form of protection.

9. With regard to this issue, the AIA, although seemingly paving the way for a legislative recognition of explainability, reveals significant ambiguities that cannot be resolved through a merely literal reading.

First, the Regulation does not directly regulate “explainability” but refers to it through the broader notion of transparency.¹²⁹ Such transparency, however, assumes central relevance only for high-risk systems,¹³⁰ that qualification, as shown, is constructed in functional, not structural, terms. Here a first paradox: although the functional notion allows the hermeneutic directives repeatedly emphasised (§ 4) to be valorised, the classification as high-risk nevertheless remains the precondition for the application of the transparency obligations. Yet risk is an intrinsic attribute of the system’s structure and cannot be assessed exclusively *ex post*, that is, only after the system has already been classified as high-risk.

¹²⁸ G. GOMETZ, ‘Intelligenza artificiale, profilazione e nuove forme di discriminazione’, p. 6.

¹²⁹ Rec 27 qualifies transparency as one of the ethical pillars of trustworthy AI, in line with the AI HLEG (2019), defining it as the development and use of AI systems in a manner that ensures traceability and explainability, makes individuals aware that they are interacting with AI, and duly informs deployers and affected persons of capabilities, limitations and rights. Transparency obligations are distributed across several provisions, notably Art. 13 for high-risk systems, with further technical specifications in Annex XII.

¹³⁰ The link between high-risk AI systems and transparency is reinforced by numerous recitals (9, 26, 27, 60, 66-68, 72, 74, 94, 101, 102, 104, 107, 131, 134, 135, 173, 174). Art. 1(2)(d) provides for ‘harmonised transparency rules for certain AI systems’, further developed in Art. 13 and Chapter IV.

Only when a system is classified as high-risk, it must comply with the transparency and intelligibility obligations expressly laid down by the AIA. Art. 13, in fact, does not merely concern abstract operational logic, but requires concrete explainability (Art. 13(1)). The instructions under para 3 (points *(iv)* and *(vii)*) confirm that relevant information must accompany the system so as to render outputs intelligible. A direct and unavoidable consequence follows: a structurally opaque system cannot be placed on the market, since it would expressly violate the obligations laid down in Article 13 as necessary conditions for conformity. In other words, structural opacity is not merely a technical limitation but an unlawful condition preventing access to the European market. Structural transparency is thus the precondition for concrete explainability: the AIA is not a mere spin-off of the GDPR but its technical-organisational presupposition, only a transparent-by-design system can generate explainability.

However, systems not formally classified as high-risk may still be structurally opaque.

Here, several hermeneutic solutions may be envisaged. A first option would consist in holding that, for the purposes of assessing risk, it is not sufficient to consider the system's function alone, however predominant, but that its structure must also be considered: *opacity would contribute to the qualification of risk*.¹³¹ The AIA seems to support this view by imposing transparency obligations also on general-purpose AI models, particularly generative models (Recitals 99 and 105)¹³² governed by an autonomous regime in Chapter V, precisely because their risk may be systemic and not confined to a single application domain (as the Narrow Ai), which are governed by an autonomous regime in Section V.¹³³

¹³¹ As regards risks connected with self-learning or opaque systems, see Cass civ 17 September 2020, No 19328 (Foroplus.it). Although concerning Art. 2050 Italian Civil Code (liability for dangerous activities), the decision is significant in recognising that a system's structure and operational modalities – including the use of a self-learning algorithm – may affect the assessment of dangerousness, confirming the legal relevance of opacity and autonomy.

¹³² The AI Act consistently distinguishes between 'AI systems' and 'general-purpose AI models' (GPAI) (Arts 1(1)(a), 1(2)(d), 3(47), 40(1)(5)).

¹³³ Chapter V is devoted to GPAI models. Art. 51 defines the criteria for classifying a model as a 'general-purpose AI model with systemic risk', referring to An-

Even if structural transparency were excluded from risk qualification, opacity must not become a shield of de-responsibilisation. On the contrary, the decision to employ an opaque system – whether as provider, deployer or intermediary – should aggravate the operator’s liability, according to objective logics. The more autonomous and opaque the system, the heavier the legal or economic burden on those who choose to use it. The opposite conclusion would legitimise a perverse drift whereby increasing opacity reduces responsibility.¹³⁴

To show how such hermeneutic imprinting may achieve these outcomes, it suffices to recall that the AIA regulates low-risk systems through a predominantly conventional strategy based on codes of conduct. The European legislator thus adopts a hybrid model of co-regulation: a vertical, top-down framework (applicable to high-risk systems and oriented toward uniform values) combined with a horizontal, bottom-up techno-architectural dimension. This choice stems from the awareness that, given the characteristics of AI technologies, the market¹³⁵ and the internet,¹³⁶ once the classical *nomos* of territo-

nex XIII. Section II of Chapter V (Arts 53-55) then specifies the obligations of providers, distinguishing between systemic-risk models (subject to enhanced obligations under Art. 55) and other GPAI models, which remain subject at least to the information duties in Art. 53, including technical transparency requirements under Annex VII.

¹³⁴ A not dissimilar logic has been identified in product liability: the state-of-the-art defence ultimately protects the manufacturer precisely where the risk is most incalculable or not fully knowable, thus shifting protection towards the injured when danger is less predictable. For a critical account, see Battaglini, ‘Per una responsabilità’, §§ 2-6, where the defence is challenged as intrinsically anachronistic and its overcoming is proposed either through the application of art. 2050 Italian Civil Code or through a functional and substantive re-reading of contractual liability. The same contribution highlights a paradox of the new Product Liability Dir. (Dir. (EU) 2024/2853): while significantly expanding its subjective (art. 8) and objective scope (art 4(1)(4)), it leaves the system of defences substantially intact (now art. 11). Combined with the objective of strong harmonisation (arts 2(4)(b), 7), and in contrast to the former safeguard clause (art. 13), this may facilitate an escape from liability along the product chain, especially where alternative regimes cannot be invoked.

¹³⁵ C. KAUFMAN, ‘The Law of International Commercial Transactions...’, *Harvard International Law Journal* XIX (1978).

¹³⁶ J. REIDENBERG, ‘Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology’, *Texas Law Review* LXXVI (1998), p. 553.

riality typical of nineteenth-century sovereignty has been eroded, formal law alone is no longer sufficient.¹³⁷

Leaving space to operators closer to the technical and functional core of these systems allows regulatory needs to emerge from practice, beyond what a purely top-down approach can anticipate.

A form of subsidiary co-normation thus arises, in which public authority and private autonomy necessarily interact,¹³⁸ because private actors are entrusted with managing opacity and transparency in non-high-risk systems, subsidiarity must be accompanied by supervision: technical complexity and functional unpredictability cannot become zones immune from accountability.

Accordingly, the risk linked to opaque systems must be reintegrated into the operator's sphere of liability.¹³⁹ Such a redistribution of risk, combined with a functional rethinking of contractual and non-contractual liability,¹⁴⁰ makes it possible to dismantle the de-re-

¹³⁷ P. LAGHI, 'L' "Architettura" del cyberspazio...', *Rassegna di diritto civile II* (2015), p. 471; NATALINO IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto* (Roma-Bari: Laterza, 2006).

¹³⁸ The principle of subsidiarity here functions as a connective element between normative powers: it enables private autonomy to exercise a regulatory role through codes of conduct and technical standards, while simultaneously requiring the State and the Union to supervise, guide and fix non-derogable value limits, so as to prevent autonomy from degenerating into opacity, de-responsibilisation or structural asymmetries. On subsidiarity and private power, see P. PERLINGIERI, 'La sussidiarietà nel diritto privato', *Rassegna di diritto civile II* (2016), p. 687.

¹³⁹ It is the entrepreneur – or, more broadly, the party benefiting from the deployment of the algorithmic system – who is best placed to bear its costs and assume the risks inherent in the use of opaque and autonomous technologies. This holds irrespective of fault, since that party alone decides what to produce, how to produce it, and which activity to pursue, and can therefore internalise and rationalise such risks within its organisational structure: P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva* (Milano: Giuffrè, 1961), pp. 36-41, 50; U. RUFFOLO, 'La responsabilità da artificial intelligence...', in U. RUFFOLO (ed.), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica* (Milano: Giuffrè, 2020), p. 106.

¹⁴⁰ It has been observed that both contractual and non-contractual liability (including its strict form) should be interpreted through economic categories that consider the rationality of the operator's choices and its control over risk. Each regime may operate not only as a deterrent but also as an efficient mechanism for allocating accident costs and ensuring *ex post* accountability of the economic actor:

sponsibilising effect of opacity: attention is no longer focused on the impossibility of penetrating the system's inner workings or identifying a material or moral causality, but rather on assessing the actual effects of the machine's decision and applying the most appropriate liability criterion, without the need for new legislative categories of responsibility or discrimination.¹⁴¹ This dismantles opacity as a de-responsibilising shield: instead of enabling *ex post* escape, it generates stronger *ex ante* incentives toward precaution and safety.¹⁴²

P. TRIMARCHI, 'Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale', *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (1970), p. 516.

¹⁴¹ On this need in the field of algorithmic discrimination: C. NARDOCCI, 'Artificial Intelligence-based Discrimination', pp. 2369-2372.

¹⁴² As regards the AI sector, the entire chain of actors involved in the design, integration and commercialisation of systems is aware of the limits and potential of the tools placed on the market; absent an adequate accountability framework, the costs of harm would inevitably fall on the public and, in this context, on victims of discrimination: P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, pp. 36-37; A. BERTOLINI, 'Le applicazioni dell'intelligenza artificiale proibite', p. 2637. The objection that such an allocation might hinder technological progress is unpersuasive. The point is rather to rationalise or redirect production methods towards a higher level of social safety, preventing social or systemic risk from being externalised onto the community. Entrepreneurial activity is grounded in expectations: the operator will weigh the cost of safety measures against the expected cost of liability and may rely on a lenient judicial assessment of diligence. A similar approach may be found in E. BAFFI and D. NARDI, 'La disciplina delle attività pericolose', *Rivista critica di diritto privato* (2018), pp. 552-553, where the authors distinguish between precautions that are verifiable by the court (precaution) and non-verifiable variables of the activity (technical complexity). They argue that, where technical progress allows the so-called residual bearers to be brought within the first category, fault-based liability may be adopted; conversely, where the variables of the activity are difficult to verify in judicial proceedings-as occurs with structurally complex and opaque AI systems-strict liability is preferable. As long as it is not possible to assess with sufficient precision the precautions to be adopted in carrying out the activity, strict liability remains the most adequate solution. It should nevertheless be noted that insufficiently precise and uniform *ex ante* regulation may generate problems in cost-benefit analysis, as already highlighted by law-and-economics scholarship: G. PONZANELLI, 'Regole economiche e principi giuridici', *Rivista critica di diritto privato* (1992), p. 551. According to part of the economic literature, the difference between fault-based liability and strict liability does not lie in inducing individuals to adopt an efficient level of precautions-since in both cases the injurer will tend to adopt them (subject to the confidence effect noted above)-but rather in the identity

Thus, even where structural transparency does not formally determine risk classification, a coherent hermeneutic approach can still ensure effective responsabilisation of those who choose – not always transparently – to employ and benefit from opaque systems.¹⁴³

10. *Who Benefits from Opacity? The Necessary Outcome of a Substantive and Multifactorial Approach to Discrimination. Returning to the Level of Myths and Metaphors: The Homunculus in Faust and the Hope of the Machine as a Moral Mentor.*

Nevertheless, in light of the epistemic problems outlined above, part of the scholarship on algorithmic discrimination relies on J. Kleinberg's thesis, according to which the use of potentially discriminatory machines produces a win-win situation. The reasoning is simple: in human decision-making, discriminatory intent or bias remains concealed in *interiore hominis*, whether conscious or not; by contrast, since the machine lacks intentionality and fear of sanction,

of the actor who determines those precautions. Under strict liability, the choice of precautions is made directly by the injurer, who is the party most interested in their adoption; in the case of AI systems, this should occur through codes of conduct, by means of which the economic operator autonomously selects, within a supervised regulatory framework, the level of safety deemed efficient. Under fault-based liability, by contrast, it is the legislator who predetermines the required measures, thereby depriving the operator of the possibility of modulating precautions according to the concrete structure and functioning of the system employed: G. CALABRESI, 'Optimal Deterrence and Accidents', *Yale Law Journal* LXXXIV (1975), p. 666; ID., 'The Decision for Accidents', *Harvard Law Review* LXXVIII (1965), pp. 714-716. The development and market access of SMEs and start-ups is moreover expressly considered by the AI Act, both among the innovation-support measures provided in Title V and among the objectives set out in Article 1(2)(g). From a perspective of risk and social-cost reduction, according to a loss-sharing strategy.

¹⁴³ Undoubtedly, theories grounding liability on the risk/profit nexus display a certain persuasive force and a solid applied genealogy in the field of entrepreneurial activity; however, they cannot provide a general justification in cases where profit is absent. Nevertheless, such an approach may be credited with an elliptical value as a justificatory criterion for certain common features of organised activities: in the vast majority of activities that produce and/or employ AI systems, the profit motive, or, in any event, the pursuit of economic, competitive or organisational advantages, is manifest. And all such advantages presuppose a choice and, with it, the risk that the operator is required to assume.

it can “reveal our own biases”¹⁴⁴ and disclose the parameters underlying a discriminatory outcome.¹⁴⁵ Hence the provocation: is it more difficult to penetrate the depths of the human psyche, or to navigate computational opacity?

Even the problem remains cultural.¹⁴⁶ If discrimination is assessed through a substantial and functional conception of liability, epistemic difficulties concerning intention, causation, or the formal relevance of protected indices become irrelevant to attribution. If, however, one persists in a liberal-formalistic framework, even when the discriminatory index emerges, the undertaking may argue that such index is not legally protected; and, failing that, it may invoke “machine autonomy”, even where opacity has been overcome and the parameters are disclosed

Kleinberg’s thesis may therefore be reinterpreted differently: the machine becomes a cultural mirror, revealing to the liberal jurist that, when faced with a non-subsumable index producing discriminatory effects, assessment must follow a multifactorial and functional logic rather than a rigid taxonomic paradigm – unless one wishes, even before clear evidence, to cling fideistically to method, forgetting that *discrimination is a matter of quality, not only of quantity*.¹⁴⁷

¹⁴⁴ By way of example, consider a bank excluding a candidate from recruitment due to a recruiter’s personal aversion toward the applicant’s football affiliation, although the latter had reasonably relied on being hired and could not foresee that such an extra-professional and irrelevant element would affect the decision. Likewise, an AI system, though devoid of hatred or intentionality, might identify a statistical correlation between alleged inefficiency and football preference (for instance inferred from a further correlation between sports affiliation and geographical residence), thereby excluding the candidate.

¹⁴⁵ J. KLEINBERG, ‘Discrimination in the Age of Algorithms’, p. 3.

¹⁴⁶ P. FEMIA, ‘Minus ut valeat: l’impossibilità di una regolazione giuridica metaculturale’, in S. GIOVA and P. PERLINGIERI (eds.), *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016* (Napoli: ESI, 2020), p. 357.

¹⁴⁷ P. FEMIA, ‘Discriminazione’, p. 520. On the applicability of contractual liability to discriminatory conduct, part of the literature confines a substantive-functional methodology to cases involving a public offer, where contractual autonomy may be limited by heteronomous safeguards: D. MAFFEIS, ‘Libertà contrattuale e divieto di discriminazione’, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* I (2008),

If one rejects this hermeneutic path, there remains the hope that the machine itself might act as a *Moral Mentor*:¹⁴⁸ an artificial entity reminding the interpreter that not everything certain, calculable and subsumable exhausts the domain of *ius*.

This warning echoes Goethe's Homunculus in Faust, the artificial being created in vitro by Wagner, the positivist scientist. It emerges in Wagner's demand for certainty:

No longer can uncertainty
Protract my tensest expectation¹⁴⁹

and in the Homunculus' exhortation:

You stay, you have most weighty things to do:
Old parchments to unroll and, as directed,

p. 409; D. MAFFEIS, 'Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti', *Nuove leggi civili commentate* I (2015), p. 163. Contra M. CIANCIMINO, 'La discriminazione contrattuale', *Diritto di famiglia e delle persone* II (2018), p. 677.

¹⁴⁸ As is clear, the perspective adopted here establishes an equivalence in a phenomenological-practical, rather than cognitivist, sense, according to which machines, as species tout court of agents, may display effects that can be interpreted by human entities as moral: F. FOSSA, 'Artificial Moral Agents: Moral Mentors or Sensible Tools?', *Ethics and Information Technology* XX (2018), pp. 2-3. Accordingly, within this domain of moral effectuality would fall *all entities* (whether or not endowed with consciousness and/or sentience) that are capable of generating *moral effects*: H. MOOR, 'The Nature, Importance, and Difficulty of Machine Ethics', *IEEE Intelligent Systems* XXI (2006), pp. 18-21. It is therefore from the evaluation or interpretation of these facts that their ethical or moral qualification follows: 'there are absolutely no moral phenomena, only a moral interpretation of the phenomena' (FRIEDRICH NIETZSCHE, 'Epigrams and Entr'actes', in *Beyond Good and Evil*, p. 64. On this equivalence, as functional to demonstrating the machine as a possible mediator of legal hermeneutics, see BATTAGLINO, 'Algorithmic Fairness', pp. 663-666.

¹⁴⁹ JOHANN WOLFGANG VON GOETHE, *Faust*, trans. Louis MacNeice (Oxford: Oxford University Press, 1959), p. 197. Typical attitude, this of someone who 'still prefer a handful of "certainty" to an entire wagonload of pretty possibilities. ...who would rather lie dying on an assured nothing than an uncertain something': FRIEDRICH NIETZSCHE, 'On the Prejudices of Philosophers', in *Beyond Good and Evil*, p. 11.

The elements of life to be collected
 And mixed with all the care you can apply.
 Consider the What, consider more the How¹⁵⁰

Even an artificial being¹⁵¹ comes to understand that knowledge (whatever that may mean) does not reduce to what is measurable or classifiable. Thus, the Homunculus abandons Wagner and follows Heinrich and Mephistopheles on the journey of *Sehnsucht* toward the *Classical Walpurgisnight*:

In the end we all depend, you know,
 On creatures of our own creation.¹⁵²

Therefore, a creature that is indeed artificial – bound to human *ars* – yet from which we may not only become *dependent*, but which may, at times, even come to dominate us:

finiamo sempre col farci signoreggiare (lord it over)
*da coloro che abbiamo noi stesso creati*¹⁵³

This hope, however, is a bitter one. Otherwise, the market will be able to deflect any demand by sheltering behind the formal ob-

¹⁵⁰ GOETHE, *Faust*, trans. LOUIS MACNEICE, p. 203. In another version, Johann Wolfgang von Goethe, *Faust*, trans. Giovanni Scalvini (Cogito, 2019), p. 212, where instead of the final line the text reads: ‘*non omettere di meditare sulle cause e più ancora sui mezzi*’. *Contra Friedrich Nietzsche, ‘On the Prejudices of Philosophers’, in Beyond Good and Evil*, p. 21 ‘we should use “cause” and “effect” only as pure concepts, which is to say as conventional fictions for the purpose of description and communication, not explanation. In the “in-itself” there is nothing like “causal association,” “necessity,” or “psychological un-freedom.” There, the “effect” does not follow “from the cause,” there is no rule of “law”. We are the ones who invented causation, succession, for-each-other, relativity, compulsion, numbers, law, freedom, grounds, purpose; and if we project and inscribe this symbol world onto things as an “in-itself,” then this is the way we have always done things... mythologically’.

¹⁵¹ GOETHE, *Faust*, trans. LOUIS MACNEICE, p. 199: ‘The cosmos hardly serves the natural kind/The artificial needs to be confined’. (Homunculus to Wagner).

¹⁵² GOETHE, *Faust*, trans. LOUIS MACNEICE, p. 203.

¹⁵³ GOETHE, *Faust*, trans. GIOVANNI SCALVINI, p. 213.

servance of the law, behind its alleged intrinsic logic and, ultimately, behind the operational complexity of technological systems: a verbal Demiurgy and a holocaust of truth in the name of rationality, the new philosopher's stone, merely because it can rely on the *testimony of the eyes and the fingers, visual evidence and material tangibility*:

has our eyes and our fingers as its allies, it has visual evidence and tangibility as its allies. This helped it to enchant, persuade, convince an age with a basically plebeian taste – indeed, it instinctively follows the canon of truth of the eternally popular sensualism. What is plain, what “explains”? Only what can be seen and felt... Where man has nothing more to see and grasp, he has nothing more to do;¹⁵⁴

and yet, as repeatedly argued, it would also possess the will to power to impose forms and purposes.

The individual, deprived of juridical consideration by a *will to power* that elevates law, logic and rationality into metaphysical faith, becomes structurally exposed before capitalist oligopoly. Reduced to an object of calculation and formal compliance, she is left without effective space for contestation or explanation. Like Ellison's protagonists before AM, she remains confined to silent suffering: *I have no mouth, and I must scream*.

Abstract

L'articolo esamina la discriminazione algoritmica attraverso un'ermeneutica di diritto civile fondata sull'analisi causale stratificata e arricchita da metafore letterarie tratte da “Non ho bocca e devo urlare” di Ellison e dal “Faust” di Goethe. Mette in discussione l'ideologia della neutralità tecno-

¹⁵⁴ *Contra* FRIEDRICH NIETZSCHE, ‘On the Prejudices of Philosophers’, in *Beyond Good and Evil*, pp. 15-16. Generally, on the relationship between scientist (c.d. *We scholars*) and philosophers see ID., ‘We Scholars’, in *Beyond Good and Evil*, p. 104 ‘Without a doubt: these coming philosophers will be least able to dispense with the qualities that distinguish the critic from the skeptic – qualities that are rather serious and by no means harmless. I mean: the certainty of value standards, the conscious implementation of a unity of method, a sly courage, a solitary stance, and capacity for responsibility’.

logica, sostenendo che l'intelligenza artificiale riproduce gerarchie socio-economiche consolidate e consente una de-responsabilizzazione sistemica. Adottando una prospettiva comportamentista, l'analisi privilegia la rilevanza giuridica degli effetti discriminatori osservabili rispetto alle indagini speculative sulla coscienza delle macchine. Attraverso una lettura critica del GDPR, dell'AI Act e della recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, l'articolo sottolinea l'importanza della spiegabilità, della trasparenza e della redistribuzione della responsabilità per i sistemi opachi. La figura dell'Homunculus come mentore morale simboleggia il ruolo ambivalente dell'IA, sia come strumento di dominio che come specchio epistemico, rivelando i limiti del formalismo liberale. L'articolo, in definitiva, propone una concezione funzionale e sostanziale di discriminazione e responsabilità, in grado di affrontare l'opacità, l'autonomia e la disuguaglianza strutturale nei processi decisionali automatizzati.

This article examines algorithmic discrimination through a civil law hermeneutic grounded in Causal Layered Analysis and enriched by literary metaphors drawn from Ellison's *I Have No Mouth, and I Must Scream* and Goethe's *Faust*. It challenges the ideology of technological neutrality, arguing that artificial intelligence reproduces entrenched socio-economic hierarchies and enables systemic de-responsibilisation. Adopting a behaviourist perspective, the analysis prioritises the legal relevance of observable discriminatory effects over speculative inquiries into machine consciousness. Through a critical reading of the GDPR, the AI Act, and recent CJEU case law, the article emphasises explainability, transparency, and the redistribution of liability for opaque systems. The figure of the Homunculus as Moral Mentor symbolises AI's ambivalent role as both instrument of domination and epistemic mirror, revealing the limits of liberal formalism. The article ultimately advocates a functional, substantive conception of discrimination and responsibility, capable of addressing opacity, autonomy, and structural inequality in automated decision-making.

GABRIELE CIVELLO

QUALCHE APPUNTO ANCORA SULLE APORIE DELL'IMPUTAZIONE PENALE COLPOSA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive e scelta del tema. – 2. La natura essenzialmente dialettica del diritto penale (e del diritto in generale). – 3. (*Segue*) Quattro “fronti dialettici” del diritto. – 4. Dialettica e aporie della imputazione penale colposa. – 5. Colpa generica *vs.* colpa specifica. – 6. Il problema processuale: la contestazione colposa. – 7. Le tensioni dialettiche tra responsabilità colposa e principio di legalità. – 8. Il problema delle “linee-guida” e dei protocolli, tra astratto e concreto. – 9. La dialettica tra principio di affidamento e autoresponsabilità. – 10. Prevedibilità ed evitabilità: la dialettica tra agente concreto e “agente modello”. – 11. Conclusioni interlocutorie.

1. Il tema della *colpa* nel diritto penale mi ha da sempre affascinato e invitato allo studio, per un motivo particolare: come noto, tutta la dottrina penalistica tradizionale – compresi i nostri studi universitari – è stata perlopiù costruita prendendo a modello il reato *monosoggettivo, doloso, di danno, di natura commissiva* e per di più *comune* (per antonomasia, l'omicidio volontario commissivo, che può essere commesso da chiunque, senza ruoli o funzioni particolari). Su questo paradigma vengono, di solito, studiati e trasmessi i concetti di soggetto attivo e soggetto passivo, condotta, nesso di causalità, evento, elemento psicologico, tentativo, concorso di persone, e così via.

Negli ultimi decenni, invece, è come se fosse stata in qualche modo *ribaltata la clessidra* della sistematica penale, e questo non per motivi arbitrari ma sulla scorta di un decisivo mutamento della prassi: in effetti, i più importanti processi penali degli ultimi decenni hanno riguardato soprattutto fatti di reato *colposi*, spesso con una vasta pluralità di imputati in concorso o cooperazione tra loro (reati

plurisoggettivi, dunque), delitti spesso di *pericolo* prima che di *danno* (pensiamo, ad es., al disastro colposo o ai reati colposi contro l'ambiente), che consistono perlopiù in condotte puramente *omissive*, connesse a peculiari *qualifiche soggettive*, doveri di *status*, ruoli o funzioni ben determinati (il garante “privato” come il datore di lavoro; il medico, il pubblico amministratore, l'operatore di protezione civile, etc.). Pensiamo ai grandi processi sull'alluvione di Sarno, il terremoto dell'Aquila, la strage ferroviaria di Viareggio, o ancora la valanga di Rigopiano, il ponte Morandi, e così via.

Ora, se il diritto penale tradizionale, come dicevo, era costruito sul modello del delitto doloso o “secondo l'intenzione”, il diritto penale cosiddetto “post-moderno” o della *società del rischio* vede sempre di più al proprio centro il delitto *colposo*¹ o “contro l'intenzione”, come recita tutt'oggi l'art. 43 c.p.: è, quindi, il delitto colposo uno dei fronti di maggiore espansione della nostra disciplina attuale (emblematicamente, nell'ambito della *colpa di organizzazione* nelle persone giuridiche), insieme ai problemi del reato omissivo e della cooperazione colposa², vere *croci e delizie* per i penalisti contemporanei, tanto da condurre persino alla conclusione per la quale «chi non approfondisce causalità, omissione e colpa non può capire il diritto penale contemporaneo»³.

È questo sostanzialmente il motivo per il quale ho pensato di dedicare due delle mie tre monografie al tema della colpa penale,

¹ Come noto, la *centralità della colpa* – e, più in generale, del concetto di *rischio* – nel quadrante della responsabilità penale viene, altresì, evidenziata da quelle teoriche che vedono la colpa quale “primo gradino” della imputazione penale anche negli stessi reati dolosi e preterintenzionali (secondo la tradizionale tesi del *non c'è dolo senza colpa*). Di recente, l'idea di una «*colpa prima del dolo*» è stata scandagliata nel monumentale trattato di M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, vol. II, Milano, 2026, 896 ss.

² Quanto alle opere monografiche degli ultimi anni, cfr. G. LOSAPPIO, *Plurisoggettività eventuale colposa*, Bari, 2012; L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale negli organi collegiali. Il reato funzionalmente plurisoggettivo*, Bergamo, 2021; A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa, 2022; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino, 2023; G. MINICUCCI, *La plurisoggettività nell'agire colposo. Una rilettura in chiave normativa*, Pisa, 2025; A. PROVERA, *L'intreccio e la successione delle posizioni di garanzia nel diritto penale*, Torino, 2025.

³ M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, vol. II, cit., 898.

sotto un duplice aspetto: il primo libro, del 2013, si intitola *La "colpa eventuale" nella società del rischio*⁴ e parte proprio dal celebre e drammatico caso del terremoto dell'Aquila e il successivo processo penale contro gli scienziati e i membri della "Commissione Grandi Rischi"; la seconda monografia del 2017 riguarda, invece, il c.d. "principio di autoresponsabilità" – in latino: *sibi imputet* – nel diritto penale⁵.

Si tratta di due libri che vorrebbero essere in qualche modo "complementari", perché osservano il problema della *imputazione colposa* quasi da due angoli visuali opposti: nel primo testo, ho cercato di esaminare la colpa dell'*autore* del reato, cioè del *soggetto attivo* che ha commesso il fatto colposo, criticando l'eccessiva espansione della responsabilità colposa nel diritto penale contemporaneo⁶; nella seconda monografia, risalendo dalla direzione opposta, ho studiato la possibile "colpa" – se di *colpa* si può ancora parlare – della *vittima* o *soggetto passivo* del reato, quasi seguendo quel detto di Eraclito per il quale *La via in salita e la via in discesa sono una sola e la stessa strada* (fr. 60).

In effetti, la c.d. "autoresponsabilità" – di cui peraltro si è occupata qui a Cagliari la prof.ssa Valeria Caredda in numerosi lavori di diritto civile⁷ – è un altro tema, io credo, attualissimo. Infatti, il di-

⁴ G. CIVELLO, *La "colpa eventuale" nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e "verità soggettiva" della colpa*, Torino, 2013. Le principali monografie sul tema della colpa penale in generale degli ultimi anni – escluse, dunque, le monografie su singoli aspetti (colpa medica, colpa ambientale, colpa *in re illicita*, colpa per assunzione, etc.) – sono G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, *passim*; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009; D. FALCINELLI, *Il disegno penale della colpa umana*, Pisa, 2020. Nell'ambito dell'insegnamento cagliaritano, desidero ricordare la trattazione contenuta in G. COCCO, E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Il reato*, in *Trattato breve di diritto penale*, III ed., Padova, 2024, 322 ss.

⁵ G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2017; cfr. ID., voce *Autoresponsabilità*, in *Dig. disc. pen.*, IX agg., Torino, 2016, 102.

⁶ Per una panoramica sulla più recente giurisprudenza di legittimità della Suprema Corte, cfr. S. DOVERE, voce *Giurisprudenza della Corte suprema sulla colpa*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, in *Enc. dir. - I tematici*, Milano, 2021, 579 ss.

⁷ Cfr. soprattutto la monografia V. CAREDDA, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Torino, 2004, *passim*, nonché ID., *Concorso del fatto colposo del creditore*

ritto penale contemporaneo, come sappiamo, anche sulla spinta di numerose fonti giuridiche sovranazionali e internazionali, è sempre più un diritto c.d. *vittimocentrico*, che cioè mette al centro del sistema penale non più l'autore del reato bensì la vittima. Ora, in un diritto penale "equilibrato", vittima e soggetto agente dovrebbero avere una posizione quantomeno paritaria nella sistematica del reato. Invece, se si esaspera oltremodo la posizione della vittima come "fulcro" – potremmo dire, *totem* simbolico – del diritto penale, a questo punto diventa quasi un *tabù* l'idea che il danno o il pericolo per il bene giuridico possa essere ricondotto ad un'azione od omissione "irregolare" della vittima stessa, sia esso il lavoratore infortunato, il ciclista di un sinistro stradale o un paziente negligente. Eppure, come insegnano i romanisti, tutto il nostro diritto occidentale fin dalla antichità si era retto e si regge ancora sul principio di *autore-sponsabilità* del danneggiato (celebre la *quod-quis-Regel* di Pomponio contenuta in D. 50.17.203⁸), oggi tradotto nel codice civile all'art. 1227 c.c. (ricordo solo le autorevoli considerazioni spese, sul punto, da Emilio Betti nel *Diritto romano* del 1935⁹, nonché la splendida voce *Autoresponsabilità* di Salvatore Pugliatti, pubblicata nell'*Enciclopedia del diritto* Giuffrè del 1959¹⁰).

Dopo questi due studi sulla colpa, ho pensato di approfondire alcuni aspetti più settoriali sempre collegati alla materia: in partico-

(art. 1227 c.c.), II ed., in *Il codice Civile - Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli e G. Ponzanelli, Milano, 2020, *passim*.

⁸ (Pomp. 8 ad Q.M.) D. 50.17.203: «*Quod [si] quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*».

⁹ E. BETTI, *Diritto Romano, I. Parte Generale*, Padova, 1935, 412: «Si tratta, dunque, di questo: che se qualcuno è causa del proprio male, non può riversarlo sopra un altro, ma deve necessariamente sopportarlo, senza che vi sia rimedio. In ciò consiste l'autoresponsabilità privata. Il fenomeno è precisamente l'inverso di quello cui assistiamo quando si fa luogo alla sanzione di un torto, almeno allorché si tratti di una sanzione riparatoria: qui la vittima del torto ha proprio il diritto di riversare sul colpevole il pregiudizio illegittimo che ne è conseguenza [...]. Non vi è, fra le due situazioni, se non questo tratto comune: che il male ricade su chi ne è causa; vale a dire: la imputabilità del fatto è decisiva per la messa a carico delle sue conseguenze».

¹⁰ S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 452 ss.

lare, la colpa nei reati *ambientali* nel 2018¹¹ e una voce sulla colpa *medica* dello stesso anno per il *Digesto delle discipline penalistiche* (UTET)¹².

Da ultimo, nel 2021, ho avuto l'onore di partecipare ad un volume tematico della *Enciclopedia del diritto* della Giuffrè sul *Reato colposo* in generale, volume diretto da Massimo Donini dell'Università "Sapienza" di Roma, ma al quale hanno cooperato direi *coralmente* quasi tutti gli studiosi del tema della colpa, provenienti dalle più disparate scuole penalistiche italiane¹³.

Dopo oltre dieci anni di ricerche – nel corso dei quali ho cercato, ovviamente, di applicarmi anche ad altri temi di parte generale e speciale, compresa la terza monografia sul nuovo delitto di *autoriciclaggio* –, ho allora pensato di dedicare nella presente sede alcune parole al tema della *responsabilità penale colposa*, che tutt'oggi rappresenta un fronte aperto, ancora ricco di interrogativi teorici e applicativi non sempre risolti in modo definitivo.

2. Vorrei partire da una premessa di carattere quasi *logico-metodologico*, che presenta – a mio sommesso avviso – una grande importanza anche e soprattutto per lo studio dell'illecito penale colposo.

Il diritto penale – come io credo, più in generale, ogni altro settore del diritto – è un sapere essenzialmente *dialettico*¹⁴, poiché ha ad

¹¹ G. CIVELLO, *Delitti colposi contro l'ambiente*, in L. CORNACCHIA, N. PISANI (a cura di), *La tutela dell'ambiente nel Testo Unico ambientale e nel Codice Penale*, Bologna, 2018, 187-206.

¹² G. CIVELLO, voce *Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Decima appendice di aggiornamento, Torino, 700-725.

¹³ G. CIVELLO, voce *Prevedibilità e reato colposo*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, in *Enc. dir. - I tematici*, cit., 1004-1027.

¹⁴ Un compiuto approfondimento sulla natura dialettica del diritto richiederebbe un più ampio studio dei più importanti pensatori dialettici del pensiero occidentale, e in particolare Platone, Aristotele, Sant'Agostino, San Tommaso d'Aquino e Hegel, nonché di tutti i loro successivi cultori ed epigoni. Si tratta di uno studio di *metafisica, logica, etica, politica e retorica* che devo ancora portare a compimento; pertanto le presenti riflessioni hanno natura solamente preparatoria e propedeutica a future ricerche sul punto. Per l'analisi della natura essenzialmente *dialettica* del-

oggetto l'azione individuale e sociale dell'uomo (*praxis*) la quale è, per definizione, mutevole, contingente e tendenzialmente libera; qualcuno in passato ha usato l'aggettivo *problematico* per definire il sapere giuridico in generale, ma si tratta di un termine che può dare luogo ad equivoci perché, se viene estremizzato, esso può dare l'idea di una disciplina che faccia affiorare solo *problemi*, quesiti e domande quasi in modo *relativistico* e *scettico*, senza tentare davvero di risolvere gli stessi e, in definitiva, di dare una risposta – per quanto interlocutoria e provvisoria – a queste domande.

Anche *dialettico*, seppur in misura inferiore, è un aggettivo che può essere in qualche modo frainteso, come se il diritto fosse un sapere in cui semplicemente “si dialoga” e ci si confronta tra varie posizioni tutte assolutamente indifferenti ed equipollenti. Non è questa, però, l'accezione di *dialettica* a cui mi riferisco, perché la *dialetticità* del diritto – io credo – dovrebbe sempre comportare, quantomeno in via tendenziale, il raggiungimento di una “piattaforma” concettuale e interpretativa non puramente individuale e “solipsistica”, ma *pubblicamente verificabile*, cioè sostenuta da argomenti razionali condivisi, anche se sempre interinali e in ogni momento ri-discutibili.

3. Ora, per mettere in luce l'intrinseca *dialetticità* dell'esperienza giuridica in generale, e dell'esperienza penalistica in particolare, si può fare riferimento ad alcune *costanti* che sembrano con-

l'esperienza giuridica, in particolare, mi ispirò sommessamente a tre Maestri del diritto da cui ho avuto il privilegio di imparare molto: in ordine di tempo, il patavino Francesco GENTILE (1936-2009), figlio di Marino GENTILE (1906-1991), profondo conoscitore e propagatore del pensiero platonico, allievo patavino di Enrico OPPOCHER (1914-2004) e dunque, indirettamente, dell'originalissimo genio di Giuseppe CAPOGRASSI (1889-1956), padre nobile della dottrina della c.d. “esperienza giuridica”. Inoltre, Mauro RONCO – allievo torinese di Marcello GALLO (1924-2023) – che ha insegnato all'Università di Cagliari dal 1986 al 1989, da sempre impegnato nella difficile quanto doverosa conciliazione *realistica e dialettica* tra fatto e valore, tra norme e realtà, tra persona e comunità. Infine, la brillante scuola gius-filosofica di stampo aristotelico-tomista diretta dal giurista argentino Félix Adolfo LAMAS SR. (1944-2026), recentemente scomparso, nonché dai suoi allievi Daniel Herrera, Daniel Alioto, Julio Esteban Lalanne e Lucila Adriana Bossini. Ho preso a piene mani dalle loro opere e dalle loro investigazioni, che non citerò a piè di pagina solo per ragioni di economia espositiva.

traddistinguere – sostanzialmente in ogni tempo e in ogni luogo – *l'esperienza del diritto*¹⁵; nella presente sede, vorrei evidenziare almeno *quattro* fondamentali caratteristiche *dialettiche* del fenomeno giuridico:

i) il diritto è anzitutto *dialettico* – e, quindi, come dice la parola stessa, *dialogico* – perché, a differenza di una certa etica o di una certa religione, non è mai un fenomeno puramente interiore, individuale, *solipsistico*, ma vede sempre la presenza di almeno due o più “protagonisti” e concerne solamente le *interazioni intersoggettive sociali* ed empiricamente afferrabili: nel diritto civile, ci sono sempre un creditore e un debitore che si confrontano o si contrappongono, un danneggiante e un danneggiato, un fondo servente e un fondo dominante, un venditore e un acquirente, e così via; nel diritto processuale – pensiamo solo alla centralità del *principio del contraddittorio!* – c'è sempre un attore e un convenuto, un pubblico ministero e un imputato, e così via (alcuni problemi dà poi il rapporto tra vittima, danneggiato e altre parti del processo penale). Nel diritto penale, vi è sempre un soggetto agente e una vittima: quest'ultima si identifica, talvolta, con una persona fisica o una persona giuridica; altre volte, “vittima” è tutta la comunità, la società o persino lo Stato-apparato (ad esempio, nei delitti contro la personalità dello Stato).

Quindi, il diritto è, anzitutto, *dialettico* perché è relazionale, attiene ad una relazione, è *esso stesso relazione* (Dante Alighieri, nel *De monarchia*, disse: «*ius est realis et personalis hominis ad hominem proportio*»¹⁶), *proportio* che vede almeno due o più soggetti dialogare, dare due visioni e due versioni dei fatti o dei diritti (oggettivi e soggettivi) in gioco.

Il diritto penale, sia sostanziale sia processuale, ha poi questa peculiare caratteristica, e cioè che una delle due “parti in gioco” è una parte *pubblica*, che rappresenta sostanzialmente la comunità, la collettività, la società, di cui lo Stato assume la difesa sussidiaria per il tra-

¹⁵ Cosa sia l'“esperienza” umana in generale (ἐμπειρία) – prima e a prescindere dall'esperienza giuridica – rappresenta un interrogativo al quale non sono in grado di rispondere in questa sede, pur trattandosi di un tema epistemologico evidentemente fondativo e preliminare.

¹⁶ D. ALIGHIERI, *De Monarchia*, Libro II, Cap. V.

mite dell'autorità giudiziaria (sul punto, si pensi alla tradizionale dialettica tra la *parte* e il *tutto*, tra il singolo cittadino, i corpi intermedi e la comunità nella sua interezza); e questo aspetto emerge, ovviamente, in modo evidente anche nella responsabilità penale colposa;

ii) in secondo luogo, il diritto è un fenomeno essenzialmente *dialettico* in quanto non è un sapere per così dire “statico” e unilaterale, solamente astratto o solamente concreto, ma si gioca tutto sulla *sintesi dialettica*, sul cosiddetto bilanciamento o contemperamento, ad esempio, tra fatto e norme (o fatto e valore), tra regole generali e astratte e comportamenti o vicende concrete dell'uomo, tra dimensione naturalistico-descrittiva e dimensione normativa, ascrittiva e deontologica: anche questo lo rende estremamente *dialettico*, nel senso che nessun contratto, nessuna legge, nessun provvedimento amministrativo, nessuna sentenza penale potrà mai essere ragionevolmente redatta o emessa *staticamente*, cioè guardando solo alle regole astratte e solo ai principi generali oppure, all'opposto, mirando alla sola vicenda storica e fattuale (la c.d. “fattispecie concreta”). Nel diritto, dunque, *astratto e concreto, generale e particolare*, devono sempre dialogare *dinamicamente*: e a breve cercherò di darne qualche esempio in materia di colpa;

iii) terza caratteristica *dialettico-giuridica*: il diritto ha sempre essenzialmente a che fare non solo con aspetti puramente quantitativi come il *quantum debeat* nel diritto civile o la commisurazione della pena nel penale, ma, prima ancora, con aspetti qualitativi e per così dire *dicotomici*, come il c.d. *an debeat*: parliamo della oscillazione dicotomica – secondo la logica *aut/aut* – tra giusto e ingiusto, lecito e illecito, facoltizzato e vietato. Cosa c'è, ad esempio, di più “dialettico” dell'accertamento di una eventuale scriminante come la legittima difesa o lo stato di necessità, in cui è necessario realizzare un complesso e spesso delicato *bilanciamento* tra diritti e interessi in gioco, di natura individuale e anche comunitaria? Ma pensiamo ancora alla fondamentale dialettica tra regola *generale* ed *eccezioni* particolari (il tema della *equità* di Aristotele e di Cicerone): non c'è ramo del diritto che non veda la continua oscillazione tra regole generali, deroghe ed eccezioni¹⁷;

¹⁷ Cfr. F. GIUNTA, *L'eccezione come regola nel diritto penale. Metamorfosi di un paradigma*, Milano, 2023, *passim*.

iv) infine, l'ultima caratteristica collegata alle precedenti, che dà davvero la cifra della natura intrinsecamente dialettica del diritto, è di tipo *metodologico*, quasi *epistemologico*: proprio in quanto l'esperienza giuridica è fatta delle continue "oscillazioni" che ho brevemente tratteggiato (astratto/concreto, fatto/valore, stabilità/mutevolezza, attore/convenuto, giusto/ingiusto, regola/eccezione, etc.), il modo di procedere e il modo di argomentare tipico dei giuristi non è quasi mai apodittico e dogmatico (salvo che per alcune "verità fondamentali" che guidano lo stesso diritto in modo *architetonico*, come l'uguaglianza, la dignità umana, il principio di legalità, e così via); si tratta di un ragionamento, quello giuridico, che perlopiù non ha carattere di certezza e di incontrovertibilità, a differenza di altri saperi logici, matematici, geometrici ed "esatti".

Il più delle volte, il ragionamento giuridico deve "accontentarsi" – in modo del tutto fisiologico e ineludibile – di essere meramente *probabile*, verosimile, ragionevole, plausibile, come già il pensiero antico aveva dimostrato (pensiamo ai *Topici* di Aristotele e alle opere retoriche di Cicerone; nel pensiero moderno, rammentiamo Giambattista Vico; nel pensiero contemporaneo, Hans-Georg Gadamer, Theodor Viehweg e Chaïm Perelman).

Tuttavia – va immediatamente precisato, a scanso di equivoci – il diritto non è per questo un "pensiero debole", scettico, relativistico o un *soft law* come si usa dire oggi, perché la *prudentia iuris* è sempre una forma di *pensiero logico-razionale* e, soprattutto nel diritto penale, è una prudenza indefettibilmente sottoposta al dettato della legge (che è, anch'essa, una *giusta ragione politicamente cristallizzata*), nel suo significato anzitutto letterale e logico-sistematico.

Ad esempio, nell'ambito del processo penale, pensiamo solo che la prova può essere costituita da *indizi*, gravi, precisi e concordanti, ma pur sempre indizi, che – come noto – non sono prove dirette, certe e immediate di un fatto, ma "frammenti" di prova, elementi presuntivi di natura indiretta, induttiva e inferenziale; pensiamo, più in generale, alle c.d. "presunzioni" su cui aveva scritto lo stesso Giuseppe Bettiol mentre insegnò qui a Cagliari negli anni '30, pubblicando il saggio proprio in *Studi economico-giuridici* del 1938¹⁸.

¹⁸ G. BETTIOL, *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, in *Studi economico-giuridici della Università di Cagliari*, 1938. E per me ovviamente un im-

Ma pensiamo ancora al *ragionevole dubbio* di cui parla oggi lo stesso codice di procedura penale all'art. 533 c.p.p.: è un concetto che, pur non potendo essere interpretato nel senso di una certezza assoluta, insuperabile e "scientifica", deve essere sempre governato da una qualche forma di *razionalità giuridica*, come mostrato dallo stesso aggettivo *ragionevole*. Il fatto che non si tratti di un concetto preso dalle "scienze esatte", né *more geometrico demonstratum*, non ci autorizza certo a lasciarlo in balia della pura *irrazionalità*, della "intuizione del momento" o dell'opinione privata del giudice (il cosiddetto "diritto libero" o "diritto creativo"): non a caso, la Suprema Corte ha più volte escluso la *ragionevolezza* del dubbio, «qualora le ipotesi alternative, pur astrattamente formulabili, siano prive di qualsiasi concreto riscontro nelle risultanze processuali ed estranee all'*ordine naturale delle cose* e della *normale razionalità umana*»¹⁹.

A fronte di questo scenario, nella materia penale degli ultimi decenni si è via via approfondito il solco tra gli approcci formalistici e astratti e gli approcci iper-concreti ed esclusivamente empiristici al diritto.

meritato onore e una grande emozione avere la possibilità di studiare il diritto penale nella sede in cui Giuseppe Bettiol (1907-1982) insegnò – dal 12 dicembre del 1936 al 1938 – diritto e procedura penale, diritto internazionale e storia dei trattati e politica internazionale, prima di giungere nell'Università di Trieste e, infine, nell'Università di Padova (informazioni tratte dall'archivio storico dell'Università degli Studi di Cagliari: archivioistorico.unica.it/persona/bettiol-giuseppe). Per questo, ho sentito il dovere di dedicare al maestro friulano il saggio *Giuseppe Bettiol: dalla prolusione cagliaritana (1936) alla prolusione patavina (1943). Tra concetti, interessi e valori*, in *Studi economico-giuridici on line*, n. 2024/2, nonché in *disCrimen*, 1 ottobre 2024. Per gli altri docenti penalisti in Cagliari, cfr. I. BIROCCHI (a cura di), *La facoltà di giurisprudenza dell'Università di Cagliari. I. Dai progetti cinquecenteschi all'unità di Italia*, Napoli, 2018, *passim*; C. CICERO, *Giuristi 'notevoli' dell'Università di Cagliari. Ritratti del Novecento*, Napoli, 2021, *passim*; G. DE GIUDICI (a cura di), *La Facoltà di Giurisprudenza di Cagliari e l'insegnamento del diritto tra Otto e Novecento. La storia e la memoria*, Atti del Convegno di studi "Uniti nel sapere da 400 anni" (Cagliari, 22-23 Aprile 2021), Napoli, 2021, *passim*, spec. il capitolo di M.N. MILETTI, *La cattedra di diritto penale all'Università di Cagliari nella seconda metà del secolo XIX*.

¹⁹ Cass. pen., sez. I, 18 novembre 2020 (dep. 2021), n. 8863, Rv. 280605-02; Cass. pen., sez. I, 12 aprile 2016, n. 20461, Rv. 266941-01; Cass. pen., sez. I, 18 aprile 2013, n. 44324, Rv. 258321-01.

In particolare, gran parte della *dottrina* – in alcuni casi autoreferenziale e troppo distante dal vero “ribollire” dell’esperienza giuridica nelle aziende, negli studi professionali, nelle pubbliche amministrazioni, nei tribunali e nelle carceri – continua ad elaborare figure, schemi, nozioni talvolta troppo astratti, spesso inattuabili e impraticabili.

La *giurisprudenza* penale, invece, spesso insofferente rispetto a dati normativi effettivamente insufficienti, lacunosi o inefficaci, e ormai in gran parte disinteressata alle acquisizioni della dottrina giuridica, tende progressivamente alla *supplenza pretoria*, alla “giustizia sostanziale”, alla giustizia del caso concreto, come se ogni processo fosse un *individuum a sé stante*, irripetibile, sganciato da una *norma* generale e astratta: complice anche il fatto che il legislatore è – in effetti – sempre più impreciso, impreparato, approssimativo e sciatto, e che la dottrina penale ha troppo spesso rinunciato a incidere veramente sulla realtà con ricostruzioni plausibili e praticabili, la magistratura penale tende oggi spesso ad operare come se la regola e la norma non preesistessero al giudizio, ma venissero create prasseologicamente, pragmaticamente, nel giudizio stesso (vorrei qui ricordare uno degli ultimi *pamphlet* di Marcello Gallo, intitolato icasticamente *La regola e il giudizio*, del 2016).

4. Dopo queste premesse generali, vorrei adesso passare rapidamente alla loro “applicazione” e attuazione alla specifica materia del reato colposo: cercherò, allora, di fare alcuni esempi della natura intrinsecamente *dialettica* della stessa imputazione colposa e dei *problemi* interpretativi e applicativi che ne derivano, tutti i giorni, nella prassi.

Come sappiamo, la responsabilità penale colposa richiede almeno quattro elementi costitutivi:

i) la violazione di una *regola cautelare* scritta o non scritta²⁰;

²⁰ Sulla centralità della violazione cautelare all’interno della struttura della colpa penale, fra tutti, si rinvia a M. GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 624 ss., 636 ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 124; ID., *Il reato come azione’. Critica di un dogma*, Milano, 1971, 99 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., *passim*, spec. 2 ss., 73 ss., 133 ss., 162 ss., 194 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 132 ss., 179 ss.; M. DONINI,

ii) il nesso di rischio tra la regola cautelare violata e l'evento che si è verificato²¹;

iii) la prevedibilità dell'evento;

iv) la evitabilità dello stesso.

Dopo essermi applicato per oltre dieci anni all'argomento della colpa, credo di poter concludere che, mai come nella materia della imputazione penale colposa, emergono le insidie e a volte persino i *trabocchetti* della natura dialettica del diritto: si tratta di alcuni punti di tensione o di frizione tra la dogmatica penale del reato colposo e i principi generali ai quali nessun penalista è ovviamente disposto a rinunciare: riserva di legge, determinatezza e tassatività, divieto di analogia *in malam partem*, offensività e colpevolezza.

5. Pensiamo, ad esempio, alla dialettica tra *colpa specifica* (la «violazione di leggi, regolamenti, ordini o discipline» di cui parla

L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 130 ss.; G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *Il reato*, in *Trattato breve di diritto penale*, III ed., Padova, 2024, 322 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, X ed., Milano, 2021, 402 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 279 ss.; ID., voce *Colpa penale*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 200 ss., 213 ss.; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 56 ss.; R. BARTOLI, voce *Fonti della colpa*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 519 ss.; P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" e "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Milano, 2003, *passim*; N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Napoli, 2012, 157 ss.; C. PERINI, voce *Pericolo e colpa*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 917 ss.; C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali*, X, 2017, 227 ss.; G. CIVELLO, *La "colpa eventuale"*, cit., 3 ss., 25 ss., 47 ss., 55 ss., 85 ss.

²¹ Sul tema generale, cfr. M. GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, cit., 642; A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, 201 ss.; M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali*, III, 2010, 637 ss., 697 ss.; ID., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, 136 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 359 ss., 547 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 384 ss.; C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 241 ss., 248 ss.; A. PERINI, voce *Concretizzazione del (nesso di) rischio*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 283 ss.; P. VENEZIANI, voce *Omicidio stradale e responsabilità colposa*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 851 ss. In giurisprudenza, *ex plurimis*, Cass., sez. IV, 5 maggio 2021, n. 21554, Rv. 281334; Cass., sez. IV, 4 aprile 2019, n. 30985, Rv. 277476.

l'art. 43 c.p. nel definire il “delitto colposo”) e *colpa generica* («negligenza, imprudenza o imperizia»)²².

Esistono – come sappiamo – regole di diligenza scritte, codificate, positivizzate (ad esempio, gli articoli del codice della strada che ci dicono come dobbiamo condurre una automobile), ma esistono anche infinite regole di diligenza, prudenza e perizia per nulla codificate né positivizzate: pensiamo alle regole di buona esperienza e di “buon senso” che, pur non essendo contenute nel codice della strada, regolano la corretta guida dei veicoli; oppure, pensiamo a molte regole di esperienza e di “arte medica” che il chirurgo segue quotidianamente, anche se nessuno le ha mai messe per iscritto; lo stesso vale per il datore di lavoro rispetto alla salute del lavoratore.

Ebbene, accade molto spesso nella prassi che una persona, imputata di omicidio colposo o lesioni colpose, abbia rispettato *tutte* le regole scritte e codificate, ad esempio abbia ottemperato perfettamente a tutte le norme del codice della strada, oppure il medico abbia seguito pedissequamente i protocolli e le linee guida; nonostante ciò, si verifica comunque un evento di morte o di lesione e il giudice penale individua, in concreto, la violazione di regole di diligenza *non codificate*: la comune esperienza, il buon senso, il senso comune, e così via.

²² Sui rapporti tra colpa generica e colpa specifica, nella sterminata bibliografia, cfr. F. MANTOVANI, voce *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 307 ss.; M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, vol. II, cit., 902 ss.; D. CASTRONUOVO, voce *Colpa penale*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 218 ss.; R. BARTOLI, voce *Fonti della colpa*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 530 ss., 535 ss., 541 ss.; C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4/2017, 200 ss.; ID., *Prova scientifica, regole cautelari e responsabilità medica*, in *Sist. pen.*, 14 marzo 2023; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 243 ss.; ID., “Agente modello” e responsabilità per colpa in campo sanitario. *Problemi e prospettive*, Milano, 2012, 48 ss.; ID., “*Filo d'Arianna*” o “*Flauto magico*”? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 875 ss.; M. RONCO, *La colpa in particolare*, oggi in *Scritti patavini*, Padova, 2017, tomo I, 360 ss.; C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 230 ss.; A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, *passim*. In giurisprudenza, a titolo esemplificativo, Cass., sez. IV, 8 gennaio 2021, n. 32899, PG c. Castaldo, Rv. 28199713.

Come vediamo, quella della “colpa generica” è una delle *faglie magmatiche* e dialettiche tra astratto e concreto, in cui la distinzione tra *fruizione* e vera e propria *creazione* di regole cautelari da parte del giudicante non è sempre del tutto netta²³.

Non si tratta certo di un fenomeno in sé e per sé patologico: sarebbe assurdo limitare la punizione alla sola colpa specifica, espungendo dal sistema penale ogni colpa generica, e ciò per il semplice fatto che nessun legislatore sarà mai in grado di codificare in modo completo, esaustivo e capillare *tutte* le buone regole di condotta; nessun Codice della Strada, infatti, potrà mai dire all’automobilista *in che modo* deve osservare la realtà circostante in modo da potersi avvedere della presenza di pedoni o ciclisti, né *in che modo* dovrà effettivamente usare i pedali, lo sterzo o la marcia “in modo avveduto”; ancora: nessuna linea-guida potrà mai dire al medico come impugnare il bisturi per evitare di recidere una arteria, e così via. In definitiva, esisteranno sempre e inevitabilmente regole non codificate e, di conseguenza, sempre esisteranno ipotesi di mera colpa generica.

Cionondimeno, il fenomeno della colpa generica e “non codificata” costituisce un perenne *fronte dialettico* tra “astratto” e “concreto” che deve essere razionalmente studiato, esaminato e governato per evitare derive irrazionali, emotive o di intuizionismo giudiziario (Bettiol avrebbe detto: “il nuovo romanticismo giuridico”).

Sorgono, così, alcuni interrogativi tutt’oggi aperti e bisognosi di approfondimento: fino a che punto il giudice è “libero” di rico-

²³ Sul punto, la stessa Corte di Cassazione ha chiaramente affermato che, «in tema di colpa, posto che il giudice non è *facitore* di norme ma solo *fruitore*, il giudizio di rimproverabilità di una data condotta non può essere formulato su congetture personali, su criteri soggettivi e, quindi, arbitrari, ma deve fondarsi su regole preesistenti e certe, conosciute – conoscibili – dall’agente siccome conformi a condotte generalmente adottate di prudenza, diligenza, perizia» (Cass., sez. IV, 6 giugno 2000, n. 1340, in *Cass. pen.*, 2001, 1217). Sul problema della “forgiatura” *ex post* di nuove regole cautelari da parte del giudice, R. BARTOLI, voce *Fonti della colpa*, cit., 522 ss.; D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all’esperienza*, Napoli, 2021, 33 ss., 56 ss., 115 ss.; ID., *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e specifica*, in *disCrimen*, 8 maggio 2019 (il quale parla icasticamente di «indisponibilità della regola cautelare da parte del giudice»); ID., *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, 631 ss.

struire in camera di consiglio una regola cautelare non codificata e magari nemmeno allegata dalle parti? Con quali strumenti potrà farlo? Secondo la sua “scienza privata”, per comune “conoscenza sociale”, appoggiandosi a letteratura specialistica, delegando tale delibazione a un perito²⁴? E soprattutto: come possiamo evitare che il giudice – come purtroppo accade spesso nella prassi – ricostruisca solo *a posteriori*, col senno di poi e quasi “a tavolino” un comportamento alternativo diligente che invece, *ex ante*, non era umanamente ipotizzabile né esigibile?²⁵

6. Pensiamo poi al collegato problema *processuale* della corretta *contestazione* del fatto colposo all'imputato in corso di giudizio²⁶: sul

²⁴ Fra tutti, cfr. G. CARLIZZI, voce *Perizia penale e reati colposi*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 937 ss.

²⁵ Sui rapporti tra *ex ante* ed *ex post* nel giudizio di colpa, cfr. M. DONINI, *Il lecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 74 ss., 230 ss., 408 ss.; ID., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 159 ss.; ID., *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una “resa dei conti” con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1612 ss., 1616 ss.; ID., *Prassi e cultura del reato colposo*, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2019. Cfr. anche F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 95: «[Le] regole cautelari [...] non possono sopraggiungere e operare retroattivamente, certo per ragioni di garanzia, ma anche per la funzione che rivestono [...]. Una cautela che emerga prima della formazione di una esperienza, sulla base di conoscenze provvisorie di singoli sulla pericolosità di una condotta, è dunque un non senso». Per un singolare caso di lesioni colpose, in cui è venuta in rilievo l'esigenza che la regola cautelare sia sempre individuata *ex ante* e in concreto, cfr. G.L. GATTA, *La Cassazione e un curioso caso di colpa generica. Ovvero, quando gesticolare in modo scomposto sul marciapiede integra il delitto di lesioni personali colpose*, in *Dir. pen. cont.*, 12 ottobre 2012; C. SOTIS, *Ma quando gesticolare integra un “modo scomposto”? Qualche breve osservazione sulla rilevanza delle abitudini in un “curioso caso di colpa generica”*, in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2013. Sia infine consentito il rinvio a G. CIVELLO, *Colpa stradale, affidamento e autorevolezza: una sentenza esemplare* (Nota a Cass., sez. IV, sent. 14 dicembre 2023 (dep. 20 dicembre 2023), n. 50816, pres. Piccialli, rel. Mari), in *Sist. pen.*, 2/2024, 37-59.

²⁶ Fra tutti, G. FOSCHINI, *Decisione e contestazione in tema di delitto colposo*, in ID., *Giudicare ed essere giudicati*, Milano, 1960, 287-288; G. SPANGHER, *Fatto e qualifica giuridica nell'imputazione per reato colposo*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, 208 ss.; E. MUSCO, *La contestazione dei reati colposi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 330 e ss.; V. ATTILI, *Dalla struttura alla funzione (probatrice): il “tipo colposo” nel crogiuolo*

punto, la Corte di Cassazione ammette pacificamente che, nell' iniziale capo di imputazione, venga contestata solo ed esclusivamente la colpa generica (negligenza, imprudenza o imperizia), senza meglio indicare la *più precisa* violazione di natura cautelare, e che poi, in corso di giudizio, il magistrato possa “vederci più chiaro”, per cercare di capire *per la prima volta* quale sia stata la vera causa del sinistro o dell' infortunio²⁷.

Addirittura, la Suprema Corte sostiene che, nel capo di imputazione, sia possibile contestare la violazione di una specifica regola cautelare “X” (ad esempio, i limiti di velocità); ma se, in corso di dibattimento, il perito o il giudice stesso individua anche (o solo!) la violazione di tutt' altra regola “Y” (ad esempio, il mancato rispetto della precedenza, o la violazione di altra regola diversa dai limiti di velocità), ciò non comporta alcun problema e il giudice potrà condannare l' imputato anche solo per la violazione “Y”, che pur non era stata ipotizzata nel capo di imputazione e nemmeno negli atti di indagine²⁸. Evidente la tensione rispetto al diritto di difesa, nonché ri-

dell' accertamento giudiziale, in *Cass. pen.*, 2012, 1571 ss.; M. CAIANIELLO, *Imputazione e garanzie: la contestazione e la qualificazione del fatto nel reato colposo*, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, Bologna, 2013, 344 ss.; D. CASTRONUOVO, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d' imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in *Cass. pen.*, 2002, 3839 ss.; ID., *La colpa penale*, cit., 197 ss., e, da ultimo, G. VARRASO, voce *Imputazione processuale e reati colposi*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 678 ss.

²⁷ Cfr. *Cass. pen.*, sez. III, 8 aprile 2010, n. 19741, Rv. 247171-01: «Non viola il principio di correlazione con l' accusa la sentenza di condanna per il reato di omicidio colposo a seguito di infortunio sul lavoro che, a fronte di una contestazione di colpa generica per omesso controllo dello stato di efficienza di una macchina per la tutela della sicurezza dei lavoratori, affermi la responsabilità a titolo di colpa specifica, riconducibile all' addebito di colpa generica».

²⁸ La giurisprudenza individua come solo limite la *possibilità* per l' imputato di difendersi; ma nella prassi tale criterio appare alquanto labile e spesso manipolabile in modo quasi arbitrario. Cfr. *Cass. pen.*, sez. IV, 15 novembre 2018, n. 53455, Rv. 274500-02 («Nei procedimenti per reati colposi, il mutamento dell' imputazione, e la relativa condanna, per colpa generica a fronte dell' originaria formulazione per colpa specifica non comporta mutamento del fatto e non viola il principio di correlazione tra accusa e sentenza, qualora l' imputato abbia avuto la concreta possibilità di apprestare in modo completo la sua difesa in relazione ad ogni possibile profilo

spetto ai rapporti tra “chiesto” e “pronunciato”, tra azione penale e sentenza.

Talvolta, nella prassi giurisprudenziale, il pericolo è che la colpa venga sostanzialmente ridotta al puro e semplice *non avere previsto ed evitato* ciò che si sarebbe *potuto* prevedere ed evitare²⁹, quasi senza necessità di accertare alcuna effettiva antiprecettività della condotta rispetto a una precisa regola di comportamento.

Ora, è vero che, fin dal diritto romano e dal celebre frammento di Paolo *ad Sabinum*, una delle definizioni di “colpa” consisteva genericamente nel “non avere previsto ciò che si sarebbe potuto prevedere” («*Culpa est quod cum a diligente provideri poterit, non esse provisum*»: D. 9.2.31, *Paul. 10 ad Sab.*); tuttavia, si tratta, da un lato, di un principio di diritto civile non strettamente penalistico e, per l'effetto, di una regola che oggi va necessariamente coordinata con due pilastri della moderna dottrina della colpa penale: *in primis*, la pacifica natura *deontologico-normativa* del giudizio di colpa, secondo il giustissimo motto per cui «non tutto ciò che si *può* si *deve* anche fare»³⁰; *in secundis*, la stessa definizione di “delitto colposo” sancita dall'art. 43 c.p., per la quale si risponde di un illecito penale colposo non già per il sol fatto che l'evento fosse genericamente *prevedibile*,

dell'addebito»); Cass. pen., sez. IV, 19 giugno 2007, n. 35666, Rv. 237469-01 («In tema di reati colposi può ritenersi violato il principio di correlazione tra accusa e sentenza solo quando la causazione dell'evento venga contestata in riferimento ad una singola specifica ipotesi colposa e la responsabilità venga invece affermata in riferimento ad un'ipotesi differente. Se la contestazione concerne globalmente la condotta addebitata come colposa (e cioè si faccia riferimento alla colpa generica), la violazione suddetta non sussiste. È consentito, infatti, al giudice aggiungere agli elementi di fatto contestati altri estremi di comportamento colposo o di specificazione della colpa, emergenti dagli atti processuali e quindi non sottratti al concreto esercizio del diritto di difesa, a tutela del quale la normativa è dettata»).

²⁹ In F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 78-81, si osserva che l'unico ambito nel quale la colpa può tendenzialmente ridursi a prevedibilità dell'evento – senza necessità di accertare la violazione di una effettiva regola cautelare – è quello della *culpa in re illicita*, in cui il requisito della inottemperanza cautelare potrebbe dirsi “assorbito” nella previa violazione della norma imperativa di divieto.

³⁰ Cfr. C. CUPELLI, *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1, 225 ss.

ma – prima ancora – perché l’evento sia stato causato violando una *regola cautelare*³¹ ben precisa, cogente e preesistente al fatto³².

Sul punto, è ancor’oggi di una chiarezza adamantina l’affermazione di Marcello Gallo nella voce *Colpa penale*, secondo cui «non si punisce per fatto colposo chi ha agito quando non ha previsto ciò che doveva invece prevedere, bensì chi ha agito *in un certo modo*, malgrado la rappresentabilità dell’evento»³³ (la c.d. “natura modale” dell’illecito penale colposo).

7. Oltre a quanto ho finora cercato di indicare, il vero punto problematico della responsabilità colposa è che, in quanto forma di responsabilità *penale*, essa deve ovviamente soggiacere pur sempre a

³¹ M. GALLO, voce *Colpa penale (dir. vig.)*, cit., 637 ss.; D. CASTRONUOVO, voce *Colpa penale*, cit., 221; R. BARTOLI, voce *Fonti della colpa*, cit., 524 ss.; M. RONCO, *La colpa in particolare*, cit., 374 ss.; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 89 ss.; D. MICHELETTI, *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e specifica*, cit., 130 ss.

³² È pur vero che le regole cautelari, a loro volta, sono il frutto della sedimentazione e “distillazione” di giudizi di razionale prevedibilità ed evitabilità dei danni o dei pericoli; tuttavia, ciò avviene solo in via mediata e per così dire “ponderata”: dall’esperienza comune circa ciò che è materialmente immaginabile e scongiurabile, il buon senso dell’uomo e i saperi e le tecniche dallo stesso sviluppati pervengono alla cristallizzazione di determinate regole di comportamento. Ma ciò non vuol dire che il giudice possa compiere, *omisso medio*, una crasi tra giudizio di prevedibilità/evitabilità dell’evento e giudizio di colpa *tout court*, senza prima transitare attraverso l’individuazione di una “stabile” regola cautelare violata; argomentando diversamente, la verifica di qualsivoglia evento in sé prevedibile ed evitabile darebbe luogo, *eo ipso*, a una forma di responsabilità penale colposa, lungo un circolo vizioso che potrebbe essere definito come auto-poietico e potenzialmente illimitato.

³³ M. GALLO, voce *Colpa penale (dir. vig.)*, cit., 638 (corsivo nostro), nonché, in modo sempre chiarissimo, 640: «Se la rappresentabilità dei fatti dannosi comport[asse], quando il fatto sia evitabile, il carattere colposo della condotta, ne conseguirebbe che il campo delle lesioni addebitate perché riconoscibili (ed impedibili) sarebbe troppo vasto per essere equo. Così, non si può certo dire che anche chi guidi a velocità moderata e con la massima prudenza un’automobile non abbia la possibilità di prevedere l’investimento di un passante che gli si cacci sotto le ruote. Ora, se alla colpa bastassero la rappresentabilità e la evitabilità del risultato [...], non si potrebbe negare la responsabilità colposa per l’incidente che, nei termini sopra descritti, avesse a verificarsi».

tutti i principi del diritto penale, fra i quali anche legalità³⁴, riserva di legge³⁵, determinatezza e tassatività, irretroattività e divieto di analogia *in malam partem*³⁶. Eppure, mai come nell'imputazione colposa la “dialetticità del diritto” viene spesso esasperata ed estremizzata, soprattutto nella prassi, portando così a problematiche frizioni tra colpa penale e corollari della legalità.

Riserva di legge: il delitto colposo deve essere scolpito nel codice penale o in leggi complementari, rispettando ovviamente tutti i principi della materia, ivi compresa la riserva di legge; tuttavia, la regola cautelare, la cui violazione fa poi scattare un rimprovero di colpa, può essere anche una norma meramente regolamentare, una circolare ministeriale o persino una regola non codificata, quindi completamente priva di ogni base nella “piramide delle fonti”; come si diceva in tema di “colpa generica”, tale aspetto appare tendenzial-

³⁴ In generale, su colpa e legalità, M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 149 ss.; GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 149 ss.

³⁵ Su colpa e riserva di legge, recentemente, M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, vol. II, cit., 997 ss.

³⁶ Per alcune riflessioni sulla necessità di garantire la tassatività e determinatezza delle nozioni di colpa e di dolo, nonché del loro *discrimen*, A. MELCHIONDA, *Forme di colpevolezza e prospettive di codificazione europea. Brevi riflessioni sulle auspiccate revisioni normative dei confini fra dolo e colpa*, in A. CADOPPI (a cura di), *Verso un nuovo codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, 2022, 185 ss., con rinvio altresì ad A. MELCHIONDA, *Definizioni normative e riforma del codice penale (spunti per una rinnovata riflessione del tema)*, in A. CADOPPI (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, 391 ss. Sulla colpa penale come “fattispecie aperta”, fra tutti, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 215 ss., 279 ss.; nonché F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., 251 ss., 271 ss. (sui rapporti tra regola cautelare e principio di legalità). Recentemente, sui rapporti tra colpa, rischio consentito e “prevedibilità dell'agire pericoloso lecito”, F. CONSULICH, voce *Rischio consentito*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 1112 ss.; ID., *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 324 ss., 327 ss. (su regole cautelari e rischio consentito); D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale*, cit., 49 ss. Cfr. anche C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 239, nonché ID., *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo* (nota a Corte d'appello di Venezia, sez. II, 15 dicembre 2004), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1690 ss. Sul problema della modificazione mediata delle fattispecie colpose in seguito alla modifica della regola cautelare, D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, 477 ss.

mente fisiologico e ineliminabile: esso va solo “governato” e controllato con estrema attenzione, onde evitare la creazione *a posteriori* di pseudo-regole cautelari in realtà inesistenti o comunque *ex ante* non conoscibili e/o non praticabili al momento del fatto.

Determinatezza e tassatività: spesso la regola cautelare non è del tutto precisa, chiara e determinata; al limite, essa prescrive solo di fare una certa operazione “con cautela”, con formulazione talvolta vaga e indeterminata (ad esempio: avvicinandosi ad un incrocio o ad una curva, bisogna “prestare attenzione”; una certa manovra del fisioterapista deve essere fatta “con cura”, “con prudenza”). Addirittura, in alcuni casi, la Cassazione penale ha affermato che sarebbe una regola cautelare ai fini della colpa penale persino il principio generalissimo e indeterminato del *neminem laedere*³⁷, principio che invece – come sappiamo bene – regola solo la responsabilità civile “atipica” per danno ingiusto e non è certo una regola cautelare *tipica* ai fini dell’art. 43 c.p.

Ora, da un lato, è necessario ammettere – con molta franchezza e senza infingimenti – che il *discrimen* tra una colpa generica per violazione di regole di “buon senso” o “buona prudenza” e una colpa puramente psicologica o personologica non è affatto scontato e semplice da individuare³⁸ (credo che la prassi giurisprudenziale lo dimostri); ciò nonostante, tale *discrimen* deve essere continuamente e fer-

³⁷ Cfr. Cass., sez. IV, 14 febbraio 2008, n. 15229, Rv. 239600: «In tema di responsabilità da sinistri stradali, l’osservanza delle norme precauzionali scritte non fa venir meno la responsabilità colposa dell’agente, perché esse non sono esaustive delle regole prudenziali realisticamente esigibili rispetto alla specifica attività o situazione pericolosa cautelata, potendo residuare una colpa generica in relazione al mancato rispetto della regola cautelare non scritta del *neminem laedere*, la cui violazione costituisce colpa per imprudenza». Per l’utilizzo, altrettanto improprio, del *neminem laedere* quale fonte di una posizione di garanzia, cfr. Cass., sez. IV, 29 marzo 2016, n. 24692, Rv. 267230; Cass., sez. IV, 12 maggio 2015, n. 22835, Rv. 263827; Cass. 27 novembre 2013, n. 2343, Rv. 258434. Sul punto, cfr. M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, vol. II, cit., 991 ss. (con particolare riferimento al disastro ferroviario di Viareggio); F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 223 ss.; G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet*, cit., 262 ss.

³⁸ Si parla di «decomposizione della struttura della regola cautelare» in G. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell’età del rischio*, cit., 1692, a proposito della deformazione del concetto di “cautela” nella sentenza d’appello sul caso del Cloruro di Vinile Monomero in Porto Marghera.

mamente ribadito affinché, anche nell'ambito dell'imputazione penale colposa, si rimanga nell'alveo del diritto penale *del fatto*, senza indebiti sconfinamenti in un moralistico diritto penale *d'autore* di infelice memoria³⁹.

Addirittura, alcune regole cautelari sembrerebbero *prima facie* non essere nemmeno *preesistenti* al caso giudiziario, *sembrerebbero* ad esempio – ma il condizionale è d'obbligo – affiorare *ex post* dalla stessa dinamica estemporanea di un sinistro: ad esempio, in autostrada, il limite di velocità “generale e astratto” è di 130 km/h; tuttavia, a seconda delle effettive condizioni atmosferiche, di illuminazione, di traffico e a tutte le altre irripetibili circostanze del caso storico, la velocità concretamente “dovuta” si può abbassare anche notevolmente. In determinati contesti, in autostrada, diventa persino obbligatorio circolare a passo d'uomo o spegnere il motore (poniamo il caso che, 500 metri davanti a me, si sia visibilmente verificato un incidente o un incendio: io devo necessariamente rallentare o devo persino, in certi casi, arrestare la marcia, ove le concrete condizioni fattuali lo raccomandino o lo impongano).

In questi casi, emerge dunque in modo quasi “drammatico” la tensione dialettica tra *astratto* e *concreto*, poiché le regole astratte imporrebbero o consentirebbero un determinato comportamento “X”; ma le particolarissime circostanze concrete ne impongono un *altro* (“Y”, “Z”...), persino un comportamento *opposto* o, al limite, un mero *non facere* (si veda il problema del principio di precauzione⁴⁰: *in dubiis, abstinence*).

³⁹ Cfr. F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 81: «La regola cautelare costituisce *la componente più fattuale* dell'universo della colpa, servente alla valutazione di disvalore e all'obiettivo di tutela perseguito dal legislatore. L'oggetto della trasgressione è infatti un programma di azione costruito su basi empiriche, che attribuisce ad un modello di condotta la capacità, sostenuta dalla combinazione di logica e leggi scientifiche o semplicemente verificata con elementari supporti esperienziali quotidiani, di prevenire eventi socialmente disoluti nel quadro di programmi sociali di sicurezza» (corsivi nostri); a pag. 87, l'Autore segnala molto opportunamente che «le regole cautelari *riempiono di contenuto* il generale dovere giuridico di diligenza, più o meno dettagliato tramite ulteriori elementi dalla singola norma incriminatrice» (corsivi nostri).

⁴⁰ Da ultimo, cfr. F. D'ALESSANDRO, voce *Precauzione (principio di)*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 975 ss., ivi compresa la copiosa bibliografia ivi richiamata.

8. Un emblematico caso di estrema *dialetticità* della esperienza penalistica è quello della responsabilità del personale medico-sanitario: non a caso la medicina – come anche il diritto (la *ars boni et aequi* di Celso) – è spesso definita un’*arte* (donde l’espressione *leges artis*), non certo in senso irrazionalistico o “romantico”, ma nel significato di un sapere estremamente *prudenziale* ed empirico. A ben vedere, nella medicina come, in parte, anche nel diritto, le buone regole di condotta non possono essere sempre prestabilite e “preconfezionate” in via puramente generale e astratta, necessitando di essere costantemente *adeguate* alle peculiarità – spesso singolari, a volte persino irripetibili – del caso concreto (nella medicina, il caso clinico; nel diritto, il caso giuridico o giudiziario).

Ebbene, per cercare di arginare alcune derive “iper-punitive” nei confronti del personale medico-sanitario, negli ultimi anni sono state introdotte alcune disposizioni di legge per le quali, a grandi linee, se il medico ha seguito pedissequamente determinati protocolli e linee-guida accreditati dal ministero o dalla comunità scientifica, a questo punto, sebbene si verifichi comunque un evento avverso, il medico dovrà essere assolto – o, in subordine, risponderà solo per colpa grave – in quanto egli versa, in qualche modo, “in buona fede”, essendo stato ligio ai propri doveri codificati ed essendosi attenuto alle linee guida previste. È evidente come, in tali disposizioni – si pensi, ad esempio, all’art. 590-*sexies* c.p. o ai c.d. *scudi penali* oggi in voga –, l’ordinamento intenda dare maggiore “prevalenza”, in questi casi, alla regola generale e astratta – i protocolli e le linee-guida – rispetto al caso concreto *sub iudice*⁴¹; ciò anche al fine di evitare il c.d. *chilling effect* (di cui qui a Cagliari si è occupato Giovanni Manca nella sua monografia del 2024 su “Il raffreddamento di diritti fondamentali”), e cioè che il personale medico-sanitario, per il timore di incorrere in sanzioni incerte nell’*an* e nel *quantum*, adotti scelte diagnostiche e terapeutiche non sempre virtuose per la salute del paziente.

In realtà, come abbiamo visto negli ultimi venti anni, tale tentativo di “irregimentare legislativamente” l’accertamento prudenziale

⁴¹ Sul tema dei protocolli e delle linee-guida nella responsabilità del personale medico-sanitario, la bibliografia è ormai talmente sterminata che, nell’economia del presente scritto, non sarà possibile darne conto nemmeno per sommi capi.

della colpa medica da parte del giudice – e, dunque, il tentativo di dare prevalenza all'*astratto* e alle presunzioni *in bonam partem* rispetto alla *concretezza* del caso – ha rappresentato, spesso, una pura chimera, pura utopia; infatti, anche di fronte a un medico che, effettivamente, abbia seguito fedelmente protocolli e linee-guida, il giudice penale potrà sempre procedere nel vaglio di responsabilità, “derogando” a tali regole codificate di *lex artis*. In particolare, il magistrato potrà ancora domandarsi: ma il medico ha correttamente *individuato* le linee-guida appropriate al caso di specie? Oppure, viste le peculiarità del concreto caso clinico, si sarebbero dovute seguire *altre* linee-guida? Ad esempio: di fronte a un dolore al petto, il medico si è “appiattito” sulle linee-guida cardiologiche, senza rendersi conto che, invece, quel sintomo stava concretamente a significare non già un infarto in atto, bensì l'ostruzione delle vie respiratorie o un boccone andato di traverso nell'esofago. Ancora, il giudice penale potrà ulteriormente chiedersi: ammesso che le linee-guida selezionate e applicate dal medico imputato fossero quelle corrette e adeguate, il medico le ha davvero *seguite e applicate* in modo altrettanto corretto? Ha eseguito bene la determinata manovra prescritta dai protocolli? Ha usato bene il bisturi nell'eseguire l'intervento raccomandato dalle linee-guida?

Addirittura, ci sono casi nei quali le linee-guida appaiono persino perfette, impeccabili, accreditate e condivise da tutta la comunità scientifica; cionondimeno, lo specifico e concreto caso clinico *sub iudice* – ad esempio, le specifiche condizioni di *quel* paziente in quel determinato contesto clinico – avrebbero assolutamente raccomandato di *discostarsi* dalle linee-guida stesse. Poniamo, ad esempio, che le linee-guida dicano che, di fronte alla situazione “X”, bisogna immediatamente intervenire con il bisturi in modo “Y”, in prossimità dell'aorta; tuttavia, se il medico interviene e scopre che quel preciso paziente, per una rarissima malformazione congenita, presenta vicino all'aorta altri vasi sanguigni estremamente fragili e precari, in prossimità dei quali sarebbe assolutamente pericoloso (e dunque sconsigliabile) operare il paziente, egli dovrà, a questo punto, trovare una soluzione alternativa, non potendo dunque applicare le linee-guida e i protocolli “ciecamente”, in modo pedissequo.

Come si può notare da tali esemplificazioni, il tema dei rapporti tra protocolli/linee-guida astratte e concreto caso clinico rappresenta

un ulteriore esempio dell'estrema complessità – e, al contempo, *ineducibilità* – della *dialettica* giuridica e, in particolar modo, penalistica, non sempre governabile in modo “sillogistico” e secondo la pura logica binaria dell'*aut/aut*.

9. Un altro aspetto di elevata dialetticità della responsabilità colposa riguarda i rapporti tra principio di *affidamento*⁴² e principio di *autoresponsabilità*⁴³ (tema con il quale, come dicevo in premessa, mi sono cimentato con la seconda monografia del 2017).

⁴² Sul principio di affidamento nel diritto penale, fra tutti, M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, *passim*; ID., voce *Affidamento (principio di)*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 1 ss.; G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 7 ss.; F. MANTOVANI, voce *Colpa*, cit., 311 ss.; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 74 ss.; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 21-39; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, 424 ss.; A. MASSARO, *Principio di affidamento e cooperazione colposa nell'attività medico-chirurgica*, in M. RONCO, M. HELFER (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, Torino, 2020, 215; M.L. MATTHEUDAKIS, *Il principio di affidamento nella dialettica cautelare tra datore di lavoro e lavoratore: un argine al paternalismo?*, in *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 571; ID., *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella “stagione delle riforme” della responsabilità colposa del sanitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1220 ss.; C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 238 ss.; L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilanza come regola cautelare*, Torino, 2013, *passim*; C. SILVA, *Responsabilità colposa e principio di affidamento. La controversa applicazione nell'attività medica di équipe*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 455 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., 491 ss.

⁴³ Sul punto, limitandoci nella presente sede alla dottrina italiana, S. CAGLI, *Condotta della vittima e analisi del reato. Profili problematici e di teoria generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1148; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., *passim*; ID., *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in *Leg. pen.*, 13 maggio 2019; M. RONCO, M. HELFER (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità*, cit., *passim*, con numerosi contributi all'interno del volume; G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, cit., *passim*; ID., voce *Autoresponsabilità*, in *Dig. disc. pen.*, cit., 102 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 474 ss.; ID., *Autoresponsabilità e imputazione*, in M. RONCO, M. HELFER (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità*, cit., 99; D. CASTRONUOVO, *Profili relazionali della colpa nel settore della sicurezza del lavoro. Autoresponsabilità o pater-*

L'*affidamento*, come noto, implica che ogni cittadino, nel rispettare gli obblighi e i doveri su di sé gravanti, possa, al contempo, ragionevolmente e legittimamente *confidare* che anche gli altri concittadini faranno altrettanto: quando circolo con la mia autovettura nella pubblica via, confido che anche gli altri utenti della strada rispettino come me il codice; quando opero un paziente, confido che anche anestesista, infermieri e assistenti in sala operatoria rispettino i loro doveri; quando dirigo un cantiere, confido che gli operai, i dirigenti e i preposti siano altrettanto ligi come me nel rispetto della normativa anti-infortunista e dei doveri loro rispettivamente gravanti.

Specularmente, l'*autoresponsabilità* significa che ciascun consociato deve sempre imputare a se stesso le conseguenze che siano derivate da suoi propri comportamenti negligenzi o imprudenti; per formulare tale principio alla prima persona singolare: se sono stato io stesso, per mia colpa, a procurarmi un danno nell'ambito di una interazione o di una sinergia con altri soggetti (ché il danno auto-procurato in situazioni *isolate* o "solitarie", ovviamente, non avrebbe, *ab imis*, alcuna rilevanza giuridica), non potrò poi imputare a terzi tale pregiudizio e, ad esempio, chiedere un risarcimento o invocare la punizione di altri (*sibi imputet*).

In qualche modo, affidamento, autoresponsabilità e responsabilità del terzo sono istanze imputative bisognose di essere *dialetticamente* temperate e bilanciate, senza che l'una possa prevalere unilateralmente e in modo sproporzionato sull'altra. Eppure, tale bilanciamento dialettico non sempre viene svolto in modo sufficientemente equilibrato dagli interpreti e operatori del diritto, con la conseguente esasperazione dell'uno o dell'altro aspetto imputativo.

nalismo penale?, in *Arch. pen.*, 2019, 2, 201 ss.; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 39-52; M. HELFER, *Paternalismo e diritto penale: riflessioni sull'autoresponsabilità quale possibile criterio di limitazione della responsabilità penale*, in *Leg. pen.*, 9 dicembre 2020, 8 ss.; ID., *L'autoresponsabilità della vittima e il diritto penale. Riflessioni per un diritto penale neoilluminato*, in G. COCCO (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Padova, 2016, 92 ss.; ID., *L'autoresponsabilità della vittima: quali spazi applicativi in materia di attività sportiva ad alto rischio*, in *Arch. pen.*, 2020, 1, on-line; G. FORNASARI, T. PASQUINO, G. SANTUCCI (a cura di), *Il principio di autoresponsabilità nella società e nel diritto*, Napoli, 2021, *passim*; A. SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità*, Padova, 2000, *passim*; G. SANTUCCI, *L'autoresponsabilità fra i «principii» del diritto romano*, Bologna, 2023.

Ci sono, ad esempio, casi nei quali un automobilista risulta avere guidato in modo impeccabile la propria autovettura: velocità perfetta, persino inferiore al limite, manutenzione puntuale dell'auto e dei freni; pneumatici a norma; fari regolarmente accesi, e così via. Eppure, nonostante tale condotta apparentemente ineccepibile, si verifica comunque un incidente stradale: ad esempio, un ciclista o un altro automobilista fuoriesce da una stradina laterale, senza rispettare l'obbligo di dare la precedenza, donde l'impatto tra veicoli.

Ora, a fronte di analoghi casi concreti, si registrano sentenze⁴⁴ che condannano lo stesso imputato – nel caso esemplificativo, l'automobilista che circolava nella strada principale e che, quindi, aveva la precedenza – così argomentando la condanna: “è pur vero che hai rispettato tutte le regole di diligenza, prudenza e perizia, sia quelle scritte sia quelle non scritte. Ma avresti comunque dovuto *prevedere l'imprudenza* del tuo concittadino e fronteggiarla anche con una eventuale manovra di emergenza”. Come si può notare, si tratta di sentenze spesso molto discutibili, come segnalato altresì da avveduta dottrina⁴⁵.

⁴⁴ Cfr., fra tutte, Cass., sez. IV, 6 febbraio 2015, n. 30989, Rv. 264314: «In tema di responsabilità da sinistri stradali, il conducente favorito dal diritto di precedenza non deve abusarne ed è, pertanto, tenuto a moderare la velocità in prossimità di un incrocio, per essere in grado di affrontare qualsiasi evenienza, anche il mancato rispetto della precedenza spettantegli da parte di terzi (in applicazione del principio la S.C. ha confermato la sentenza di condanna per omicidio colposo a carico dell'automobilista, il quale, aveva impegnato un incrocio ad una velocità superiore rispetto a quella consentita, investendo così altra autovettura e causando il decesso del guidatore, che non aveva rispettato il segnale di stop e non aveva allacciato la cintura di sicurezza)». Sui rapporti tra principio di affidamento e rischio consentito, nei casi di riconosciuta o comunque riconoscibile imprudenza altrui, M. MANTOVANI, voce *Affidamento (principio di)*, cit., 6 ss.; L. CORNACCHIA, voce *Colpa d'équipe*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 50 ss.

⁴⁵ Sul punto, chiarissimo, D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale*, cit., 148-151: «l'*Anlass* deve essere *vista o ignorata per colpa del soggetto agente e non già pre-vista o esplorata* come sostengono i cultori dell'agente modello alimentando così vere e proprie forme di responsabilità oggettiva. [...] Ciò significa che l'*Anlass* deve essere *vista* affinché vi sia colpa, oppure deve essere ignorata a causa della violazione di una precedente regola cautelare, che ovviamente non può coincidere e ridursi a una mera carenza di previsione. [...] Il riferimento è alla manovra di emergenza cui è tenuto l'automobilista per fronteggiare le altrui trasgressioni o improvvise situazioni di pericolo. Ebbene, la tradizionale impostazione giurisprudenziale

Ho richiamato tale fenomenologia casistica, in quanto si tratta dell'ennesimo “fronte aperto” di natura problematica nell'ambito della responsabilità penale colposa.

In tali ipotesi, il magistrato si trova a confrontare *dialetticamente* la condotta di due soggetti interessati da una determinata interazione: il primo “fa affidamento” sul secondo, il quale sarebbe dunque “auto-responsabile”; ciononostante il soggetto che si è “affidato” o si è “fidato” viene chiamato a rispondere del danno o del pericolo accusato dal soggetto ipoteticamente auto-responsabile. In definitiva: *in astratto*, siamo di fronte a un comportamento perfettamente ligo e ottemperante a tutte le regole di condotta, scritte e non scritte; tuttavia, *in concreto*, il giudice tende a “costruire” una regola cautelare tutta *a posteriori*, tutta estemporanea, dicendo che l'imputato, che pur era stato perfettamente diligente, prudente e perito, *versa comunque in colpa* in quanto avrebbe dovuto prevenire e fronteggiare l'imprudenza, persino l'imprudenza grave, dell'altro utente della strada.

10. Concludo facendo riferimento agli aspetti di cosiddetta *prevedibilità*⁴⁶ ed *evitabilità*⁴⁷ dell'evento all'interno del reato colposo:

[...] ha finito per dilatare così tanto l'*Anlass* di questa regola cautelare da annullare ogni aspettativa sul rispetto delle norme stradali previste dal codice. Lungi dal potervi fare affidamento, infatti, qualunque partecipante al traffico sarebbe gravato dall'agente modello dell'irragionevole obbligo di prevedere gli *altrui comportamenti irresponsabili* così da imporgli di scrutare lo scenario di guida alla ricerca di potenziali disattenzioni». Sul punto, sempre “in negativo”, F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 37. Anche in G. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, cit., 7, si osserva correttamente come il principio di affidamento non trovi limite nel sol fatto che la condotta imprudente altrui fosse prevedibile, essendo altresì necessario il secondo requisito, vale a dire «l'obbligo giuridico di controllare e vigilare sull'operato altrui».

⁴⁶ Da ultimo, M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, vol. II, cit., 965 ss.; A. NAPPI, *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo ad un'indagine sistemica*, Napoli, 2020, *passim*, spec. 206 ss.; nonché sia permesso il rinvio a G. CIVELLO, voce *Prevedibilità e reato colposo*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 1004 ss.

⁴⁷ Su evitabilità e condotta alternativa diligente, nella sterminata bibliografia, cfr. M. GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, cit., 638 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 659 ss.; M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, vol.

anche in questi ambiti della imputazione colposa, emergono con forza le aporie e i problemi connessi ai *rapporti dialettici* tra fatto e diritto, tra regole generali e astratte e caso concreto, tra pretese normative dell'ordinamento e caratteristiche personali del singolo imputato "in carne e ossa".

Il primo aspetto problematico è la c.d. *ridescrizione dell'evento*, vale a dire il dubbio su *quale sia* l'evento rispetto al quale è necessario condurre il giudizio di prevedibilità, ai fini della sussistenza di una responsabilità colposa.

Poniamo, ad esempio, che si verifichi un incidente stradale e che una determinata vettura, per colpa del suo conducente, urti contro un ciclista. Il ciclista, a causa dell'asfalto ammalorato, perde l'equilibrio, cade e si incrina una costola; viene poi ricoverato in ospedale e, in realtà, la costola, che era solamente incrinata, subisce una vera e propria frattura a causa di un movimento improvviso del paziente; un frammento osseo finisce per lesionare un polmone; da ciò nasce un'infezione che porta, poi, alla morte del paziente per setticemia.

Ora, poniamo che il conducente dell'autovettura versi in colpa poiché ha violato determinati articoli del codice della strada.

Si tratta, però, di capire se, al di là di tale violazione "formale", il fatto fosse davvero *prevedibile* da parte del soggetto agente al momento della manovra automobilistica: ora, se adottassimo un approc-

II, cit., 1018 ss.; K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013, *passim*, spec. 223 ss., 283 ss.; ID., voce *Evitabilità dell'evento e comportamento alternativo lecito*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 489 ss.; P. VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. pen.*, 2013, 1224 ss.; G. CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione critica del versante obiettivo del reato*, Torino, 2013, 229 ss.; ID., *La c.d. causalità della colpa nel prisma dell'offensività del torto penale*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 229 ss.; C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 242 ss.; M. RONCO, *La colpa in particolare*, cit., 387 ss.; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 95 ss.; L. GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2005, 4107 ss.; G. CIVELLO, *La "colpa eventuale" nella società del rischio*, cit., 245 ss., 257 ss. 287 ss., 323 ss., 333 ss., spec. 353 ss.; nonché la tesi di dottorato di L. CARRARO, *La causalità della colpa. Evitabilità e comportamento alternativo lecito nelle fattispecie colpose causalmente orientate*, in www.research.unipd.it/handle/11577/3425704.

cio *iper-concreto*, nulla sarebbe mai davvero prevedibile in senso giuridico da parte dei soggetti agenti di volta in volta interessati. Infatti, come potrebbe mai l'Accusa dimostrare che, al momento dell'impatto tra la vettura e il ciclista, l'automobilista potesse prevedere esattamente l'intero decorso causale in tutti i suoi concreti snodi fattuali (frattura della determinata costola, frammento osseo, lesione della pleura, infezione batterica, morte per setticemia)? Sostanzialmente impossibile. Pertanto, un approccio *iper-concreto* al concetto di "prevedibilità" (ai fini del giudizio di colpa) risulterebbe assolutamente fallimentare, o porterebbe sostanzialmente all'abrogazione *de facto* dei reati colposi, alla loro totale e sistematica disapplicazione.

Ma anche un approccio *iper-astratto* sarebbe, all'opposto, manifestamente irragionevole: infatti, se l'evento viene interamente "sublimato" entro uno schema totalmente astratto e virtuale, *ogni e qualsivoglia evento* diventa, a questo punto, prevedibile da parte di ogni soggetto agente. Infatti, se si parte da un concetto puramente astratto di "evento prevedibile", cosa sarà mai davvero "non prevedibile" in questo mondo? Seguendo tale prospettiva, diverrebbe "non prevedibile" solo ed esclusivamente ciò che sia *totalmente impossibile*; di converso, tolti dalla mente i soli eventi radicalmente impossibili, tutti gli altri generici accadimenti del mondo diverrebbero sempre e comunque prevedibili, ai fini del giudizio di colpa (si pensi, sul punto, alle vicende giudiziarie in tema di amianto, ove il giudizio di prevedibilità non venga calibrato sulla concreta "morte da mesotelioma pleurico", bensì sull'astratto e generico "danno grave alla salute").

Analoghe considerazioni valgono se poniamo mente alla "base soggettiva" del giudizio penale di prevedibilità ed evitabilità, e ci chiediamo: per condannare l'imputato, l'evento avrebbe dovuto essere prevedibile ed evitabile *da parte di chi*⁴⁸? Da parte dell'imputato concreto "in carne e ossa"? O da parte del c.d. "agente modello" universale e astratto⁴⁹? Anche sotto tale aspetto emerge prepotente-

⁴⁸ Cfr. M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, vol. II, cit., 965 ss.

⁴⁹ Anche sulla figura dell'"agente modello", la letteratura è ormai amplissima; da ultimo, cfr. G.P. DEMURO, voce *Homo eiusdem professionis et condicionis (profili storici)*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 607 ss. (con copiosa biblio-

mente la *dialetticità* del diritto – e del diritto penale in particolare –, con tutti i suoi rischi e le sue possibili aporie.

Infatti, se adottiamo un punto di vista *iper-concreto*, l'imputato "in carne e ossa" potrà sempre sostenere in giudizio di non avere concretamente previsto *né di avere avuto la possibilità di prevedere né di evitare* quel determinato fatto poi effettivamente inveratosi; ad esempio, potrà invocare a propria scusa: "non mi sono accorto che il pedone Caio mi stava attraversando la strada". Ebbene, questo "non mi sono accorto" puramente contingente e soggettivo dovrebbe allora, in ipotesi, condurre sempre ad una sentenza di assoluzione per mancanza di prevedibilità: in qualsiasi sinistro stradale, infortunio sul lavoro o caso di colpa medica, infatti, l'imputato concreto potrebbe sostenere di *non avere avuto la possibilità* di avvedersi di qualcosa. Eppure, questo argomento non dovrebbe mai essere, di per ciò solo, dirimente al fine di escludere un'eventuale responsabilità dell'imputato, anche in virtù delle plurime ragioni sottese al concetto di c.d. *colpa per assunzione*⁵⁰.

Peraltro, adottando tale approccio iper-concreto alla colpa penale, quest'ultima verrebbe completamente svuotata del suo portato *deontologico* e persino di ogni efficacia general-preventiva: il giudizio di colpa, infatti, per sua essenza, consiste sempre, in qualche modo, nel *dialettico confronto* tra la concreta condotta serbata dall'imputato e le pretese ordinamentali *in certa misura generali e astratte*, sottese

grafia ivi citata), il quale giustamente segnala che «l'espressione del parametro su cui valutare e misurare la condotta doverosa costituisce uno dei profili di maggiore criticità della colpa, investendone la sua stessa essenza di violazione di una regola cautelare. Questa componente doverosa insita nel parametro deve essere capace di rilasciare una sufficiente forza predicativa e proprio la ricerca di questa attitudine è in fondo la storia dell'espressione di un modello che impersoni un'idea-guida di diligenza e prudenza. [...] "*Homo eiusdem professionis et condicionis*" rappresenta oggi la sintesi linguistica del modello, ormai generalmente recepito, che funge da parametro cogente nel giudizio sulla diligenza penalmente doverosa: esso tende a contemperare l'esigenza di tutela del soggetto passivo con quella di orientamento del soggetto agente, fissando il punto di vista dal quale giudicare la prevedibilità e prevenibilità dell'evento dannoso».

⁵⁰ Da ultimo, cfr. N. PISANI, voce *Colpa per assunzione*, in M. DONINI (diretta da), *Reato colposo*, cit., 233 ss. (e, prima ancora, ID., *La colpa per assunzione nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazione tecnologica*, Napoli, 2012), ivi compresa la copiosa bibliografia ivi richiamata.

alla disposizione incriminatrice e allo stesso precetto cautelare (non certo un improbabile confronto tautologico e autoreferenziale tra la condotta tenuta e la condotta stessa).

Ma anche l'opposto approccio *iper-astratto e ultra-universalizzante* potrebbe risultare eccessivo e ingiusto: esso, infatti, consisterebbe nel giudicare l'imputato prendendo a "unità di misura" e a standard di comportamento un agente modello astratto, perfetto, *eroico*, quasi un ipotetico super-uomo. Ad esempio, se giudicassimo il chirurgo dell'ospedale di Cagliari prendendo come standard di comportamento e di prognosi le conoscenze scientifiche specialistiche che solo un *pool* di scienziati giapponesi o solo un premio Nobel per la medicina, dall'altra parte del mondo, ha cominciato a escogitare e a scoprire qualche settimana fa, faremmo chiaramente un torto ingiusto all'imputato, cioè lo giudicherebbero usando come parametro uno standard inesigibile⁵¹, immaginario, totalmente sganciato dalle peculiarità della sua persona e del caso concreto⁵².

Si tratta allora, anche in questo caso come in molti altri, di adottare quell'atteggiamento interpretativo di cui parlava già Aristotele nelle *Etiche* e, poi, tutti i retori greci e romani in tema di scienza giuridica: la *prudentia iuris*, l'*ars boni et aequi*, vale a dire quell'atteggiamento topico-dialettico che, pur non partendo da premesse certe, "geometriche" e apodittiche, pervenga a conclusioni non per questo arbitrarie, unilaterali o avulse dal sistema normativo, bensì a conclu-

⁵¹ Sui rapporti tra esigibilità e giudizio di colpa, fra tutti, G. FORNASARI, *Il principio di esigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 336 ss.; F. MANTOVANI, voce *Colpa*, cit., 308; M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, cit., 149 ss.; N. PISANI, *La "colpa per assunzione"*, cit., 195 ss.; G. VASSALLI, voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur. Trecc.*, VI, Roma, 1988, 21; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 125 ss.; G. CIVELLO, *La "colpa eventuale"*, cit., 323 ss.; M. GROTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, 337. Ovviamente l'esigibilità va sempre coordinata con la figura della c.d. "colpa per assunzione": fra tutti, N. PISANI, *La "colpa per assunzione" nel diritto penale del lavoro*, cit., *passim*; ID., voce *Colpa per assunzione*, in M. DONINI (diretto da), *Reato colposo*, cit., 233 ss. (con riferimento alla copiosa letteratura *in subiecta materia*); F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 129 ss.

⁵² Come recita l'icastico titolo di un paragrafo di Massimo Donini, «*Il miglior agente modello: quando la prevenzione generale divorza la colpevolezza*» (M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, vol. II, cit., 1004).

sioni sempre *probabili, verosimili*, argomentate in modo logico-giuridico e *razionale*, e come tali *pubblicamente verificabili* da parte della società tutta.

Si tratta, in altri termini, di superare quel pregiudizio post-cartesiano ancora oggi imperante, per il quale tutto ciò che non sia assolutamente “scientifico” (nel senso delle “scienze esatte”), certo, dogmatico e apodittico dovrebbe essere, *eo ipso*, lasciato in balia di scelte irrazionali, “intuitive” o persino arbitrarie: da questo punto di vista, credo sommessamente che ogni giurista dovrebbe sempre studiare i *Topici* di Aristotele e di Cicerone, così come la *Scienza nuova* di Giambattista Vico e il meraviglioso trattato *Verità e metodo* di Hans-Georg Gadamer, vero e proprio elogio contemporaneo del sapere prudenziale, dialettico ed *ermeneutico*; tutto ciò per avvedersi che esiste uno statuto epistemologico della scienza giuridica il quale, pur non essendo *logico-deduttivo* come la aritmetica e la geometria, e pur non essendo *scientifico-sperimentale* come la fisica, la chimica e la biologia, deve pur sempre garantire ideali di *rigore razionale*, di probabilità e di verosimiglianza.

11. Concludendo: quasi tutti i problemi e i quesiti sulla colpa penale che ho sin qui cercato di tratteggiare sinteticamente non trovano, purtroppo, una risposta esauriente e definitiva nel testo dell’art. 43 c.p., cioè nell’unica norma definitoria che avrebbe l’ambizione di dirci cosa sia davvero il “delitto colposo”: da tale punto di vista, la “via normativa” della colpa sembra rappresentare una condizione *assolutamente necessaria ma non sufficiente* per la compiuta comprensione della imputazione colposa. *Necessaria*, in quanto solo la concezione normativa della *culpa* permette di scongiurare il ritorno a inaccettabili teorie psicologiche, personologiche o moralistiche; ma *non sufficiente*, poiché il diritto positivo vigente e il piano *deontologico* della colpa penale, a ben vedere, solo in parte sono in grado di fornire una soluzione univoca agli interrogativi che, tutt’oggi, affliggono il tema *de quo*.

La norma generale e astratta costituisce, per il penalista, l’indettabile *premessa maggiore* dell’ipotetico sillogismo qualificatorio o giudiziario; senza la stessa, non si dà alcun rispetto del principio di legalità e dei suoi fondamentali corollari. Tuttavia, la norma non è in

grado, di per ciò solo, di chiarire all'interprete o al giudice *come* vada costruita la *premessa minore* (la c.d. "fattispecie concreta" opportunamente ridescritta e accertata in giudizio) e, soprattutto, quale sia il *metodo* per "sintetizzare dialetticamente" la premessa maggiore (il diritto) e la premessa minore (il fatto) all'interno della *conclusione*. Si tratta, a ben vedere, dell'eterno problema del *giudizio* o "de-cisione" (*Ur-teil*) – cui non a caso Immanuel Kant dedicò la terza e la più difficile delle sue *Critiche* –, oggetto della stessa *ermeneutica* contemporanea tutt'oggi *in fieri* e troppo poco studiata dai giuristi "positivi".

Le conclusioni interlocutorie che si possono trarre possono essere così sinteticamente abbozzate:

i) non sembra vi siano le condizioni affinché il sistema penale rinunci integralmente ad *ogni* forma di imputazione colposa (quantomeno per *colpa grave*), soprattutto nei reati di evento che attingono beni giuridici fondamentali come la vita, la salute, l'incolumità individuale e quella pubblica, l'ambiente, beni rispetto ai quali alla imprescindibile tutela preventiva di carattere *lato sensu* amministrativo dovrebbe accompagnarsi – sempre nel rispetto del principio di *extrema ratio* – anche una forma sussidiaria di tutela penale per esigenze di bene comune e individuale;

ii) al contempo, tuttavia, i presupposti della responsabilità colposa appaiono, per loro stessa natura, estremamente *proteiformi* e a tratti persino sfuggenti, come si è cercato di dimostrare nelle riflessioni che precedono (pensiamo al concetto in parte indeterminato di "colpa generica", ai problemi del nesso di rischio, della prevedibilità ed evitabilità dell'evento, al tema della esigibilità della condotta alternativa diligente, e così via): analoghi problemi non sembrano affiorare nell'ambito del reato doloso, il cui centro di riferimento è pressoché sempre l'agente concreto e individuale, mentre nell'imputazione colposa la *concretezza* dell'agente deve sempre fare i conti, in qualche misura, con l'*astrattezza* delle pretese ordinamentali di diligenza, prudenza e perizia;

iii) considerato che, nonostante i più ampi sforzi volti a concepire in modo rigoroso e "garantistico" i presupposti della responsabilità colposa, residua ancora una sorta di "residuo fisso", vale a dire alcune *aree grigie* nelle quali il ruolo qualificatorio dell'interprete o del giudice appare tutt'oggi ampiamente discrezionale, ai limiti del-

l'arbitrario, gli obiettivi conclusivi che ci possiamo prefiggere sono di due ordini:

– da un lato, viste le plurime criticità che affliggono il tema della colpa, sarebbe opportuno limitare *già in astratto* la punibilità colposa, riducendo il più possibile il novero dei reati non intenzionali e “depenalizzando” in certi ambiti e a determinate condizioni le ipotesi di *colpa lieve*⁵³ (come già, d'altra parte, avviene nel giudizio di responsabilità contabile e in alcuni ambiti del diritto civile, oltre che in alcune direttive europee come quella ambientale), ipotesi in cui il rischio di intuizionismo giudiziario raggiunge livelli elevatissimi e a tratti inaccettabili;

– dall'altro lato, il compito che incombe sul penalista consiste nell'individuare criteri teorici e applicativi che possano il più possibile arginare le predette incertezze interpretative: si fa riferimento, in particolare, alla necessità di delimitare in modo razionale i concetti stessi di “regola cautelare” e di “nesso di rischio” anche nei casi di colpa generica, nonché di individuare parametri il più possibile certi e “indeformabili” per la conduzione dei giudizi oggettivi e soggettivi di prevedibilità ed evitabilità dell'evento. A tali problemi dovranno, dunque, essere dedicate prossime e ulteriori ricerche che, pur a fronte di un ineliminabile tasso di *dialetticità* della imputazione colposa, mirino ad ancorare la materia *de qua* a parametri indefettibilmente *logico-razionali* conformi ai principi di legalità e di personalità della responsabilità penale.

Abstract

Il saggio esamina alcuni aspetti problematici della responsabilità colposa, partendo dalla consapevolezza della natura intrinsecamente dialettica

⁵³ Per evitare ulteriori rischi di arbitrio qualificatorio, la nozione di “colpa lieve” dovrebbe essere, a sua volta, il più possibile precisata in sede legislativa, mediante indicazione di parametri di natura *oggettiva* e *soggettiva*, sul modello dei criteri normativi di cui all'art. 133 c.p. Quanto agli aspetti oggettivi, come noto, si tratta di misurare la “distanza” tra la condotta materiale serbata dall'agente e gli standard di comportamento che, di volta in volta, vengano in rilievo; per gli aspetti soggettivi, è necessario misurare il “grado” di prevedibilità e di evitabilità dell'evento da parte dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*, anche considerate eventuali situazioni di particolare difficoltà e complessità caratterizzanti il concreto scenario in cui l'agente si sia trovato ad operare.

di tale forma di imputazione. In particolare, lungo i due poli della “astrattezza” e della “concretezza” della colpa, vengono esaminati alcuni aspetti specifici di tale forma di responsabilità penale: la dicotomia colpa generica *vs.* colpa specifica, la dialettica tra principio di affidamento e principio di autoresponsabilità, il problema della colpa medica e delle linee-guida, i criteri e i parametri per accertare la prevedibilità e l’evitabilità dell’evento.

The essay examines some problematic aspects of negligence-based liability, starting from the inherently dialectical nature of this form of liability. In particular, by exploring the two poles of the ‘abstract’ and ‘concrete’ aspects of negligence, the author examines specific aspects of this form of criminal liability: the dichotomy between general negligence and specific negligence, the dialectic between the principle of reliance and the principle of self-responsibility, medical negligence and guidelines, criteria and parameters for determining the foreseeability and avoidability in result crime.

IVAN DEMURO

IL TRASFERIMENTO DELLE PARTECIPAZIONI MORTIS CAUSA. LA DONAZIONE

SOMMARIO: 1. Oggetto della successione (e della donazione). – 2. Il trasferimento *mortis causa* delle partecipazioni con responsabilità limitata. – 3. Le donazioni e le liberalità non donative. – 4. La sorte dei finanziamenti e dei patti parasociali.

1. Il trasferimento delle partecipazioni *mortis causa* (e mediante donazione) pone la necessità di considerare aspetti sia di diritto successorio sia di diritto societario nonché le problematiche di carattere fiscale, che non possono essere in questa sede affrontate ma che, in ogni caso, innegabilmente “condizionano” alcune scelte in un’ottica successoria portando anche ad una pianificazione della stessa¹.

Il trasferimento può avvenire attraverso un testamento, nelle diverse forme previste, oppure *ab intestato*, con una formale (e dichiarata) donazione oppure con una liberalità non donativa (*rectius*: donazione indiretta).

Senza in questa sede potere approfondire le problematiche relative al titolo successorio o donativo, è innegabile che alcune peculiarità del diritto successorio possono avere delle conseguenze anche sul piano societario.

¹ Per alcune questioni (di peculiare rilevanza fiscale) si rinvia a A. BUSANI, *Trasferimento agevolato mortis causa o per donazione, patto di famiglia e trust di quote di partecipazione in società di persone*, in *Società*, 2025, p. 507 ss.; M. MARZANO, *Il passaggio generazionale di aziende e partecipazioni nella riforma del tributo successorio*, in *Notariato*, 2025, p. 323 ss.; spunti interessanti in S. MASTURZI, *Holding e “cas-seforti” di famiglia*, in *Giur. it.*, 2025, 1, p. 217 ss.; sul punto anche M. MEOLI e G. ODETTO (a cura di), *Le holding di famiglia*, Torino, 2024, p. 521 ss.

In primo luogo, occorre evidenziare la distinzione in relazione all'oggetto che cade in successione.

Ciò in quanto non tutte le partecipazioni sociali o, meglio, le partecipazioni ad una società possono essere oggetto di trasferimento *mortis causa* o mediante donazione.

La partecipazione alla società di persone, ad eccezione della partecipazione del socio accomandante (art. 2322 c.c.), non cade in successione in quanto la morte del socio determina lo scioglimento del singolo rapporto dal quale, *ex art.* 2284 c.c., discende l'obbligo per i soci superstiti di liquidare la quota agli eredi con la possibilità, se questi vi consentono, di continuare l'attività con loro. In alternativa è possibile, su decisione dei soci superstiti, lo scioglimento della società, con liquidazione della quota ereditaria unitamente a quelle degli altri soci. L'ulteriore possibilità è rappresentata da una scelta dei soci che, nel contratto sociale, disciplinano l'evento morte del socio attraverso, solitamente, delle clausole di continuazione o di consolidamento².

La *ratio* di tale disciplina (non trasferibilità) è riconducibile, per quanto riguarda i soci superstiti, all'*intuitu personae* che contraddistingue le società di persone (socio defunto e eredi potrebbero non avere le stesse "caratteristiche") e, per quanto riguarda gli eredi, alla responsabilità limitata per le obbligazioni sociali, che inoltre determina anche la necessità di un coordinamento con la possibilità di accettare l'eredità con beneficio di inventario e quindi con una responsabilità limitata al patrimonio del *de cuius*.

Per le stesse ragioni, in estrema sintesi, non è possibile donare la partecipazione sociale (*rectius*: la partecipazione al contratto) di società di persone in quanto, come è noto, anche da un punto di vista strettamente formale l'uscita e l'ingresso in società di un socio non può avvenire mediate "trasferimento" della partecipazione ma solamente attraverso la modifica del contratto sociale.

L'eccezione a tale non trasferibilità (anche *mortis causa*) è rappresentata dalla partecipazione del socio accomandante che, non determinando poteri gestori né responsabilità limitata, può essere og-

² In argomento, *ex multis*, A. BORTOLUZZI, *Quote di partecipazione e loro trasferimento*, in V. DONATIVI (diretto da), *Trattato delle società*, I, Milano, 2022, p. 1369 ss.

getto di trasferimento (art. 2322 c.c.), con conseguente subingresso in società dei beneficiari del trasferimento, siano essi eredi, legatari o donatari.

La responsabilità limitata per le obbligazioni sociali determina quindi la trasferibilità della partecipazione, anche *mortis causa*.

2. La sussistenza di una responsabilità limitata in capo al socio determina la possibilità di trasferire liberamente le partecipazioni sociali (azioni e partecipazioni in società a responsabilità limitata) nel rispetto di eventuali limiti previsti statutariamente³.

Da un punto di vista normativo non è prevista una differente disciplina in relazione al titolo (*inter vivos* o *mortis causa*) di trasferimento.

L'art. 2355-*bis*, comma 3, c.c., estende ai trasferimenti *mortis causa* di azioni la disciplina relativa agli eventuali limiti statuari al trasferimento. Non è inoltre prevista alcuna differenziazione in relazione alle formalità e agli adempimenti necessari previsti per il trasferimento dall'art. 2355 c.c., che, in ogni caso, non potrà prescindere dal fatto che si rende necessario tenere in considerazione il titolo successorio ai fini degli adempimenti richiesti per l'opponibilità dello stesso alla società e quindi per consentire agli eredi l'esercizio dei diritti sociali.

L'art. 2469 c.c. prevede la libera trasferibilità delle partecipazioni di società a responsabilità limitata sia *inter vivos* che *mortis causa*. La stessa disposizione, al secondo comma, prevede anche a favore degli eredi del socio il diritto di recesso in caso di intrasferibilità assoluta della partecipazione o quale conseguenza di clausole di gradimento che nel caso concreto impediscano il trasferimento.

È evidente che, pur in presenza della stessa disciplina, il trasferimento *mortis causa* ha delle peculiarità proprie che lo distinguono rispetto a quello *inter vivos*.

In primo luogo, occorre tenere in considerazione il fatto che, essendo venuto meno il socio, è necessario che un trasferimento a favore dell'erede o del legatario debba avvenire, in quanto è evidente

³ La stessa "libertà" di trasferimento è prevista anche per le azioni del socio accomandatario anche se questo non beneficia della responsabilità limitata.

che il *de cuius* non potrà più essere socio⁴. Qualora, (anche) in forza di clausole statutarie, non sia possibile il trasferimento della partecipazione sarà necessaria la liquidazione della stessa a favore dell'erede o del legatario.

Questa situazione è particolarmente evidente nelle ipotesi nelle quali l'erede o il legatario non possa essere socio in quanto sussiste un impedimento a ciò.

Senza pretesa di esaustività, anche in considerazione delle diverse clausole volte a limitare la circolazione delle partecipazioni sociali, si possono richiamare alcune possibili fattispecie dalle quali trarre degli spunti se non dei principi di carattere generale.

L'impossibilità del trasferimento delle partecipazioni sociali all'erede o legatario può discendere da una decisione di un organo sociale oppure da una scelta statutaria, che magari non espressamente considera anche il trasferimento *mortis causa*.

A tal proposito si può richiamare la disciplina relativa alle azioni con prestazioni accessorie, il cui trasferimento, *ex art. 2345 c.c.*, è subordinato al consenso dell'organo amministrativo anche per quanto riguarda i trasferimenti *mortis causa*⁵. È bene, però, evidenziare una differenza. Il mancato consenso in caso di trasferimento *inter vivos* impedisce lo stesso, mentre nel trasferimento *mortis causa* dovrebbe determinare la liquidazione a carico della società delle partecipazioni in questione, con conseguente incidenza sul patrimonio sociale. In alternativa si potrebbe ipotizzare, con specifica clausola statutaria, che, essendo le prestazioni accessorie riferibili ad uno specifico socio e quindi *intuitu personae*, la morte di questo farebbe cessare le pre-

⁴ Non sono da escludere problematiche di carattere gestorio delle partecipazioni qualora sulle stesse si formi una comunione ereditaria e si renda necessario nominare un rappresentante comune o, prima ancora dell'accettazione, un amministratore dei beni ereditari; sull'argomento G. BENETTI, *La gestione della partecipazione di s.r.l. in comunione da parte dei successori: strumenti negoziali*, in *Notariato*, 2025, p. 95 ss.

⁵ A. BARTALENA, *Le prestazioni accessorie*, in *Trattato Colombo-Portale*, I***, Torino, 1991, p. 891-892, secondo il quale la locuzione utilizzata («*le azioni... non sono trasferibili senza il consenso degli amministratori*») dovrebbe considerarsi riferibile anche ai trasferimenti *mortis causa* in conformità alla *ratio* dell'intervento dell'organo amministrativo volto ad assicurare la sussistenza dei requisiti per garantire la continuità delle prestazioni a favore della società.

stazioni accessorie e conseguentemente le azioni si “trasformerebbero” in ordinarie e quindi, astrattamente, potrebbero essere trasferite senza il consenso dell’organo amministrativo.

Lo statuto, inoltre, per evitare delle conseguenze patrimoniali in capo alla società o dubbi interpretativi e applicativi, potrebbe disciplinare la sorte di tali azioni in caso di morte del socio obbligato alle prestazioni accessorie nonché richiamare la disciplina del recesso (art. 2437-*quater*, c.c.) per la liquidazione della stessa al fine di avere delle alternative (offerta ai soci e, eventualmente, a terzi) rispetto alla liquidazione (immediata) a carico del patrimonio sociale. Questo, pur con il rischio di seguito indicato, è di particolare importanza in quanto il socio defunto potrebbe anche essere titolare di una quota di maggioranza o, in ogni caso, di rilevante valore.

Meno problematica potrebbe essere la successione relativa ad una partecipazione di società a responsabilità limitata nel caso di un socio che, *ex art.* 2468, comma 3, c.c., fosse anche titolare di particolari diritti riguardanti l’amministrazione della società o la distribuzione degli utili. In questo caso, non essendo i particolari diritti trasferibili in quanto riferibili alla persona del socio e non alla partecipazione (intesa quale quota), il trasferimento *mortis causa* della partecipazione dovrebbe seguire la disciplina ordinaria. In relazione all’attribuzione dei particolari diritti non è da escludere che i medesimi siano attribuiti al socio individuato *per relationem*⁶ quale, per esempio, appartenente (e/o discendente) ad una determinata famiglia o ad un determinato gruppo. In tal caso, qualora l’erede o il legatario abbia tali caratteristiche soggettive, sarà possibile anche la successione nei particolari diritti a condizione, però, che si trasferisca anche la partecipazione sociale.

Anche i “classici” limiti al trasferimento delle partecipazioni, quali clausole di gradimento e clausole di prelazione, qualora non espressamente disciplinati nello statuto, richiedono dei necessari adeguamenti per i trasferimenti *mortis causa*.

Nella società per azioni nel cui statuto sia prevista una clausola di gradimento occorre fare una distinzione in relazione alla discrezionalità riservata all’organo che deve prestarlo.

⁶ A. ABU AWWAD, *Quote di partecipazione*, in V. DONATIVI (diretto da), *Trattato delle società*, III, Milano, 2022, p. 258.

Come previsto per il trasferimento *inter vivos*, il mero gradimento per essere efficace deve prevedere dei correttivi, quali l'obbligo di acquisto (da parte della società o dei soci) o il diritto di recesso.

Non sussistono particolari problemi qualora la società (o i soci), negato il gradimento agli eredi o al legatario, proceda(no) all'acquisto delle azioni cadute in successione: agli eredi verrà pagato il corrispettivo relativo al valore delle azioni.

Qualche dubbio interpretativo, anche di carattere formale, potrebbe porsi qualora le azioni non siano acquistate. In questo caso il recesso, ipotizzato per il socio in vita, non potrebbe essere esercitato, in quanto presupposto per l'esercizio è l'essere socio e ciò, come è evidente, non sarebbe possibile per l'erede/legatario che non avesse avuto il gradimento. Nel silenzio dello statuto si potrebbe optare per una liquidazione delle azioni sulla base del valore determinato secondo i criteri di cui all'art. 2437-*ter* c.c. e (presumibilmente) seguendo la procedura di cui all'art. 2437-*quater* c.c. Tale procedura, come è noto, potrebbe anche determinare lo scioglimento della società qualora, mancando interessati all'acquisto delle azioni e non essendo in grado la società ad acquistarle, sia deliberato lo scioglimento oppure la riduzione del capitale sociale con l'applicazione dell'art. 2445 c.c. e la conseguente possibilità di scioglimento quale conseguenza dell'accoglimento dell'opposizione.

Tale eventualità non è remota dal momento che le azioni che cadono in successione potrebbero anche essere quelle di maggioranza o, in ogni caso, di rilevante valore, con tutto ciò che ne discenderebbe in termini di valutazione e di impatto dell'eventuale liquidazione sul patrimonio della società.

Lo stesso criterio (liquidazione della quota) e la stessa procedura dovrebbero essere seguiti qualora il gradimento, pur non essendo "mero" sia ancorato a criteri oggettivi (appartenenza dei soci ad un determinato gruppo professionale, geografico, ecc.) non sussistenti in capo all'erede/legatario. In questo caso non sarebbe integrato il requisito soggettivo per essere socio e quindi non sarebbe statutariamente possibile effettuare il trasferimento e, conseguentemente, sarà necessario procedere alla liquidazione delle azioni.

Ciò posto, occorre ora considerare la presenza di una clausola statutaria di prelazione che, se non espressamente escluso, si appli-

cherà anche al trasferimento *mortis causa*. In questo caso il problema che si porrà è quello relativo alla determinazione del corrispettivo non presente nella successione *mortis causa*. Anche in questo caso non potendo l'erede/legatario succedere nelle azioni a questo dovrà essere versato il corrispettivo determinato *ex art. 2437-ter c.c.*

Qualche dubbio interpretativo potrebbe discendere dalla presenza di una clausola di intrasferibilità delle azioni che, *ex art. 2355-bis*, comma 1, c.c., stabilisce, per un massimo di cinque anni, un divieto di trasferimento delle azioni.

La morte del socio durante il periodo di intrasferibilità non dovrebbe essere di ostacolo al trasferimento *mortis causa* delle azioni, qualora non sussistano ulteriori limiti alla circolazione delle azioni applicabili al termine del periodo di blocco. La libera circolazione, oltre il periodo di blocco, consentirebbe infatti il trasferimento *mortis causa* con la “sola” conseguenza che l'erede/legatario succederà anche nell'intrasferibilità e quindi l'eventuale suo ulteriore trasferimento sarà a questa (in termini temporali) vincolata.

Nella società a responsabilità limitata la disciplina è più “attenta” al rischio di intrasferibilità (anche *mortis causa*). Ciò in quanto il secondo inciso del secondo comma dell'art. 2469 c.c. stabilisce che qualora lo statuto preveda «*condizioni o limiti che nel caso concreto impediscano il trasferimento a causa di morte, il socio o i suoi eredi possono esercitare il diritto di recesso ...*».

Si tratta di una previsione che potrebbe definirsi onnicomprensiva in quanto alla stessa dovrebbero essere soggette tutte le previsioni statutarie che nel concreto *impediscono* il trasferimento.

A prescindere dall'oggettiva difficoltà per l'erede/legatario di esercitare il diritto di recesso (quale socio) sul presupposto di non potere divenire socio, parrebbe corretto ritenere che anche in tal caso allo stesso spetterà la liquidazione della quota nel rispetto della procedura di cui all'art. 2473 c.c. che, come è noto, potrebbe anche determinare lo scioglimento e la messa in liquidazione della società⁷. Anche questa è un'ipotesi non remota se si considera che la partecipazione caduta in successione potrebbe essere anche quella di maggioranza o, eventualmente, di rilevante valore economico.

⁷ Negli stessi termini M. SPERANZIN, *Quote di partecipazione*, in V. DONATIVI (diretto da), *Trattato delle società*, III, Milano, 2022, p. 302-303.

Da quanto sinteticamente esposto pare corretto evidenziare che statutariamente sarebbe opportuno disciplinare anche la successione *mortis causa* nelle partecipazioni sociali prevenendo, in relazione alle peculiarità della società, o una libera trasferibilità *mortis causa*, eventualmente anche circoscritta (eredi legittimi) oppure una disciplina che, in caso di vincoli e limiti al trasferimento successorio, individui delle modalità di liquidazione della partecipazione chiare ed equilibrate che tengano anche conto delle esigenze della società in termini di certezza, nonché di impatto patrimoniale-economico sulla stessa.

3. La donazione delle partecipazioni sociali è un atto *inter vivos* e quindi posto in essere da un socio a favore di un beneficiario per spirito di liberalità. Non si pongono quindi le criticità derivanti dalle limitazioni alla circolazione delle partecipazioni sociali evidenziate in relazione ai trasferimenti *mortis causa*. Ciò in quanto l'eventuale ostacolo al trasferimento in questo caso, essendo il socio vivente, non determina la necessità di procedere alla liquidazione della partecipazione ma semplicemente si dovrà tener conto delle eventuali clausole statutarie che limitano il trasferimento che non potrà essere realizzato.

In proposito, va segnalato che solitamente la donazione viene presa in considerazione nelle clausole di prelazione che, per evitare l'elusione del limite con un atto non oneroso (*rectius*: senza corrispettivo), prevedono che il diritto di preferenza sussista in caso di qualsiasi trasferimento, *compresi quelli a titolo gratuito*, stabilendo anche il criterio per la determinazione del valore da corrispondere⁸.

In assenza di tale clausola la donazione non sarà soggetta all'eventuale diritto di prelazione statutaria.

Se, da un lato, la donazione non crea particolari problemi in relazione al trasferimento delle partecipazioni e all'applicazione dei relativi limiti alla circolazione quando si è in presenza di una donazione diretta, da un altro lato, si potrebbero porre dei dubbi inter-

⁸ Sulla c.d. prelazione impropria si rinvia a V.V. CHIONNA, *Limiti alla circolazione delle azioni*, in V. DONATIVI (diretto da), *Trattato delle società*, II, Milano, 2022, p. 479 ss.

pretativi in presenza delle liberalità non donative, ossia le donazioni indirette, non sempre di facile individuazione.

L'importanza di individuare l'atto donativo indiretto è rilevante anche per la valutazione e per le conseguenze dello stesso nella fase *post* trasferimento.

Ciò in quanto, trattandosi di atti liberali, tanto le donazioni dirette quanto quelle indirette (soggette alla stessa disciplina), potrebbero essere oggetto di collazione (*ex art. 737 c.c.*) al fine di determinare la quota disponibile del *de cuius*, con la conseguente possibilità di essere oggetto di riduzione *ex art. 553 c.c. e s.s.* (nello specifico *art. 556 c.c.*) al fine di reintegrare la quota di legittima.

In primo luogo, non essendoci particolari difficoltà nell'individuazione delle donazioni dirette, si pone la necessità di individuare le possibili donazioni indirette da valutare ai fini della determinazione della quota disponibile del *de cuius*.

Le peculiarità della disciplina societaria e le diverse possibili operazioni che possono determinare un "trasferimento" di partecipazioni senza corrispettivo rendono necessaria l'individuazione di quelle operazioni che, conosciute e utilizzate nella prassi, potenzialmente potrebbero integrare una *liberalità non donativa* in quanto potrebbero incrementare il patrimonio del donatario e depauperare quello del donante.

In merito, senza pretesa di esaustività, si possono richiamare: (*i*) la compravendita *nummo uno* (prezzo simbolico o sotto il valore di mercato) di una partecipazione eventualmente anche con provvista fornita dal donante; (*ii*) la liberazione di un aumento del capitale con provvista messa a disposizione del donante; (*iii*) l'aumento di capitale sottoscritto senza sovrapprezzo; (*iv*) i conferimenti non proporzionali; (*v*) le operazioni straordinarie (fusione/scissione) con rapporti di cambio di "favore".

È evidente che, in tali operazioni, lo spirito di liberalità non dovrà ritenersi sussistente *sic et simpliciter* ma dovrà essere valutato e accertato nel caso concreto, ponendo non pochi problemi anche in termini di coordinamento tra diritto successorio e diritto societario.

Ciò in quanto le donazioni (anche indirette) di partecipazioni, come tutte le donazioni, sono caratterizzate da una non assoluta stabilità, in quanto potrebbero essere soggette a riduzioni che, in relazione alla capienza del residuo patrimonio del donatario, potrebbero

anche determinare delle modifiche agli assetti societari o, eventualmente, dei contenziosi tra eredi (soci). A ciò si aggiunga l'astratta possibilità di revoca della donazione ai sensi dell'art. 800 cc.

Individuato il *donatum*, o, meglio, individuato l'oggetto del trasferimento donativo, è necessario valutare lo stesso al fine di determinare la quota disponibile in capo al *de cuius* e, conseguentemente, nel caso concreto si pone il problema di valutare le partecipazioni sociali.

Per procedere a tale calcolo si effettua la c.d. riunione fittizia del patrimonio del defunto in relazione a quanto stabilito dall'art. 556 c.c. ovvero, per quanto interessa in questa sede, riunendo «... *fittiziamente i beni di cui sia stato disposto a titolo di donazione, secondo il loro valore determinato in base alle regole dettate negli articoli 747 a 750 ...*». In proposito l'art. 750 c.c. (“*Collazione di mobili*”) specifica che il valore dei beni mobili (quindi delle partecipazioni) è quello che «*essi avevano al momento dell'apertura della successione*».

Occorre evidenziare che il legislatore, a differenza di quanto stabilito per la collazione di beni immobili, non ha previsto per le donazioni di beni mobili, quindi anche le partecipazioni, dei correttivi che consentano di attualizzare (dal tempo della donazione) il valore del donato al momento dell'apertura della successione. L'attualizzazione del valore degli immobili donati deve, *ex art. 748 c.c.*, infatti tenere conto del valore: (i) delle migliorie apportate (comma 1); (ii) delle spese straordinarie sostenute dal donatario per la conservazione del bene (comma 2); (iii) dei deterioramenti, imputabili al donatario, che hanno determinato una diminuzione del valore.

Tale attenzione rispetto alle donazioni di beni immobili trova la sua giustificazione nel concetto di ricchezza del legislatore storico, basata sulla proprietà immobiliare, che, nonostante la trasformazione economica, non è stata oggetto di modifica normativa.

È evidente, infatti, che la valutazione “pura” delle partecipazioni sociali al momento dell'apertura della successione potrebbe apparire non corretta o quanto meno non congrua in quanto la (quasi certa) variazione, tanto in positivo quanto in negativo, di valore della partecipazione discenderebbe da fatti sopravvenuti rispetto alla situazione sussistente al momento della donazione.

La dinamicità dell'attività d'impresa con la conseguente dinamicità della variazione di valore o anche modifica degli assetti societari

è la naturale conseguenza della peculiarità del bene, della quale pare corretto debba tenersi conto.

Nel silenzio della normativa si tratta di valutare se sia possibile pervenire ad una valutazione dinamica delle partecipazioni sociali che consideri anche le dinamiche dell'attività d'impresa e le conseguenze di queste nella determinazione del valore ai fini della riunione fittizia del patrimonio del *de cuius*.

Occorre segnalare che la giurisprudenza, anche di legittimità (*ex multis* Cass. civ., sez. VI-2, Ord., 27 gennaio 2022, n. 2505) ritiene che, nel rispetto del dettato normativo, la valutazione delle partecipazioni debba essere effettuata al momento dell'apertura della successione.

A tali interpretazioni si contrappongono diverse ricostruzioni della dottrina che cercano di superare il dato letterale o, meglio, cercano di effettuare un'interpretazione analogica cercando di estendere alle donazioni di partecipazioni sociali quanto stabilito per le donazioni di beni immobili⁹.

Attraverso queste interpretazioni si estendono alla valutazione delle partecipazioni sociali anche i "correttivi" previsti per le valutazioni degli immobili donati previsti dall'art. 748 c.c. (migliorie, lavori straordinari e deterioramenti).

Naturalmente il "trasporto" di tali correttivi alla valutazione delle partecipazioni sociali non è semplice, in quanto potrebbe essere difficoltoso individuare le migliorie (aumento del fatturato?), i lavori straordinari (acquisizioni e operazioni straordinarie?) e i deterioramenti (perdita di valore e riduzione dell'attività?) nonché le eventuali responsabilità che hanno determinato il deterioramento.

In proposito è interessante segnalare un precedente di merito (Trib. Sassari, 24 maggio 2022, n. 575) che ha ritenuto possibile un'interpretazione analogica dell'art. 768-*quater* c.c., che, previsto per il patto di famiglia, individua il momento temporale della valuta-

⁹ Per la ricostruzione delle diverse interpretazioni si rinvia a A. BUSANI, *Valutazione della quota di partecipazione al capitale di società oggetto di donazione per verificare l'eventuale lesione di legittima (e per la sua collazione)*, in *Società*, 2023, p. 209 ss., nonché a G. LO SARDO, *La collazione di azienda*, in *Notariato*, 2025, p. 493 ss.

zione al tempo del contratto di assegnazione (nel patto di famiglia) e quindi al momento della donazione.

Il tema è sempre più frequente oggetto di contenzioso e presenta diverse incertezze e quindi sarebbe auspicabile un intervento normativo chiarificatore.

4. È importante evidenziare che il trasferimento *mortis causa* o la donazione di partecipazioni sociali, siano esse azioni o quote di società a responsabilità limitata, pone la necessità di valutare anche la “sorte” degli eventuali altri rapporti giuridici che sono “collegati” alle stesse quali i finanziamenti soci e i patti parasociali.

È noto, infatti, che tali contratti, pur essendo collegati alla partecipazione sociale, ovvero avendo la qualità di socio quale presupposto, almeno iniziale, non circolano con la stessa in modo automatico e quindi non fanno parte, salvo diversa disposizione, dell’oggetto del trasferimento. Ciò significa che non è escluso che il testatore o il donante possano disporre anche dei finanziamenti soci e della partecipazione al patto parasociale. In merito a quest’ultimo, è bene precisare che è necessario che il contratto parasociale consenta il trasferimento della relativa “partecipazione” al patto parasociale. Nel senso che potrebbe essere pattuita l’impossibilità di trasferimento della “posizione contrattuale” del socio partecipante al patto parasociale. In presenza di un patto parasociale che consente il trasferimento della “posizione contrattuale” il testatore o il donante ne potrà disporre a favore dell’erede (o del legatario) o del donatario.

Per quanto riguarda il trasferimento del finanziamento soci non si pongono particolari problemi, poiché si tratterebbe di trasferire un diritto di credito del socio nei confronti della società che, in quanto tale, rientra nella disponibilità del socio. Non è da escludere la possibilità di trasferire il credito da finanziamento socio ad un soggetto diverso (anche non socio) rispetto quello a cui si trasferisce la partecipazione sociale, si tratta, infatti, di due rapporti autonomi che potrebbero essere trasferiti separatamente. È bene precisare che il “nuovo” creditore della società subentrerà nella stessa posizione del socio trasferente per quanto riguarda l’eventuale postergazione nella restituzione *ex art. 2467 c.c.*

In caso di mancata disposizione *mortis causa* del socio relativamente agli eventuali patti parasociali e agli eventuali finanziamenti soci si dovranno seguire le regole successorie ordinarie che, in ogni caso, dovranno tenere conto della disponibilità degli stessi da parte del socio.

In proposito, non essendoci particolari problemi per quanto riguarda la successione legittima nel credito da finanziamento, occorre fare una specificazione in relazione ai patti parasociali.

Secondo le regole della successione legittima, l'erede subentrerà al socio nel patto parasociale qualora questo consenta il subentro e qualora lo stesso erede subentri anche nella posizione di socio. Ciò in quanto solo subentrando della posizione di socio, quindi di titolare dei diritti sociali, potrebbe vincolarsi al patto parasociale attraverso il quale "vincolerà" l'esercizio dei diritti sociali. Diversamente, non è necessario che l'erede subentri nella posizione di socio per rispondere delle obbligazioni passate del *de cuius* derivanti da suoi inadempimenti al patto parasociale, dai quali discende un obbligo di risarcimento a favore degli altri paciscenti. In questo caso, infatti, si tratterebbe di un debito ereditario che seguirebbe la disciplina ordinaria.

Abstract

Il trasferimento di azioni per causa di morte (e per donazione) richiede la considerazione sia del diritto successorio che del diritto societario. Pur non potendo qui approfondire le questioni relative alla successione o alla donazione, è innegabile che alcune peculiarità del diritto successorio possano avere implicazioni anche per il diritto societario.

The transfer of shares through death (and donation) requires consideration of both inheritance and corporate law. Without being able to delve into the issues related to succession or donation here, it is undeniable that certain peculiarities of inheritance law can also have implications for corporate law.

SALVATORE ESPOSITO

PER UNA RIFORMA DEL DIRITTO SUCCESSORIO:
LA RISERVA DEL CONIUGE SUPERSTITE
TRA ESIGENZE DI TUTELA E LIBERTÀ TESTAMENTARIA

SOMMARIO: 1. L'art. 540, comma 2, c.c.: delimitazione dell'ambito d'indagine. – 2. La tutela del coniuge superstite nella successione *ab intestato*. – 3. Il problema della trascrivibilità dell'acquisto dei diritti di abitazione e di uso. – 4. Prospettive di riforma e profili *de jure condendo* dell'art. 540, comma 2, c.c.

1. La riflessione sull'art. 540, comma 2 c.c.¹, si inserisce nell'ambito di un più ampio processo di rinnovamento normativo del diritto

¹ In argomento *ex multis*: T. ROSSI, *La riserva a favore del coniuge superstite, Scenari attuali e prospettive evolutive*, 2022, Napoli, *passim*; ID., *I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite tra incertezze applicative e prospettive di riforma*, in *Ann. Sisdic*, 6, 2021, p. 99 ss.; M. EPIFANIA, *I diritti di abitazione e uso del coniuge superstite. Prospettive de iure condendo*, in *comparazioneDirittocivile.it*, 2022, p. 957 ss.; G. BONILINI, *La successione del coniuge superstite tra riforma e proposte di novellazione*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 1035 ss.; C. CICERO e S. DEPLANO, *Profili evolutivi dell'art. 540, comma 2, c.c.: effettività della destinazione "a residenza familiare" e rilevanza degli interessi extrapatrimoniali del coniuge superstite*, in *Riv. not.*, 2015, p. 205 ss.; C. CICERO, *Sulla riforma del diritto di abitazione del coniuge e la conservazione dei rapporti affettivi*, *ivi*, 2021, p. 1283 ss.; G. FREZZA, *Appunti e spunti sull'art. 540, comma 2, c.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 955 ss.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, 5^a ed., Milano, 1993, p. 166; G.R. FILOGRANO, *Appunti in tema di diritto alla «casa» del coniuge superstite*, in *Dir. succ. fam.*, 2021, p. 51 ss.; P. RESCIGNO, *Sulla riserva al coniuge dell'abitazione e dei mobili nella successione legittima*, in *Riv. trim.*, 2013, p. 376 ss.; E. BERGAMO, *L'oggetto del diritto di abitazione riservato al coniuge superstite*, in *Giur. it.*, 1998, p. 1794 ss.; M.G. FALZONE CALVISI, *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, Napoli, 1993, p. 18 ss.; L. MEZZANOTTE, *La successione anomala del coniuge*, Napoli, 1989, p. 60 ss.; L. FERRI, *I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite*, in *Riv. trim.*, 1988, p. 366 ss.; F. PARENTE, *Tecniche ac-*

di famiglia² che, in coerenza con i valori e i principi fondamentali³, tra loro gerarchizzati e bilanciati⁴, ridisegna la struttura e le funzioni delle relazioni familiari⁵.

quisitive dei diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite, in *Giur. it.*, 1982, c. 154; A. RAVAZZONI, *I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite*, in *Dir. fam. pers.*, 1978, p. 221; G. VICARI, *I diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite*, *ivi*, p. 1309 ss.

² V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, cit., p. 1044, rileva che: «Il rapporto [...] tra il *dover-essere reale* espresso dalla formazione-famiglia e il *dover-essere legale* rappresentato dalle regole formalmente statuite non è mai di immobile stasi né di statica quiete, quanto piuttosto di costante e continua tensione dialettica secondo nessi di reciproca interdipendenza e mutuo condizionamento».

³ Sulla valenza normativa dei principi generali, v., in particolare, P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss., ora in *Id.*, *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 122 ss.; *Id.*, *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 787 ss., ora in *Id.*, *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 348 ss.; *Id.*, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, spec. p. 326 ss.; *Id.*, *I principi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo*, in *Ann. Sisdic*, 2017, 1, p. 1 ss.; P. FEMIA, *Valori normativi e individuazione della disciplina applicabile*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 521 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Diritto per valori: principi o regole?*, in *Quad. fior. st. pens. giur. mod.*, 2002, p. 856 ss.; *Id.*, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 2008; A. FEDERICO, *Applicazione dei principi generali e funzione nomofilattica*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 797 ss.

⁴ In argomento P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 317 ss.

⁵ G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Bologna, 2013, p. 1, secondo cui la famiglia è una comunità storicamente situata e socialmente condizionata, la cui struttura e le cui funzioni mutano ed evolvono in parallelo ai processi di sviluppo economico, sociale, culturale, religioso e tecnologico della società. Per un'analisi storica dell'istituto della famiglia cfr. P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, in F. SOFIA (a cura di), Bologna, 2002, pp. 62 ss., 72 ss., 153 ss.; V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1043 ss.; M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO e M.R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, 4^a ed., Bologna, 1997, p. 1 ss.; F. BOCCHINI, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, p. 1 ss.; F. MACARIO, *Diritto di famiglia. Questioni giurisprudenziali*, Torino, 2011, p. 1.

Il codice civile del 1942, «sul filo della tradizione»⁶ del codice 1865⁷, mantiene un impianto, seppur con adattamenti⁸, «interventista»⁹ e «patriarcale»¹⁰. Nello specifico, le «linee di fondo» del codice del '42¹¹, in ossequio all'impostazione liberale-liberista dei rapporti

⁶ Così R. NICOLÒ, *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 244 ss.

⁷ F. RUSCELLO, *Dal patriarcato al rapporto omosessuale: dove va la famiglia?*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 524, evidenzia che la famiglia del codice del 1865 è «ancora una famiglia allargata, che nel patrimonio e nel lavoro familiare vede il limite e la finalità dell'unione di vita». Sul diritto di famiglia secondo il codice del 1865 cfr.: G. BRINI, *Il concetto di famiglia nel codice civile italiano*, Bologna, 1880, *passim*; G.P. CHIRONI, *Nuovi Studi: diritto di famiglia*, Torino, 1922, *passim*; A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914; G.S. DEL VECCHIO, *La famiglia rispetto alla società civile ed al problema sociale*, Torino, 1887, *passim*.

⁸ Lo rileva G. CIAN, *Introduzione. Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, in *Comm. dir. it. fam.* Cian, Oppo e Trabucchi, I, Padova, 1977, p. 33 ss.

⁹ Cfr. P. RESCIGNO, *Introduzione al Codice civile*, Roma-Bari, 1991, pp. 30 e 69.

¹⁰ L'impianto, mutuato dal *code Napoléon* del 1804, configura la famiglia entro una struttura gerarchica informata al principio di autorità che disciplina i rapporti tra coniugi e tra genitori e figli. E. LA ROSA, *Art. 316*, in L. BALESTRA (a cura di), *Della famiglia*, in *Comm. c.c.* Gabrielli, Torino, 2010, p. 821, evidenzia che: «L'attributo "patria" originariamente collegato alla potestà richiama la figura del *pater familias* della tradizione romanistica, al quale si riconosceva la *potestas* sul gruppo familiare, con poteri forti di tipo dispositivo sui suoi sottoposti sino alla punizione corporale o addirittura all'uccisione». In argomento cfr., altresì, D. VINCENZI AMATO, *La famiglia e il diritto*, in P. MELOGRANI (a cura di), *La famiglia italiana dall'Ottocento ad oggi*, Roma-Bari, 1988, p. 680 ss.; M. SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2003, p. 7 ss.; L. BONFIELD, *Il diritto di famiglia in Europa nel lungo Ottocento*, in M. BARBAGLI e D.I. KERTZER (a cura di), *Storia della famiglia in Europa. Il lungo Ottocento*, cit., p. 206 ss.

¹¹ G. CASSANO, *Evoluzione sociale e regime normativo della famiglia. Brevi cenni per le riforme del terzo millennio*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 1160 ss. osserva che: «Le linee di fondo della costituzione del 1942 sono costituite, guardando al rapporto tra coniugi, dall'affermazione del ruolo dominante del marito nei rapporti con la moglie, dalla connotazione di indissolubilità del matrimonio, dal riconoscimento della possibilità di separazione quasi sempre solo per colpa. Sul versante dei rapporti con i figli, restava rigorosa l'adesione al modello gerarchico, dove il ruolo di vertice era ricoperto solo dal padre, mentre la filiazione naturale, pur ricevendo maggiore riconoscimento che in passato, veniva disciplinata in maniera sfavorevole rispetto alla filiazione intramatrimoniale, come, del resto, emergeva già sul piano letterale dalla scelta di etichettarla come illegittima, in coerenza con la scelta di

intersoggettivi¹², si articolano attorno a un modello familiare «androcentrico»¹³ ispirato alla solidarietà corporativa, nel quale la famiglia è configurata sul piano economico come unità produttiva e, su quello sociale, come cellula organizzativa della società civile, secondo una struttura piramidale e autoritaria, posta sotto tutela statale e funzionalizzata a fini procreativi, educativi, assistenziali, disciplinari ed economici¹⁴.

Un modello di famiglia «forte»¹⁵, funzionale alla realizzazione di «finalità esterne e superiori»¹⁶, al cui interno la persona dei singoli membri è subordinata al 'primato' di un'istituzione «autoritaria e organicista»¹⁷.

In tale contesto, alla donna, benché titolare di piena capacità giuridica e di agire¹⁸, era riservato un ruolo vicario, connotato dalla

identificare la famiglia giuridicamente rilevante esclusivamente con quella fondata sull'istituto matrimoniale».

¹² A. CICU, *o.u.c.*, p. 77, rileva che la famiglia durante il periodo fascista fosse espressione di «superiore interesse». Cfr. N. ZANINI, *La famiglia. Generalità*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, I, Torino, 2000, p. 3 ss., spec. 16 ss., sottolinea come il codice civile del 1942, in ossequio all'ideologia fascista, accentua taluni profili pubblicistici dell'istituzione familiare rispetto alla disciplina previgente.

¹³ In tal senso P. CENDON, *Il diritto privato nella giurisprudenza. La famiglia*, in ID., (a cura di), I, Torino, 2000, p. 10.

¹⁴ F. RUSCELLO, *o.u.c.*, p. 526 osserva che il codice del 1942 «privilegia il “soggetto economico” in un panorama normativo che colora le relazioni umane secondo un preciso ordine gerarchico».

¹⁵ G. FERRANDO, *I rapporti personali tra coniugi: principio di eguaglianza e garanzia dell'unità della famiglia*, in M. SESTA e V. CUFFARO (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 135: «tutelata e protetta in vista di interessi che la trascendono e che giustificano il sacrificio delle ragioni individuali».

¹⁶ Lo rilevano V. POCAR e P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, 2008, p. 28 ss.

¹⁷ Così C. SALVI, *Natura e storia nell'evoluzione del diritto di famiglia in Italia. 1942-2008*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 563.

¹⁸ P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della «società coniugale» in Italia*, Milano, 2011, p. 372 ss., per un esame della l. 17 luglio 1919, n. 1776, abrogativa dell'autorizzazione maritale.

preminenza maritale (art. 144 c.c.) e da una sostanziale «soggezione»¹⁹ al potere del marito, soggezione ulteriormente accentuata tanto dal regime legale della separazione dei beni quanto dalla disciplina dei beni dotali (artt. 182 ss. c.c.) e, soprattutto, dal dovere maritale di mantenimento (art. 145, comma 1, c.c.), nonché – sul piano delle cause di separazione personale – dalla disciplina dell’adulterio, che considerava l’infedeltà della moglie causa sufficiente di separazione mentre quella del marito rilevava solo in presenza di circostanze qualificanti (art. 151, comma 2, c.c.).

L’entrata in vigore della Costituzione (artt. 29 ss. cost.)²⁰ segna il superamento del modello «patriarcale»²¹, inaugurando un nuovo «ordine familiare»²² in cui i rapporti economici arretrano di fronte ai bisogni esistenziali dei componenti²³. La matrice solidaristica dell’impianto costituzionale e il rinnovato primato della persona umana²⁴, ridisegnano la fisionomia della famiglia, non più un sistema

¹⁹ G. GIACOBBE, *La famiglia nell’ordinamento giuridico italiano. Materiali per una ricerca*, in P. VIRGADAMO (a cura di), 3^a ed., Torino, 2011, p. 4.

²⁰ C. CARDIA, *Il diritto di famiglia in Italia*, Roma, 1975, p. 68, nota 1, discorre di «evoluzione generazionale».

²¹ F. D’AGOSTINO, *Per una storia del diritto di famiglia in Italia: modelli ideali e disciplina giuridica*, in G. CAMPANINI (a cura di), *Le stagioni della famiglia. La vita quotidiana nella storia d’Italia dall’unità agli anni Settanta*, Cinisello Balsamo, 1994, p. 17 ss., descrive l’entrata in vigore della Costituzione come un «riferimento mitico fondativo».

²² F. RUSCELLO, *o.u.c.*, p. 527.

²³ G. VISMARA, *L’unità della famiglia nella storia del diritto in Italia*, in *Studi et documenta historiae et iuris*, 1956, p. 265, il quale afferma: «la famiglia vive non più come cellula di base in funzione di un ordine costituito, ma per sè stessa».

²⁴ Per la scelta ermeneutica che pone la tutela della persona all’apice della gerarchia dei valori dell’ordinamento giuridico v. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, pp. 12 ss. e 131 ss., il quale discorre di «persona come valore [che] rappresenta la parte caratterizzante l’ordinamento giuridico sì da garantirne l’unitarietà» e di «persona quale valore che è a fondamento ed è tutelato in via primaria dall’ordinamento giuridico». Analogamente v. C. MORTATI, *Problemi di diritto pubblico nell’attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, p. 435, che nell’impostazione adottata dalla Costituzione individua «come somma direttiva [...] la protezione e lo sviluppo della personalità dei singoli, non solo nel senso negativo della sua prevenzione da ogni attentato da parte di altri, ma in quello positivo dell’esigenza di pre-

gerarchicamente ordinato, bensì un «luogo-comunità»²⁵ con fun-

disporre le condizioni favorevoli al suo pieno svolgimento»; D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 355 ss., il quale afferma che «il riferimento al nostro sistema di norme giuridiche porta ad affermare che in esso il valore di persona [è] assunto a livello di principio generale dell'ordinamento» sì che «è indubbio che la definizione della persona come valore giuridico, elevato ad elemento essenziale del sistema normativo, assume carattere qualificante» (*ivi*, p. 371); S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, p. 25 ss. che discorre, invece, di «costituzionalizzazione della persona» ma cfr., altresì, ID., *Ipotesi sul diritto privato*, in ID. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna. Saggi*, Bologna, 1971, p. 15 ss.; G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, p. 338; ID., *Persona umana e formazioni sociali*, in *Iustitia*, 1977, p. 75 ss. Ma v. altresì sul primato della persona il contributo di M. BESSONE e G. FERRANDO, *Persona fisica*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 193 ss., ove è riconosciuto che «nelle norme costituzionali l'uomo non è mezzo per raggiungere altri fini. Esso è invece il fine ultimo dell'ordinamento» (*ivi*, p. 197) sì che «il progetto istituzionale di integrale sviluppo della persona espresso dalle norme costituzionali interessa perciò ogni settore dell'ordinamento».

²⁵P. PERLINGIERI, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, cit., p. 72 ss., sostiene il superamento della concezione della famiglia come persona osservando che: «La famiglia non è persona giuridica, né può essere concepita come un soggetto di autonomi diritti: essa è formazione sociale, luogo-comunità tendente alla formazione ed allo sviluppo delle personalità di coloro che vi partecipano; sì che non esprime un interesse superiore rispetto a quello dei singoli, ma una funzione strumentale per la migliore realizzazione degli interessi, affettivi ed esistenziali, dei suoi componenti. Le "ragioni della famiglia" mancano di autonomia rispetto alle ragioni individuali». Ed ancora ID., *Riflessioni sull'unità della famiglia*, in ID. (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, p. 40 rileva che: «Non si può stabilire una parità di trattamento o di valutazione tra persona e formazione sociale, attribuendo a quest'ultima un valore in sé, perché la formazione sociale ha valore costituzionale soltanto se risponde alla funzione del libero sviluppo della persona umana». Nel medesimo senso L. MENGONI, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in AA.VV., *La famiglia crocevia della tensione tra "pubblico" e "privato"*, Milano, 1979, 286 ss.; C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, I, Milano, 1951, p. 556 ss.; R. NICOLÒ, *La filiazione legittima nel quadro dell'art. 30 della Costituzione*, in *Dem. dir.*, 1960, p. 8 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1965, p. 37; P. BARCELLONA, *Famiglia (dir. civ.)*, cit., 783; P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, in *Saggi di diritto privato*, Padova, 1999, 348 ss.; S. PULEO, *Famiglia: II) Disciplina privatistica in generale*, in *Enc. giur.* Treccani, XIV, Roma, 1989, p. 9; P. CENDON, *o.u.c.*, p. 4, il quale afferma che la famiglia «si configura piuttosto come mero "luogo" di convergenza di interessi individuali fra persone legate da vincoli di

zione servente rispetto alla piena esplicazione e al libero sviluppo dei suoi membri²⁶.

Il nuovo modello «costituzionale» di famiglia ha sollecitato – soprattutto per il tramite della giurisprudenza, *in primis* quella costituzionale²⁷ – un’opera di coordinamento e di adeguamento della disciplina codicistica ai valori e ai principi della Costituzione, per ricomporre il disordine sistematico generato dalla nuova matrice assiologica dell’ordinamento. Le difficoltà applicative nella costruzione di modelli interpretativi e l’evidente frizione tra norme codicistiche e precetti costituzionali hanno quindi sollecitato il legislatore a inter-

parentela (essenzialmente entro il secondo grado) o di coniugio. Il diritto, quindi, si limita a rilevare, e perciò in definitiva a tutelare, solamente una serie di interessi individuali che nella convivenza materiale trovano un punto di incontro, di coesione, atto a trasformarli in interessi “comuni”».

²⁶ V. SCALISI, *La famiglia nella cultura del nostro tempo*, in *Dir. fam. pers.*, 2002, p. 705, osserva che «la rilevanza costituzionale della famiglia non è dovuta ad astratti o presunti valori immanenti alla famiglia in sé considerata, e quindi ad una sua soggettività, ma al suo porsi quale strumento di tutela dell’individuo, e in ragione del suo essere per l’individuo luogo privilegiato e necessario alla sua realizzazione fisica, psichica e sociale. Insomma, l’uomo non è per la famiglia ma la famiglia è per l’uomo». L’a. afferma che nella visione costituzionale la famiglia «è un nucleo di persone che condividono un reciproco impegno di cure e di affetto, di attenzione e di solidarietà, determinato dal costume e dal modo di vivere proprio della società, che acquista rilievo diverso e autonomo rispetto a tutte le altre forme associative presenti nella società, e a cui l’ordine giuridico affida compiti educativi, oltre che di mantenimento, dei propri membri, nonché una funzione socializzante che consenta la realizzazione e la promozione della persona umana (p. 707)». Cfr. anche L. CARRARO, *Riflessioni sulla nozione costituzionale di famiglia*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, 1975, p. 733, il quale evidenzia che la famiglia è una forma realizzativa della personalità «non occasionale» ma «necessaria».

²⁷ Decisiva, in tal senso è risultata l’azione della Corte costituzionale, che, attraverso l’interpretazione costituzionalmente orientata, ha progressivamente ricondotto le disposizioni del codice civile e le altre norme dell’ordinamento in materia familiare ai principi e ai valori della Costituzione. Cfr. Corte cost., 28 novembre 1961, n. 64, in *Foro it.*, 1961, I, c. 1777 ss.; Corte cost., 22 febbraio 1964, n. 9, in *giurcost.org*; Corte cost., 15 dicembre 1967, n. 143, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 592; Corte cost., 19 dicembre 1968, n. 126, in *Giur. cost.*, 1968, p. 2175 ss.; Corte cost., 3 dicembre 1969, n. 147, in *Giust. civ.*, 1970, p. 3. Per un esame dei risultati conseguiti dalla giurisprudenza costituzionale v. F. UCCELLA, *Appunti sulla giurisprudenza costituzionale in tema di diritto di famiglia*, in *Giur. cost.*, 1978, I, p. 1059 ss.

venire con una riforma organica del diritto di famiglia, volta ad assicurare la dignità personale di tutti i componenti del nucleo familiare²⁸.

La l. 19 maggio 1975, n. 151²⁹, preceduta dalla l. 1 dicembre 1970, n. 898 (istitutiva del «divorzio»)³⁰, delinea un assetto più egualitario e meno discriminatorio³¹, riformando, in chiave costituzionalmente orientata, la disciplina dei profili personali e patrimoniali dei rapporti di coppia e della genitorialità³². I principi di libertà, respon-

²⁸ Esigenza avvertita dalla stessa Corte costituzionale. Cfr. Corte cost., 27 dicembre 1965, n. 101, in *Giur. cost.*, 1965, p. 1350 ss., la quale individua nelle questioni che vengono sottoposte al suo vaglio «uno stato della pubblica coscienza assai sensibile al principio costituzionale della parità morale e giuridica dei coniugi, per la cui piena attuazione, nel rispetto dell'altro principio costituzionale dell'unità familiare, è da auspicare un organico intervento del legislatore». Per una rassegna delle pronunce in argomento R. LANZILLO e E. ZANETTI, *Le sentenze della corte costituzionale in materia di diritto di famiglia*, in *Dir. fam.*, 1976, p. 360 ss.

²⁹ In argomento G. CIAN, *Sui presupposti storici e sui caratteri del diritto di famiglia riformato*, in *Comm. dir. it. fam.* Cian, Oppo e Trabucchi, I, Padova, 1977, p. 23 ss.; M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO e G. FERRANDO, *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 2^a, 1980, p. 10 ss.; P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti*, p. 401 ss., ritiene che con la riforma del diritto di famiglia del 1975, sia venuta meno l'organizzazione codicistica di matrice gerarchica a favore di una concezione democratica della famiglia, nella quale il ruolo del singolo trova spazi operativi e garanzie di tutela più incisivi rispetto al passato. Con specifico riguardo all'art. 540 c.c. cfr. G. GABRIELLI, *Intorno alla soppressione dell'usufrutto uxorio*, in *La riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1972, p. 243 ss.; M.G. FALZONE CALVISI, *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, Napoli, 1993, p. 2 ss.

³⁰ Per un'analisi della legge cfr. P. RESCIGNO, *Divorzio e diritto di famiglia*, in *Mulino*, 1970, p. 187 ss.; A. PALLADINO e V. PALLADINO, *Il divorzio. Commento teorico-pratico alla legge sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, Milano, 1975, p. 45 ss.

³¹ L. CARLASSARE, *Posizione costituzionale dei minori e sovranità popolare*, in A. DE CRISTOFARO e A. BELVEDERE (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980, p. 49, rileva che la riforma ha segnato «un momento di passaggio [...] dall'idea della famiglia come entità sopraindividuale, cui gli individui devono completamente subordinarsi, all'idea di una comunità di soggetti che conservano la loro individualità e con essa conservano, in un ambito di responsabilità, diritti individuali».

³² M. DI MASI, *Famiglie, pluralismo e laicità. Processi di secolarizzazione del diritto di Famiglia*, in *Famiglia*, 2018, p. 246, qualifica questa stagione di riforme come la «prima fase» del processo di «secolarizzazione» del diritto di famiglia.

sabilità, parità e solidarietà, segnano il (definitivo) passaggio da una famiglia (ancóra) patriarcale³³ ad una di tipo «paritario», consentendo di rendere concretamente operativo il «governo democratico della famiglia»³⁴ e sancendo la completa parificazione dei coniugi, non soltanto sul piano patrimoniale, ma anche su quello etico e sentimentale³⁵.

È proprio alla luce di questa profonda riconsiderazione del ruolo del coniuge, in chiave costituzionalmente orientata, che deve essere letta la scelta legislativa di rafforzarne la tutela anche in sede successoria.

Una conferma in tal senso si rinviene, tra l'altro³⁶, nell'art. 540, comma 2, c.c., il quale, superando il previgente «usufrutto *uxorio*» spettante al coniuge superstite su parte del patrimonio del *de cuius*³⁷,

³³ M. SESTA, *o.u.c.*, p. 27, descrive tale modello familiare come «espressione delle culture di matrice idealistica, rurale e cattolica».

³⁴ F.D. BUSNELLI, *Libertà e responsabilità dei coniugi nella vita familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 132, discorre di «criterio democratico di governo della famiglia, imponendo il rispetto contro eventuali pretese autoritarie dell'uno e dell'altro coniuge».

³⁵ P. FORCHIELLI, *Aspetti successori della riforma del diritto di famiglia*, in *Riv. trim.*, 1975, p. 1015, osserva che «la soluzione adottata [...] appare coerente con la nuova concezione costituzionale e legislativa della famiglia: una concezione aperta e democratica, nella quale, un coniuge non conta più dell'altro e, almeno sotto il profilo patrimoniale, né il figlio capace conta più del genitore, né il genitore conta più del figlio. Una sostanziale uguaglianza patrimoniale dunque tra tutti i componenti della famiglia [...] che non poteva non protrarsi anche oltre la morte di uno dei coniugi».

³⁶ Risponde alla medesima *ratio* l'art. 6 l. 27 luglio 1978, n. 392 che stabilisce la «successione» del coniuge superstite nel contratto di locazione concluso dal locatore con l'altro coniuge (art. 6 l. 27 luglio 1978, n. 392).

³⁷ L. MEZZANOTTE, *La successione anomala del coniuge*, Napoli, 1989, p. 19 ss., rileva che la disciplina dei diritti successori del coniuge conosce, storicamente, un'evoluzione da condizione «inesistente o del tutto marginale» a progressiva tutela. Nel diritto romano classico, dominato dallo *ius sanguinis*, il coniuge era escluso dalla successione, poiché con il matrimonio *cum manu* la moglie diveniva *filia familias*. Una prima incrinatura si ha con la *bonorum possessio ex edicto unde vir et uxor*, che attribuisce al coniuge un diritto successorio «residuale». L'età giustiniana introduce la quarta *uxoria* (Nov. 53 e 117), pari a un quarto del patrimonio alla vedova povera, anche *ab intestato* e in sede testamentaria, senza però scardinare la centralità della *familia legitima*. Nel Medioevo e nell'età comunale prevalgono as-

riconosce a quest'ultimo (o alla parte unita civilmente)³⁸, anche in concorso con altri chiamati, il diritto di abitazione sulla casa fami-

setti eterogenei e uno stabile «sfavore verso la vedova»; nei diritti germanico-lombardi operano strumenti para-successori dalla *meta* (somma assegnatale dal marito in caso di vedovanza), e dal *morgengabe* (assegno matrimoniale). Il *Code civil* (1804) segna un arretramento, con chiamata solo in assenza di parenti fino al XII grado; la l. 9 marzo 1891 ammette un usufrutto di 1/4. I codici preunitari italiani, in linea napoleonica, restano restrittivi Cod. Due Sicilie, art. 683; Cod. Parmense, art. 857; Editto Toscano, artt. 26-28; Cod. Estense, art. 934), salvo il Codice Sardo che riconobbe al coniuge superstite un vero e proprio diritto successorio indipendente dalla condizione economica (art. 959 ss.). Il Codice civile del 1865 introduce l'«usufrutto uxorio»: nella successione legittima, al coniuge spettava una quota in usufrutto pari a quella di ciascun figlio (art. 753) in concorso con figli legittimi, 1/3 in proprietà in concorso con i parenti fino al sesto grado (art. 754) e l'intera eredità in mancanza di parenti entro il sesto grado (art. 755); nella successione testamentaria, una quota di usufrutto pari a quella di ciascun figlio, ovvero di 1/4 in concorso con ascendenti e di 1/3 in mancanza di discendenti e ascendenti (artt. 812-814). In parallelo, la consuetudine francese conosceva il «*douaire de la femme*», accordo pattizio post-nuziale che, in caso di vedovanza, attribuiva alla moglie il godimento della metà degli immobili del marito, con riserva ai figli della nuda proprietà. I coevi ordinamenti europei (BGB § 1931; ABGB § 757; ZGB art. 462) ampliano la posizione del coniuge, sino a quote in proprietà di 1/4 o 1/2, talora con facoltà di scelta tra usufrutto e proprietà.

³⁸ L'art. 42 della l. 20 maggio 2016, n. 76, attribuisce il diritto di abitare la casa familiare al convivente di fatto superstite, indipendentemente dalla presenza o meno di prole. Per un commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 v. M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 881 ss.; ID., *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it.*, p. 1792 ss.; V. CARBONE, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, *ivi*, p. 848 ss.; R. FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1386 ss.; M. ASTONE, *Regimi patrimoniali delle unioni civili nella l. n. 76 del 2016: opzioni legislative e principio di non discriminazione*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 902 ss.; E. QUADRI, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze: il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 89 ss.; ID., *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, spunti di riflessione*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 255 ss.; G. FERLANDO, *Le unioni civili: la situazione in Italia*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1771 ss.; L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e modello matrimoniale: prime riflessioni*, *ivi*, p. 1779 ss.; A. FUSARO, *Profili di diritto comparato sui regimi patrimoniali*, *ivi*, p. 1789 ss.; G. OBERTO, *I regimi patrimoniali delle unioni civili*, *ivi*, p. 1797 ss.; C. ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, p. 333 ss.; E. AL MUREDEN, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 966 ss.; M. PARADISO, *Navigando*

liare e d'uso sui mobili, imputati anzitutto alla porzione disponibile e, per l'eventuale residuo, alla legittima del coniuge e dei figli³⁹.

La *ratio* è bifronte, combinando la tutela 'morale' della continuità dell'*habitat* domestico⁴⁰ con una tutela patrimoniale. In particolare, si attribuisce al coniuge superstite una posizione *mortis causa* «privilegiata»⁴¹ giacché sul piano quantitativo gli spetta in piena pro-

nell'arcipelago familiare Itaca non c'è più, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1306 ss.; F. ROMEO, *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della l. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 665 ss.; T. AULETTA, *Disciplina delle unioni civili non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia*, *ivi*, p. 367 ss.; G. CASABURI, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso nella l. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Foro it.*, 2016, c. 2246 ss.; M.C. VENUTI, *La regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze in Italia*, in *Pol. dir.*, 2016, p. 95 ss.; N. CIPRIANI, *Le unioni civili*, in R. PANE (a cura di), *Famiglia e successioni tra libertà e solidarietà*, Napoli, 2017, p. 39 ss.; B. SIRGIOVANNI, *Le "novità" introdotte dalla legge sulle unioni civili e la disciplina del matrimonio*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 187 ss.; G. PERLINGIERI, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 101; M. RINALDO, *Unioni civili e convivenze nell'era della codificazione delle "nuove" famiglie*, in *Riv. dir. fam.*, 2017, p. 976 ss.; I. PRISCO, *Sulla disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1081 ss.

³⁹ Cass., 13 novembre 2017, n. 26741, in *Mass. Giust. civ.*, 2017: «in tema di successione necessaria, i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, riservati al coniuge ex art. 540, comma 2, c.c. si sommano alla quota spettante allo stesso in proprietà, con conseguente incremento quantitativo di tale quota, gravando in primo luogo sulla porzione disponibile e, ove questa non sia sufficiente, sulla quota riservata al coniuge in proprietà nonché, eventualmente, su quella riservata ai figli; ciò implica che la determinazione della porzione disponibile e delle quote di riserva dei legittimari deve avvenire considerando il valore del "relictum" (e del "donatum", se vi sia stato), comprensivo del valore della casa familiare in piena proprietà».

⁴⁰ Corte cost., 26 maggio 1989, n. 310, in *Dir. fam. pers.*, 1989, p. 474, con nota di A. SCALISI, *Famiglia di fatto e diritti successori del convivente more uxorio, o alla «conservazione della memoria del coniuge scomparso, al mantenimento del tenore di vita, delle relazioni sociali e degli status symbols goduti durante il matrimonio»*.

⁴¹ Così G. FREZZA, *o.u.c.*, p. 956. Cfr., anche, A. FINOCCHIARO e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia. Legislazione, dottrina, giurisprudenza*, Milano, 1984, p. 2290 ss., qualificano il coniuge superstite come «erede privilegiato»; G. STOLFI, *Sub art. 536*, in *Comm. rif. dir. fam. Carraro Oppo e Trabucchi*, I, 2, Padova, 1977, p. 820 e A. GARGANO, *Il coniuge superstite: un erede scomodo? I diritti di uso e di abi-*

prietà una quota almeno pari a quella di ciascun figlio (e maggiore ove i figli siano più di due)⁴²; sul piano qualitativo egli cumula alla legittima i diritti reali di abitazione e di uso, che sorgono *ipso iure* all'apertura della successione e possono essere trattenuti anche in caso di rinuncia all'eredità.

Sul punto l'orientamento prevalente ravvisa nei diritti di abitazione e d'uso una vocazione a titolo particolare⁴³, intesa secondo alcuni come prelegato⁴⁴, secondo altri, come legato *ex lege*⁴⁵.

tazione, in *Riv. not.*, 1980, p. 1627, i quali discorrono, rispettivamente, del coniuge superstite come «successore egemone» o «erede scomodo».

⁴² V. BARBA, *La successione dei legittimari*, Napoli, 2020, p. 79 ss., il quale sottolinea come tali diritti vengano a cumularsi con la quota di patrimonio riservata al coniuge o alla parte unita civilmente superstite: «il diritto di abitazione sulla casa familiare e il diritto di uso dei mobili che la corredano incidono sotto il profilo quantitativo, perché si tratta di diritti che si aggiungono e, dunque, che incrementano la quota di patrimonio astrattamente riservata al coniuge o alla parte unita civilmente, in qualità di legittimario, riducendo corrispondentemente, la quota disponibile».

⁴³ Cfr. G. FREZZA, *o.u.c.*, p. 955 ss., il quale discorre di «una vocazione speciale, la cui anomalia non risiede evidentemente nel tipo di vocazione, essendo essa una chiamata a titolo particolare, ma nel titolo della chiamata stessa: in luogo del testatore, come è la regola per i legati, è la legge stessa a prevedere il sorgere del diritto abitativo sulla casa a favore del coniuge superstite».

⁴⁴ In tal senso A. RAVAZZONI, *o.u.c.*, cit., p. 224 ss.; G. GABRIELLI, *Dei legittimari. Commento sub art. 540 c.c.*, in G. CIAN, G. OPPO e A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Padova, 1992, p. 61; C.M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, cit., p. 146, per cui: «I diritti di abitazione e di uso sono legati di legittima. Se il coniuge è chiamato all'eredità essi si configurano più precisamente come prelegati di legittima». In giurisprudenza v. App. Venezia, 3 febbraio 1982, in *Giur. it.*, 1983, I, p. 292; Cass., 26 marzo 2019, n. 8400, in *Mass. Giust. civ.*, 2019; Trib. Salerno, 23 dicembre, 2019, n. 4045, in *Dejure online*. *Contra* V. BARBA, *Sui diritti successori di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Un altro passo indietro*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1786; ID., *La successione dei legittimari*, cit., p. 91, esclude la configurabilità del prelegato, «non soltanto perché non è ineludibile che il coniuge sia erede, ma soprattutto perché è la stessa norma di cui all'art. 540, comma 2, c.c. a escludere tale ricostruzione, quando afferma, sebbene per altri fini e per l'applicazione di altra disciplina, che il legato in parola debba "gravare" sulla quota disponibile e sulle quote di riserva».

⁴⁵ Sul punto v. G. BONILINI, *I legati*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2004, p. 11 ss., pur qualificando l'attribuzione de qua come legato *ex lege*, conclude che «giòva, nondimeno, accogliere la proposta di conservare co-

Tuttavia, il meccanismo così delineato risulta «sproporzionato»⁴⁶, in quanto consente al coniuge superstite di cumulare la posizione di erede con quella di legatario e, in ipotesi di eredità *dam-nosa*, di rinunciare all'eredità, continuando nondimeno ad abitare la casa coniugale e a fruire dei mobili che la arredano.

L'evidente *favor* normativo per il coniuge superstite, diretto a evitare che il soggetto sia privato di «quel punto di riferimento abitativo su cui aveva fatto affidamento»⁴⁷, tuttavia, impone una rimodulazione della disciplina, da valutare alla luce delle opzioni di poli-

desta espressione (legato *ex lege*, n.d.r.), ricorrente nel linguaggio giuridico, che assume sì contorni speciali in relazione alla loro particolare genesi, ma essa si modella, per il resto, su quella del legato testamentario»; E. PEREGO, *I presupposti della nascita dei diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 720; G. VICARI, *I diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite*, cit., p. 1309 ss., ritiene che il legato sia lo strumento giuridico adeguato alla funzione perseguita dalla norma, volta a evitare che il coniuge superstite «sia buttato fuori dall'abitazione in cui ha convissuto con il defunto»; G. TEDESCO, *I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite nella successione legittima*, in *Giust. civ.*, 2001, p. 386 s.; G. SCHIAVONE, *I diritti di abitazione e di uso attribuiti al coniuge superstite nella successione ab intestato*, in *Fam. dir.*, 1997, p. 153. Sul versante giurisprudenziale cfr. Cass. 10 marzo 1987, n. 2474, in *Vita not.*, 1987, p. 759; Cass. 27 febbraio 1988, n. 2159, in *Giur. it.*, 1988, p. 1749; Cass. 6 aprile 2000, n. 4329, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 739; in *Vita not.*, 2001, p. 141 ss., con nota di R. TRIOLA, *Osservazioni in tema di diritto di abitazione del coniuge superstite*; Cass. 23 maggio 2000, n. 6691, cit.; Trib. Siena, 11 aprile 1983, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1158; Trib. Roma, 12 aprile 1995, in *Fam. dir.*, 1997, p. 149; Cass., sez. un., 27 febbraio 2013, n. 4847, in *Notariato*, 2013, p. 276: «in tema di successione legittima, spettano al coniuge superstite, in aggiunta alla quota attribuita dagli art. 581 e 582 c.c., i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, di cui all'art. 540, comma 2, c.c., dovendo il valore capitale di tali diritti essere detratto dall'asse prima di procedere alla divisione dello stesso tra tutti i coeredi, secondo un meccanismo assimilabile al prelegato, e senza che, perciò, operi il diverso procedimento di imputazione previsto dall'art. 533 c.c., relativo al concorso tra eredi legittimi e legittimari e strettamente inerente alla tutela delle quote di riserva dei figli del *de cuius*».

⁴⁶ Così L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 165, il quale discorre di vocazione anomala nella misura in cui la disciplina in esame rappresenterebbe «eccezione al principio di unità della successione e al suo corollario espresso nella regola di eguaglianza dei coeredi in proporzione delle rispettive quote».

⁴⁷ Così Cass., 23 maggio 2000, n. 6691, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 396, con nota di G.R. FILOGRANO, *Sui diritti di abitazione e di uso in favore del coniuge superstite nell'ipotesi di casa familiare in comunione di proprietà tra il defunto ed un terzo*.

tica legislativa in essa incorporate e dei processi evolutivi dell'ordinamento, secondo una duplice direttrice.

In particolare, deve tenersi conto dell'irreversibile superamento del modello familiare monolitico, un tempo dominante, a favore di una pluralità di relazioni familiari⁴⁸, della crescente instabilità dei legami matrimoniali⁴⁹, nonché della perdurante crisi della successione necessaria, che – attraverso la progressiva riduzione della quota disponibile e l'ampliamento dell'area dell'inderogabilità – comprime in modo significativo la libertà di testare.

Di là dai problemi pratici che la qualificazione giuridica dei diritti in questione può determinare, occorre una lettura della norma in chiave solidaristica, eventualmente accompagnata da interventi riformatori, idonei ad assicurare un bilanciamento più flessibile con gli interessi degli altri legittimari, *in primis* dei figli, al fine di una «protezione “allargata” che sia in grado di favorire una composizione più equilibrata»⁵⁰.

Le istanze di «modernizzazione»⁵¹ del diritto successorio impongono di superare l'impostazione meramente personalistica, che configura la residenza familiare come diritto esclusivo del coniuge⁵², svincolata dalla qualificazione del bene come «proprietà personale», (o più specificamente «proprietà abitativa»)⁵³ della casa familiare, in

⁴⁸ Sulla «relatività e la pluralità della nozione di famiglia» v. P. PERLINGIERI, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 105. Cfr. anche R. PICARO, *Le famiglie e la loro regolazione*, 2017, *ivi*, p. 1 ss., discorre di «stravolgimento» della concezione tradizionale di famiglia.

⁴⁹ T. ROSSI, *I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite*, cit., p. 113, la quale rileva che «Il rischio è ancora più concreto nell'attuale momento storico, caratterizzato dall'accresciuta instabilità della vita matrimoniale, come dimostra la frequenza di ipotesi nelle quali nella casa familiare, insieme al coniuge sopravvissuto del defunto, convivono figli di questi e non del *de cuius* con la conseguente attribuzione dei diritti di cui all'art. 540 c.c. al coniuge di seconde o anche di terze nozze».

⁵⁰ T. ROSSI, *o.u.c.*, p. 104.

⁵¹ G. PERLINGIERI, *Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 1 ss.

⁵² R. CALVO, *La successione del coniuge. Garanzie individuali e nuovi scenari familiari*, Milano, 2010, p. 62 s., che ravvisa qui «diritti serventi alla realizzazione della personalità».

⁵³ Così A. POLETTI, *A proposito del diritto di abitazione del coniuge superstite (e interessi creditor)*, in *Riv. trim.*, 2015, p. 405.

cui esigenze «etiche e sentimentali»⁵⁴ – radicate nella convivenza e nella comunanza di vita con il *de cuius* – prevalgono rispetto al mero soddisfacimento di esigenze abitative in quanto tali.

L'originaria funzione di contenimento del grave disagio psicologico e morale derivante dall'alterazione della stabilità delle abitudini di vita, specie per i soggetti in età avanzata, altrimenti costretti a reperire una nuova sistemazione, va oggi rivisitata alla luce della valorizzazione dell'autonomia testamentaria e della progressiva estensione dell'ambito soggettivo della tutela, così da riconoscere rilievo agli interessi giuridicamente meritevoli anche di soggetti diversi dai componenti del nucleo familiare⁵⁵.

2. Controversa è l'applicabilità dell'art. 540, comma 2, c.c., alla successione *ab intestato*, considerata l'assenza negli artt. 581 e 582 c.c. di una previsione espressa che riconosca al coniuge superstite i diritti di uso e di abitazione.

Secondo un primo indirizzo⁵⁶, tale lacuna costituirebbe una chiara scelta del legislatore volta a escludere il cumulo dei suddetti diritti con la quota ereditaria spettante al coniuge superstite, così come delineata dagli artt. 581 ss. c.c.⁵⁷. In questa prospettiva si osserva che, ogniqualvolta il legislatore abbia inteso estendere la disci-

⁵⁴ In tal senso G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, (rist.), Torino, 2011, p. 128.

⁵⁵ Così G. PERLINGIERI, *Il «discorso preliminare» di Portalis tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 676 ss., attentamente osserva che «un ragionevole bilanciamento dei principi costituzionali ed europei imporrebbe soluzioni non soltanto diverse in presenza di figli e coniugi [...], ma capaci di valorizzare [...] l'autonomia testamentaria, quale strumento indispensabile per la realizzazione della personalità dell'individuo, ed eventualmente limitarla, direttamente o indirettamente, soltanto di fronte a interessi preminenti degli stretti congiunti e della loro persona».

⁵⁶ L. MENGONI, *o.u.c.*, p. 180; C. COPPOLA, *I diritti d'abitazione e d'uso spettanti ex lege*, in *Tratt. dir. succ. dona.* Bonilini, III, *La successione legittima*, Milano, 2009, p. 120.

⁵⁷ Nel medesimo senso Cass., 6 aprile 2000, n. 4329, cit.; Trib. Roma 26 marzo 2003, in *Giur. mer.*, 2003, p. 1402; Trib. Torino, 30 giugno 2009, in *Dejure online*.

plina di cui all'art. 540, comma 2, c.c., lo ha fatto in modo espresso, come avviene nell'art. 584, comma 1, c.c., relativo alla successione *ab intestato* del coniuge putativo, che consente l'applicazione di tale disposizione a favore del coniuge superstite in buona fede.

Secondo altri⁵⁸, invece, il mancato rinvio all'art. 540, comma 2, c.c., costituirebbe una mera 'svista' del legislatore, superabile mediante un'interpretazione analogica dell'art. 584, comma 1, c.c.

Il contrasto sorto sull'ambito di operatività della norma ha indotto i giudici di merito a sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 581 c.c.⁵⁹ per asserita violazione degli artt. 3 e 29 cost., nella parte in cui, a differenza dell'art. 584 c.c., non prevede che al coniuge superstite siano riservati i diritti di abitazione della casa coniugale e di uso dei mobili che la arredano.

Investita della questione, la Corte costituzionale ha escluso l'incostituzionalità dell'art. 581 c.c.⁶⁰, rilevando che il mancato rinvio all'art. 540, comma 2, c.c. «vale unicamente a escludere che i diritti in argomento competano al coniuge autonomamente», ossia si cumulino con la quota attribuitagli dagli artt. 581 ss. c.c., ma non impedisce di estendere la relativa disciplina anche alle ipotesi di successione legittima.

Tale tesi ha trovato conferma, poi, nella giurisprudenza di legittimità⁶¹, la quale riconosce i diritti di abitazione e di uso anche nell'ambito della successione legittima, anche in assenza di un espresso rinvio normativo.

Secondo la Corte di cassazione, è dirimente, in questa prospettiva, la finalità perseguita dalla l. 19 maggio 1975, n. 151, volta a rea-

⁵⁸ V. A. MASCHERONI, *La successione del coniuge dopo la riforma del diritto di famiglia*, in *Riv. not.*, 1985, p. 420.

⁵⁹ Trib. Napoli, 3 novembre 1980, in *Giur. cost.*, 1981, p. 1361; Trib. Napoli, 8 giugno 1983, in *Foro it.*, 1985, I, c. 2154.

⁶⁰ Corte cost., 5 maggio 1988, n. 527, in *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 689 ss., con nota di M. GAMBARDELLA, *I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite: una nuova figura di riserva*.

⁶¹ Cass., sez. un., 27 febbraio 2013, n. 4847, in *Notariato*, 2013, p. 273 con nota di G. RIDELLA, *Le Sezioni Unite sui diritti di uso e abitazione spettanti al coniuge superstite*; in *Giur. it.*, 2013, p. 1779 ss., con nota di V. BARBA, *Sui diritti successori di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite*, cit.

lizzare anche in materia successoria una nuova concezione della famiglia, orientata a una completa parificazione dei coniugi non solo sul piano patrimoniale (mediante l'introduzione del regime della comunione legale), ma anche su quello etico e sentimentale, sul presupposto che «la ricerca di un nuovo alloggio per il coniuge superstite potrebbe essere fonte di un grave danno psicologico e morale per la stabilità delle abitudini di vita della persona». La Corte rileva, infatti, che «tale finalità dell'istituto è valida per il coniuge superstite sia nella successione necessaria che in quella legittima» e che, di conseguenza, «i diritti in questione trovano necessariamente applicazione anche in quest'ultima»⁶².

I giudici di legittimità, discostandosi da un precedente indirizzato giurisprudenziale, secondo cui i diritti di uso e di abitazione dovrebbero considerarsi già compresi nella quota spettante al coniuge ai sensi degli artt. 581 e 582 c.c. – in forza dell'applicazione, anche nella successione legittima, del meccanismo di imputazione previsto dall'art. 553 c.c. in materia di successione necessaria⁶³ –, affermano,

⁶² Cass., sez. un., 27 febbraio 2013, n. 4847 cit.: «D'altra parte tale convincimento riceve conferma anche sul piano del diritto positivo, posto che l'art. 540 c.c., comma 2, prevede la riserva dei diritti di abitazione ed uso al coniuge "anche quando concorra con altri chiamati", e che un concorso con "altri chiamati" ricorre, oltre che nella successione testamentaria, anche in quella legittima; da tale disposizione pertanto si evince che il legislatore ha voluto attribuire al coniuge superstite, in conformità della sopra enunciata "*ratio legis*", i suddetti diritti sulla casa adibita a residenza familiare sia nella successione testamentaria che in quella legittima, disciplinandone poi l'effettiva realizzazione onde incidere soltanto entro ristretti limiti sulle quote di riserva di altri legittimari (invero tali diritti debbono essere soddisfatti nell'ambito della porzione disponibile ed eventualmente per il rimanente sulla quota di riserva del coniuge, mentre le quote dei figli vengono sacrificate soltanto se l'eccedenza del valore di essi superi anche la riserva del coniuge); ciò comporta che l'attribuzione di tali diritti previsti dall'art. 540 c.c., comma 2, ha una valenza anche al di fuori dell'ambito nel quale sono stati disciplinati, relativo alla tutela dei legittimari, e spiega il mancato richiamo ad essi da parte degli artt. 581 e 582 c.c.».

⁶³ Cass., 5 maggio 2008, n. 11018, in *Vita not.*, 2008, p. 959, secondo cui i diritti di uso e di abitazione dovrebbero ritenersi già ricompresi nella quota spettante al coniuge ai sensi degli artt. 581 e 582 c.c., sulla base di una presunta estensione, anche alla successione legittima, del meccanismo di imputazione previsto dall'art. 553 c.c. in tema di successione necessaria. Cfr., anche, Cass. 13 marzo 1999, n. 2263, in *Vita not.*, 1999, p. 237, la quale prospetta due soluzioni alternative: da un

invece, che tali diritti operano «in aggiunta» alla quota attribuita dagli artt. 581 e 582 c.c., dovendo il loro valore essere detratto dall'asse ereditario prima della divisione tra i coeredi, secondo un meccanismo di prededuzione assimilabile al prelegato⁶⁴.

L'estensione dell'ambito di applicazione della norma, tuttavia, entra in contrasto con la lettera dell'art. 540, comma 2, c.c., determinando incertezze in ordine alla determinazione del valore della quota da attribuire al coniuge, poiché tale disposizione prevede che i diritti di uso e di abitazione gravino anzitutto sulla quota disponibile, successivamente – solo in caso di sua insufficienza – sulla quota del coniuge e, da ultimo, sulla quota dei figli⁶⁵.

Ritenere che il loro valore capitale debba essere posto a carico dell'asse ereditario, gravando proporzionalmente e indistintamente sulle quote di tutti i successibili, finisce per attribuire al coniuge superstite una posizione eccessivamente privilegiata, in quanto gli riconosce la facoltà di capitalizzare il valore d'uso dell'abitazione e dei

lato, i diritti di uso e di abitazione dovrebbero essere riservati al coniuge come prelegati, oltre la quota di riserva, sicché «assegnati, anzitutto, al coniuge i diritti di abitazione e di uso, la successione legittima si apre sul residuo»; dall'altro, muovendo dal presupposto che nella successione *ab intestato* non trovano applicazione gli istituti della disponibile e della quota di riserva, i diritti in questione dovrebbero essere ricompresi nella quota spettante al coniuge a titolo di successione legittima; Cass., 6 aprile 2000, n. 4329, cit., ritiene che i diritti di uso e di abitazione non si aggiungano alla quota spettante al coniuge, ma costituiscano una mera specificazione dei beni che concorrono a formare la quota medesima nell'ambito della successione legittima; Cass., Cass., 10 settembre 2013, n. 20703, secondo cui la soluzione positiva è giustificata da un'«interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 584 c.c.» o un'«interpretazione assiologica della normativa di cui agli artt. 581 e 540 c.c.», a sorreggere la soluzione che riserva tali diritti al coniuge nella successione legittima-

⁶⁴ Nello stesso senso Cass. 5 febbraio 2018, n. 2754, in *Mass. Giust. civ.*, 2018, secondo la quale «i diritti sull'abitazione adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, attribuiti dall'art. 540, comma 2, c.c., spettano al coniuge superstite anche ove si apra una successione legittima, in aggiunta alla quota attribuita dagli artt. 581 e 582 c.c., essendo i detti diritti finalizzati a dare tutela, sul piano patrimoniale e su quello etico-sentimentale, al coniuge, evitandogli i danni che la ricerca di un nuovo alloggio cagionerebbe alla stabilità delle abitudini di vita della persona».

⁶⁵ Lo rileva M. EPIFANIA, *o.u.c.*, p. 11.

mobili e di aggiungerlo alla quota di proprietà che gli artt. 581 ss. c.c. già gli attribuiscono⁶⁶.

In tal modo, il coniuge successore *ab intestato* finisce per godere di un arricchimento maggiore rispetto al coniuge successore testamentario, poiché quest'ultimo può soltanto pretendere la quota proprietaria di riserva, maggiorata del valore dei diritti reali di godimento nel rispetto della posizione degli altri legittimari, mentre il successore legittimo trae vantaggio dalla preventiva sottrazione di tale valore dall'oggetto della divisione, con la conseguente riduzione dell'attivo sul quale calcolare la quota di riserva degli altri coeredi⁶⁷.

In definitiva, un siffatto 'automatismo' non solo si pone in contrasto con il sistema di imputazione stabilito dalla legge, ma determina anche un'eccessiva compressione della libertà testamentaria, in

⁶⁶ Lo rileva A. VENTURELLI, A. VENTURELLI, *L'imputazione dei diritti di abitazione ed uso del coniuge nelle successioni legittime*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 482, secondo cui la soluzione adottata dalla Corte di cassazione determinerebbe una «notevole svalutazione delle ragioni degli altri legittimari e, in particolare, dei figli del de cuius che potrebbero non conseguire – specie là dove il patrimonio ereditario risulti di modesta entità – una parte anche cospicua della quota loro spettante, persino in misura superiore al limite della legittima, ove decidano di procedere comunque alla divisione». Ed ancora «le Sezioni unite non riescono a spiegare perché il coniuge successore *ab intestato* debba godere di un non marginale arricchimento rispetto al coniuge successore testamentario. Se infatti quest'ultimo può solo pretendere la quota proprietaria di riserva maggiorata del valore dei diritti reali di godimento, nel rispetto della posizione degli altri legittimari, il primo trae invece vantaggio dalla preventiva sottrazione di questo valore dall'oggetto della divisione, con la conseguente riduzione dell'attivo sul quale calcolare la quota di riserva degli altri coeredi. La necessità di rispettare il principio di parità di trattamento ha dunque condotto la Suprema Corte ad esiti applicativi discriminatori, evidentemente inammissibili, sul piano logico prima ancora che giuridico. S'impone pertanto una rimeditazione critica del presupposto dal quale ha preso le mosse il giudice di legittimità: la possibilità di limitare la portata precettiva dell'art. 540, comma 2, c.c. consentendone l'applicazione solo parziale nell'ambito della successione legittima» (p. 483).

⁶⁷ Efficacemente R. CALVO, *La successione del coniuge ed i chiaroscuri della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1779, il quale rileva che: «a) in caso di successione testamentaria il valore dei diritti di uso e di abitazione deve essere senz'altro calcolato secondo la regola d'imputazione *ex art. 540, comma 2, c.c.*; b) nell'eventualità di vocazione *ab intestato* occorrerà all'opposto applicare un meccanismo di computo simile a quello del prelegato».

particolare con riguardo a soggetti in condizioni di «vulnerabilità»⁶⁸, nonché una riduzione della quota di legittima riservata agli altri legittimari. D'altronde, come attentamente rilevato, la «tutela della libertà testamentaria è una esigenza irrinunciabile, sempreché sia volta a garantire l'espressione di una relativa volontà genuina da parte del testatore»⁶⁹.

3. Ulteriore profilo di criticità attiene alla trascrivibilità dell'acquisto del diritto di abitazione da parte del coniuge superstite, posto che, trattandosi di un'attribuzione a titolo particolare, e, più precisamente, di un legato *ex lege*, esso si acquista automaticamente all'apertura della successione, senza necessità di un atto di manifestazione di volontà.

L'onere della relativa formalità pubblicitaria non può infatti ricavarsi né dall'art. 2648, comma 4, c.c., che individua nell'estratto autentico del testamento il titolo per la trascrizione dei legati, né, tantomeno, dall'art. 2671 c.c., non risultando i diritti in esame contenuti in un atto ricevuto o autenticato dal notaio, salva l'ipotesi in cui il *de cuius* abbia istituito il coniuge nella sola quota a lui riservata. Per tale ragione un primo orientamento dottrinale nega la trascrivibilità del suddetto acquisto⁷⁰.

Diversamente secondo altra parte della dottrina la *ratio* dell'art. 2648 c.c. sarebbe tale da «comprendere qualunque forma di acquisto *mortis causa*»⁷¹. Tuttavia, la norma nulla dispone in ordine al titolo

⁶⁸ In argomento M. RINALDO, *Sul testamento olografo redatto dalla persona fragile*, in *Riv. not.*, 2022, p. 1358 ss.; C. CICERO, *Il testamento della persona vulnerabile*, in *Giur. it.*, 2023, p. 2601; AR. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile. Oltre il soggetto debole: vulnerabilità della persona e condizionamento del volere*, Napoli, 2019, *passim*.

⁶⁹ C. CICERO, *Sulla riforma del diritto di abitazione del coniuge*, cit., p. 1288; ID., *Il problema del formalismo testamentario. Per una rivisitazione dell'olografo*, Napoli, 2023, p. 11 ss.

⁷⁰ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, II, Torino, 2012, p. 312 ss.; ID., *La trascrizione immobiliare*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, I, artt. 2643-2645-bis, Milano, 1998, p. 191.

⁷¹ R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 1973, p. 11.

da utilizzare per la trascrizione di attribuzioni come il legato *ex lege* in favore del coniuge superstite⁷².

Secondo altri ancora, il titolo idoneo alla trascrizione sarebbe rinvenibile nella sentenza di accertamento⁷³, nel certificato di denunciata successione⁷⁴, in un atto notorio recante l'indicazione della vicenda successoria⁷⁵, oppure, ancora nella trascrizione – unitamente all'indicazione nella nota di trascrizione del vincolo coniugale con il *de cuius* – del certificato di morte *ex art. 2660 c.c.*⁷⁶.

Tra le soluzioni prospettate, appare preferibile quella che consente di procedere alla trascrizione sulla base di un atto di accettazione del legato *ex lege*⁷⁷. Tale ricostruzione risulta maggiormente aderente al disposto dell'art. 2657 c.c., in quanto riconduce la trascrizione a un titolo formale espressamente contemplato dal sistema della pubblicità immobiliare⁷⁸.

Quest'ultima impostazione trova conferma anche nella giurisprudenza di legittimità, la quale ha avuto modo di affermare che l'art. 2644 c.c. «non riguarda il rapporto del legatario con l'erede e con gli aventi causa da questo: infatti, il legatario acquista il diritto di abitazione direttamente dall'ereditando, e perciò non si verifica né in rapporto all'acquisto dell'erede dall'ereditando né in rapporto all'ac-

⁷² Lo rileva G. FREZZA, *o.u.c.*, p. 958.

⁷³ S. PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, I, Messina, 1945, p. 84 ss.

⁷⁴ L. FERRI, *La trascrizione degli acquisti mortis causa e i problemi connessi*, Milano, 1951, p. 123

⁷⁵ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 2, Milano, 1951, p. 329.

⁷⁶ G. GABRIELLI, *Questioni recenti in tema di pubblicità immobiliare*, in *Contr. impr.*, 1989, p. 816 ss.; ID., *Pubblicità dei diritti di abitazione, reali e personali, nei registri immobiliari del codice civile e nei libri fondiari*, in *Vita not.*, 2003, 576.

⁷⁷ G. MARICONDA, *La trascrizione*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, Torino, 1997, p. 136. P. BOERO, *La trascrizione del diritto di abitazione del coniuge superstite*, in *Giust. civ.*, 1984, p. 488; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 2015, p. 461 ss.

⁷⁸ R. BARONE, A. IOLI e E. MAMBRETTI, *La successione del coniuge dopo la riforma del diritto di famiglia, problemi vecchi e nuovi*, in *Quad. Vita not.*, 1984, p. 73, rilevano che tale configurazione preclude al chiamato il successivo rifiuto (*omissio acquirendi*).

quisto del creditore ipotecario dall'erede la situazione del duplice acquisto, dal medesimo autore, di diritti tra loro confliggenti»⁷⁹.

Ne deriva che la costituzione di tale diritto si perfeziona indipendentemente dall'osservanza delle norme in materia di pubblicità degli atti relativi ai diritti reali immobiliari.

4. Alla luce delle criticità della disciplina vigente e del mutato contesto storico-culturale, la Commissione SISDiC «Diritto di famiglia»⁸⁰ ha elaborato e presentato una proposta di legge che, in forza

⁷⁹ Nel medesimo senso Cass. 30 aprile 2012 n. 6625, in *Riv. not.*, 12, p. 1386 ss., secondo la quale «Il diritto di abitazione, riservato dall'art. 540, comma 2, c.c. al coniuge superstite sulla casa adibita a residenza familiare, si configura come un legato *ex lege*, che viene acquisito immediatamente da detto coniuge, secondo la regola di cui all'art. 649, comma 2, c.c., al momento dell'apertura della successione. Ne consegue che non può porsi un conflitto, da risolvere in base alle norme sugli effetti della trascrizione, tra il diritto di abitazione, che il coniuge legatario acquista direttamente dall'ereditando, ed i diritti spettanti agli aventi causa dall'erede». *Contra* Trib. Monza 27 dicembre 2011, in *Il caso.it*, 2012, secondo cui: «Il diritto di abitazione, gravante sull'immobile in favore della coniuge superstite, per averlo adibito a residenza familiare, ai sensi dell'art. 540, comma 2 c.c., non preclude l'azione esecutiva promossa sull'immobile da terzi soggetti, creditori del comproprietario. La titolarità da parte di un terzo di un diritto reale sul bene pignorato, se opponibile, incide sul prezzo di vendita dell'immobile, determinandone la riduzione a causa del vincolo gravante sul bene, ma non impedisce la prosecuzione dell'azione esecutiva e la vendita del bene. L'esistenza di un diritto reale sul bene pignorato non può, invero, paralizzare l'azione esecutiva, pregiudicando il soddisfacimento di crediti da parte di soggetti che hanno legittimamente pignorato il bene di proprietà del debitore esecutato»; Trib. Treviso 10 maggio 2019, in *leggiditalia.it*, secondo cui «la riserva del diritto di abitazione di cui all'art. 540 c.c., sicuramente rilevante nei rapporti tra legittimari ai fini della determinazione della disponibile, può essere utilmente fatta valere nei confronti dei terzi acquirenti del bene in comune soltanto se trascritta ai sensi dell'art. 2648 c.c., non ravvisandosi motivi giuridicamente plausibili per trattare diversamente tale diritto reale di godimento dagli acquisti *mortis causa* da ogni altro diritto reale di cui ai numeri 1, 2 e 4 dell'art. 2643 c.c. per i quali è richiesta la trascrizione dell'accettazione che importi acquisto dei suddetti diritti».

⁸⁰ V. la proposta di legge elaborata dalla Commissione SISDiC «Diritto di famiglia» per la riforma della disciplina dell'art. 540 c.c. e delle norme strettamente connesse. Cfr. V. *Proposta di legge per la riforma della disciplina in tema di riserva a favore del coniuge superstite*, in *Ann. Sisdic*, 6, 2021, p. 117 ss.; G. PERLINGIERI, *Proposta di legge per la riforma della disciplina in tema di riserva a favore del coniuge superstite*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, p. 1226 ss.

dei principi di ragionevolezza e solidarietà, impone di considerare non soltanto il bisogno abitativo del coniuge superstite, ma anche quello di altre posizioni soggettive meritevoli di protezione.

La presente proposta si sostanzia nella previsione di una riserva dei diritti di abitazione e di uso in favore del coniuge e dei figli conviventi portatori di *handicap* grave e non autosufficienti, ispirandosi a una maggiore attenzione alla posizione dei figli che, per esigenze di coerenza sistematica, trova fondamento anche nella diversa disciplina dettata in tema di assegnazione della casa familiare *ex art. 337-sexies c.c.*, introdotto dall'art. 55 d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154 (c.d. Riforma della filiazione), il quale stabilisce che «il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli», accogliendo così un criterio di assegnazione che – a differenza della normativa previgente – prescinde dall'affidamento e si impernia sull'interesse della prole.

Nella formulazione proposta, infatti, il diritto di abitazione sulla casa familiare e di uso dei relativi arredi grava anzitutto sulla quota di riserva del coniuge e, qualora questa non sia sufficiente, per il rimanente sulla disponibile, così da evitare incidenze sulla quota di legittima spettante ai figli e configurare una tutela del coniuge superstite non irragionevolmente pregiudizievole per le posizioni degli altri legittimari.

La combinazione del nuovo meccanismo di imputazione con l'espresso richiamo agli artt. 581 e 582 c.c. – nei testi proposti dalla Commissione – finirebbe per circoscrivere la portata precettiva dell'art. 540, comma 2, c.c., consentendone un'applicazione soltanto parziale nell'ambito della successione legittima⁸¹.

Quanto, poi, al profilo pubblicitario, la Commissione SISDiC «Diritto di famiglia» prevede l'introduzione di un comma finale all'art. 540 c.c., in forza del quale, in mancanza di testamento, si possa procedere alla trascrizione dei diritti in esame sulla base di un atto

⁸¹ La Commissione, «al fine di tutelare maggiormente la libertà testamentaria ed evitare situazioni di ingiustificato privilegio», ha proposto di intervenire altresì sull'art. 551 c.c., prevedendo la possibilità per il testatore di tacitare, mediante il legato in sostituzione della legittima, anche i diritti di cui all'art. 540 c.c. V., sul punto, *Proposta di legge per la riforma della disciplina in tema di riserva a favore del coniuge superstite*, cit., p. 127.

pubblico o di una scrittura privata autenticata con cui il coniuge dichiara di accettare il legato *ex lege*⁸².

L'esigenza di ripensare la disciplina dell'art. 540, comma 2, c.c. si colloca in un quadro ben più ampio, nel quale si auspica da più parti una riforma della materia successoria, volta a rivitalizzare un sistema che, sotto diversi profili, non appare più adeguato alle mutate esigenze sociali. Contestualmente, a più voci, si avverte la necessità di intervenire tanto sul superamento del tradizionale formalismo testamentario⁸³, mediante l'apertura agli strumenti digitali, quanto sulla revisione del divieto dei patti successori⁸⁴, in un'ottica di più incisiva stabilità della pianificazione ereditaria⁸⁵.

In conclusione, il mutamento dei confini concettuali della famiglia, in un quadro evolutivo caratterizzato dalla frantumazione del modello unitario e dalla proliferazione di molteplici tipologie familiari nelle quali i soggetti realizzano la propria personalità⁸⁶, impone di superare la «forza di inerzia dei dogmi giuridici»⁸⁷. La responsabilità del giurista, chiamato a confrontarsi con il fatto⁸⁸, bilanciare i

⁸² *Proposta di legge per la riforma della disciplina in tema di riserva a favore del coniuge superstite*, cit., p. 126

⁸³ In argomento v. C. CICERO, *Il problema del formalismo testamentario. Per una rivisitazione dell'olografo*, Napoli, 2023, *passim*.

⁸⁴ Sul tema C. CICERO, *Sulla progressiva erosione del divieto di patti successori*, in *Riv. not.*, 2025, p. 161 ss.; B. CONCAS, *I patti successori tra ratio del divieto e possibile utilità di una rinuncia anticipata*, in C. CICERO (a cura di), *Per un nuovo diritto successorio*, Napoli, 2025, p. 59 ss.

⁸⁵ Lo rileva M. RINALDO, *La persona e l'esigenza di stabilità nella pianificazione ereditaria*, in *Dir. succ. fam.*, 2024, p. 631 ss.

⁸⁶ M. RINALDO, *Unioni civili e convivenze nell'era della codificazione delle "nuove" famiglie*, cit., p. 976 ss., sottolinea che «è compito dell'interprete, in relazione all'interazione tra la regolamentazione giuridica e l'esperienza sociale, desumere il concreto ambito di applicazione dei diritti familiari e del nucleo affettivo specifico a cui gli stessi afferiscono»; Cfr., anche, C. CICERO e M. RINALDO, *Formazione di una nuova famiglia non fondata sul matrimonio e perdita dell'assegno divorzile*, *Riv. dir. fam.*, 2016, p. 314 ss.

⁸⁷ F. MESSINEO, *Azione di riduzione e azione di restituzione per lesa legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, p. 139

⁸⁸ Per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, 4^a ed., Napoli, 2020,

principi, valutare comparativamente gli interessi coinvolti e rileggere in modo rigoroso la singola disposizione alla luce del sistema vigente e dei suoi principi⁸⁹, può, in questa prospettiva, incidere sull'evoluzione del diritto più efficacemente di molte riforme legislative⁹⁰.

Abstract

L'evoluzione del modello familiare e la pluralità delle formazioni affettive mettono in luce il crescente divario tra la disciplina successoria del 1942 e la realtà sociale contemporanea. Il saggio si concentra sull'art. 540,

p. 345: «[L']interpretazione è sempre scelta di un significato rispetto ad un altro e quindi non muta natura secondo che si riferisca a un caso chiaro o a un caso dubbio o che la disposizione e la combinazione di disposizioni da applicare – al fine di risolvere il caso – risultino chiare o ambigue. Tra i possibili significati l'interprete è tenuto a proporre quello che, nel rispetto del sistema ordinamentale, è più adeguato alla fattispecie concreta: la sua è una scelta non libera, arbitraria, discrezionale, ma adeguatamente motivata, argomentata, anche sulla scorta delle peculiarità del caso, sia pure solamente previsto. La soluzione sarà l'unica, in quanto scelta. L'interpretazione giuridica prende le mosse dal fatto, dalla fattispecie concreta che, di per sé, è pregna di originario significato». Cfr., anche, ID., *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 42, il quale mette in evidenza che la definizione del caso concreto, in sostanza, deve essere ricercata attraverso la valorizzazione del sistema ordinamentale come «unico sistema aperto dal quale trarre di volta in volta principi e regole più adeguate agli interessi in gioco secondo una interpretazione che rispetti e utilizzi il fatto e che proceda all'individuazione della normativa ad esso più conforme, allontanandosi definitivamente dalle tecniche e regole ermeneutiche ispirate al maccassimo della sussunzione del fatto nella fattispecie astratta».

⁸⁹ P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica*, cit., p. 990 ss., ora in ID., *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012, p. 153: «“Capire” la norma non può essere il risultato dell'esegesi puramente letterale, ma l'individuazione della sua logica e della sua giustificazione assiologica; e questo è impossibile senza alzare lo sguardo verso il resto dell'ordinamento e dei principi che lo sorreggono. L'umile fatica dell'esegesi, del commento non sono incompatibili anzi postulano un respiro più ampio: anche i “frantumi del mondo” si capiscono se si capisce il mondo cui appartengono. Dunque, *in claris o no, semper fit interpretatio*».

⁹⁰ G. PERLINGIERI, *Legge, giudizio e diritto civile*, in *Ann. Sisdic*, 2018, 2, p. 70 afferma che. «ogni enunciato normativo non ha un unico significato possibile e la preferenza tra più significati deve avvenire tramite parametri di valutazione posti dal sistema ordinamentale, gerarchicamente superiori e suscettibili di un ragionevole bilanciamento in relazione alle ineliminabili peculiarità del caso concreto».

comma 2, c.c., che riserva al coniuge superstite i diritti di abitazione sulla casa familiare e di uso sui mobili, proponendone una lettura solidaristica e costituzionalmente orientata, volta a contemperare l'interesse abitativo del coniuge con i diritti degli altri successibili e con la libertà testamentaria. L'esame della *ratio*, dei presupposti applicativi e delle ricadute pratiche dell'istituto conduce, infine, a formulare alcune linee di intervento *de jure condendo* idonee a rendere la disciplina più flessibile e coerente con i principi costituzionali e con le esigenze della società odierna.

The evolution of the family model and the proliferation of diverse affective formations highlight the growing gap between the 1942 law of succession and contemporary social reality. This essay focuses on Article 540, paragraph 2, of the Italian Civil Code, which reserves to the surviving spouse rights of habitation in the family home and of use over the household furnishings, and proposes a solidaristic, constitutionally oriented interpretation of the provision, aimed at balancing the housing interest of the surviving spouse with the rights of the other heirs and with testamentary freedom. The analysis of the rule's ratio, its conditions of application and its practical effects leads to the formulation of a number of *de jure condendo* proposals designed to render the discipline more flexible and more consistent with constitutional principles and the needs of contemporary society.

RICCARDO FERCIA

LA LEGGE *FRATER A FRATRE*
TRA CREDITO ENDOFAMILIARE
E CIRCOLAZIONE DEL *PECULIUM*

Per Elio Doveve, che mi onora della Sua amicizia

È soprattutto a proposito della legge *Frater a fratre* che l'indagine di Cornelis van Eck sulle 'sette leggi dannate delle Pandette' recupera in termini particolarmente incisivi una logica giusrazionalista dichiaratamente ispirata alle scienze matematiche¹: a fronte di una delle più complesse *cruces iurisconsultorum*, egli suggerisce, infatti, un percorso interpretativo che pone il giurista 'cartesiano' tra Newton e Spinoza², e lo chiama a dipanare le (innegabili) difficoltà del passo muovendo da una serie di postulati, intesi come 'principi incontrovertibili del diritto romano', la cui enunciazione è ritenuta funzionale alla piena comprensione del ragionamento del giurista classico.

In questo quadro connotato da un approccio *ante litteram* alla scienza dei 'Begriffen', egli poneva al primo posto la definizione imperiale di *obligatio* conservata da I. 3.13pr. e dalla dogmatica intermedia del rapporto obbligatorio³ per affermare come in linea di

¹ C. VAN ECK, *Le sette leggi dannate delle Pandette. Ovvero, le croci dei giuristi*, presentazione, traduzione critica e testo a cura di R. Fercia, Pisa, 2020, p. 86 ss.

² R. FERCIA, *Leges 'damnatae' e leges 'famosae'. Il nuovo 'canone olandese' e le forme giuridiche del quotidiano*, in C. VAN ECK, *Le sette leggi*, cit., p. 27 s.

³ Per il mio punto di vista, che vede rientrare nel *iuris vinculum* (imposto non già dall'*actio*, dalla *necessitas* da intendersi come vincolo in senso sostanziale, come pure emerge, ma solo in filigrana e con una sinapsi i cui esatti contorni ci sfuggono,

principio – in disparte, nella logica di van Eck, il *votum* ed il mutuo, in conseguenza del Macedoniano, oltre che la disciplina del *peculium castrense* – il *filius familias* contragga verso i terzi obbligazioni civili, e naturali verso il padre, non senza precisare come, nel caso in cui tali figure di vincolo siano contratte tra fratelli *in potestate*, l'obbligazione naturale sia comunque acquisita alla sfera giuridica del comune *pater*.

Il giovane giurista olandese chiariva, infine, come tanto l'obbligazione civile, quanto quella naturale si estinguano per *confusio*, la quale può verificarsi con l'acquisto vuoi dell'eredità, vuoi del *peculium*: con queste coordinate – i postulati, come si diceva, da cui deve muovere il giurista che intenda procedere '*more mathematicis recepto*' – egli prospettava un *iter* ermeneutico tuttora di grande interesse per l'attuale interprete, incentrato appunto sull'estinzione per *confusio* dell'obbligazione naturale⁴ in conseguenza tanto della successione ereditaria, quanto dell'acquisto del *peculium*.

La nostra legge – oggi studiata, in particolare, dalla dottrina che si sofferma sul tema delle obbligazioni naturali e della correlata capacità di obbligarsi (o meno) dei *filius familias*⁵ – è confluita nel titolo

nello specchio alterato da un parafraste di Mod. D. 44.7.52pr. e 52.7) anche l'obbligazione naturale, estranea nel modo di pensare dei Romani all'idea (nata tra Cinquecento e Seicento) dei doveri della morale sociale, sia consentito un rinvio a R. FERCIA, *La moralizzazione della 'necessitas' nella tradizione europea della definizione imperiale di 'obligatio'*, in *Le obbligazioni naturali tra dogmi antichi e nuovi interrogativi*, a cura di P. Lambrini, Napoli, 2023, p. 37 ss.; per l'opposta visione, cfr. ora l'ampia relazione – che, a mio avviso, pretende da Modestino e dai Commissari imperiali un perfetto rigore linguistico, logico e dogmatico che non si può scorgere nelle fonti a nostra disposizione se non per autoproiezione scientifica – di G. FINAZZI, *Le definizioni romane dell'obbligazione, in L'obbligazione: struttura e fonti. Convegno internazionale in ricordo di C.A. Cannata (Padova, 16-18 giugno 2022)*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2024, 149 ss., con letteratura.

⁴ Prospettiva oggi sostenuta, in particolare, da P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, p. 363 ss.

⁵ L. DI CINTIO, '*Natura debere*'. *Sull'elaborazione giurisprudenziale romana in tema di obbligazione naturale*, Soveria Mannelli, 2009, p. 61 ss. (già EAD., *Considerazioni sulla 'naturalis obligatio' del 'filiusfamilias' (a proposito di Afr. D. 12.6.38 e Ven. D. 15.6.18)*, in *RIDA III S.*, LIII, 2006, p. 199 ss.); S. LONGO, '*Filius familias se obligat?* Il problema della capacità patrimoniale dei *'filius familias'*', Milano, 2003,

del Digesto riservato alla *condictio indebiti*, ed esamina una questione di particolare importanza: il problema del credito endofamiliare in rapporto alla rilevanza – meglio ancora, anche se *in thesi*: alla soggettività – del *peculium profecticum* ed alle relative conseguenze sul piano della successione ereditaria.

Esaminiamola:

Afr. 9 quaest. D. 12.6.38pr.: Frater a fratre, cum in eiusdem potestate essent, pecuniam mutuatus post mortem patris ei solvit: quaesitum est, an repetere possit. respondit utique quidem pro ea parte, qua ipse patri heres exstitisset, repetiturum, pro ea vero, qua frater heres exstiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset: naturalem enim obligationem quae fuisset hoc ipso sublata videri, quod peculii partem frater sit consecutus, adeo ut, si praelegatum filio eidemque debitori id fuisset, deductio huius debiti a fratre ex eo fieret. idque maxime consequens esse ei sententiae, quam Iulianus probaret, si extraneo quid debuisset et ab eo post mortem patris exactum esset, tantum iudicio eum familiae herciscundae recipaturum a coheredibus fuisse, quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset. igitur et si re integra familiae herciscundae agatur, ita peculium dividi aequum esse, ut ad quantitatem eius indemnis a coherede praestetur: porro eum, quem adversus extraneum defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse praestandum. (1) Quaesitum est, si pater filio crediderit isque emancipatus solvat, an repetere possit. respondit, si nihil ex peculio apud pa-

p. 79, nt. 72; Ph. DIDIER, *Les obligations naturelles chez les derniers Sabiniens*, in *RIDA III S.*, XIX, 1972, p. 242 ss.; P. CORNIOLEY, 'Naturalis obligatio'. *Essai sur l'origine et l'évolution de la notion de droit romain*, Genève, 1964, p. 146 ss.; G.E. LONGO, *Ricerche sull'obligatio naturalis*, Milano, 1962, p. 131 ss.; A. BURDESE, *La nozione classica di 'naturalis obligatio'*, Torino, 1955, p. 60 ss.; V. DEVILLA, *Studi sull'obligatio naturalis*, in *St. sassaresi*, XVII, 1939, p. 216 ss. (e quindi, successivamente, Id., *L'obbligazione naturale nel diritto classico*, in *Studi in onore di E. Betti*, II, Milano, 1962, p. 372 ss.); E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni. Parte generale*, III, Milano, 1938, p. 125 ss.; G. MICOLIER, *Pécule et capacité patrimoniale. Etude sur le pécule, dit profectice, depuis l'édit 'de peculio' jusqu'à la fin de l'époque classique*, Lyon, 1932, p. 176 ss.; J. VÁŽNÝ, 'Naturalis obligatio', in *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, IV, Milano, 1930, p. 146 ss.

trem remanserit, non repetiturum: nam manere naturalem obligationem argumento esse, quod extraneo agente intra annum de peculio deduceret pater, quod sibi filius debuisset. (2) Contra si pater quod filio debuisset eidem emancipato solverit, non repetet: nam hic quoque manere naturalem obligationem eodem argumento probatur, quod, si extraneus intra annum de peculio agat, etiam quod pater ei debuisset computetur. eademque erunt et si extraneus heres exheredato filio solverit id, quod ei pater debuisset. (3) Legati satis accepi et cum fideiussor mihi solvisset, apparuit indebitum fuisse legatum: posse eum repetere existimavit.

La difficoltà del passo – che, qui come altrove nelle *Quaestiones* di Africano, sottintende sistematicamente, come noto⁶, la riconducibilità dei *responsa* discussi a Giuliano – ne suggerisce, come principio della nostra esegesi, una traduzione-parafrasi⁷.

⁶ Cfr. per tutti A. D'ORS, *Las 'Quaestiones' de Africano*, Roma, 1997, p. 14 s. e p. 451 ss.

⁷ Trascrivo qui – anche ad evidenziare alcune divergenze rispetto a quella offerta in testo – la proposta di traduzione del gruppo di studio coordinato da Schipani: «AFRICANO, nel libro nono *Delle questioni*. Un fratello, preso in mutuo denaro da un altro fratello, essendo entrambi nella potestà del medesimo padre di famiglia, dopo la morte di questi glielo ha restituito; è stato posto il quesito se possa ripeterlo. <Giuliano> rispose che certamente lo potrà ripetere per la parte <estintasi per confusione>, essendo lo stesso divenuto erede del padre; per quanto riguarda invece la parte per cui sarà divenuto erede il fratello, egli potrà ripetere <quanto pagato> solo se dal suo peculio al fratello fosse pervenuto non meno <della parte residua del debito>: infatti, l'obbligazione naturale che era esistita si considerava che si fosse estinta per il fatto che il fratello aveva ottenuto una parte del peculio, al punto che, se questo <peculio> fosse stato oggetto di prelegato a favore del figlio debitore, il fratello avrebbe avuto la possibilità di dedurre da questo <prelegato> tale debito. E ciò è del tutto conseguente a quel parere, che Giuliano approvava, per cui, se uno dei figli avesse dovuto qualcosa ad un estraneo e quest'ultimo avesse riscosso <ciò> da lui dopo la morte del padre, egli potrebbe recuperare dai coeredi, attraverso l'azione di divisione dell'eredità, tanto quanto da essi il creditore avrebbe potuto ottenere con l'azione nei limiti del peculio. E così, se, senza che sia stato ancora effettuato il pagamento, si agisca per la divisione dell'eredità, è equo che il peculio sia diviso in modo tale che il fratello debitore venga dal coerede tenuto indenne fino all'ammontare di tale debito; e certamente, colui che è necessario che tuteliamo contro l'estraneo a maggior ragione deve essere tenuto indenne di quanto avesse dovuto al fratello. (1) Nel caso in cui il padre di famiglia abbia concesso un

«Un fratello, finanziato da un proprio fratello quando entrambi erano *in potestate* del medesimo padre, ebbe ad estinguere il debito dopo la morte di quest'ultimo: si è chiesto se possa agire in ripetizione. Rispose che avrebbe potuto agire in ripetizione non solo, e di sicuro, per la quota di peculio a lui spettante in quanto erede del padre, ma anche per quella spettante al fratello, purché a quest'ultimo dal suo peculio fosse pervenuto un valore non inferiore, giacché allora l'obbligazione naturale in ipotesi esistente sarebbe stata estinta per il semplice fatto del conseguimento, da parte del fratello, di una quota capiente di tale peculio, tanto ciò vero che, se esso fosse stato attribuito per legato *per praeceptionem* disposto in favore del figlio ed allo stesso tempo debitore, l'altro fratello sarebbe stato legittimato ad operare la deduzione di questo debito. Il che è perfettamente coerente con quella soluzione, che Giuliano approverebbe, secondo cui, se un qualche debito l'avesse avuto verso un estraneo alla successione, e fosse stato riscosso a suo carico dopo la morte del padre, egli avrebbe recuperato dai coeredi, con il giudizio di divisione dell'eredità, esattamente quanto il creditore avrebbe potuto conseguire da costoro con l'azione *de peculio*. Per corollario, anche ad ipotizzare il giudizio divisorio prima del pagamento sarebbe corretto dividere il peculio in modo che egli sia tenuto indenne dal coerede nei limiti dell'ammontare del debito stesso: ma allora, ovviamente, chi deve essere tutelato nei rapporti con un estraneo a maggior ragione

prestato al figlio in potestà e questi dopo essere stato emancipato lo restituisca, si è posto il quesito se possa ripetere quanto pagato. <Giuliano> rispose che non potrà ripetere se nulla del peculio sia rimasto presso il padre: è infatti prova del permanere di un'obbligazione naturale il fatto che, se un estraneo agisca nei confronti del padre nei limiti del peculio entro un anno, il padre dedurrebbe ciò che il figlio gli avesse dovuto. (2) Nella situazione opposta, se il padre di famiglia abbia pagato ciò che avesse dovuto al figlio, dopo averlo emancipato, non lo potrà ripetere: infatti, anche in questo caso si dimostra col medesimo argomento che permane un'obbligazione naturale, perché, se un estraneo agisca <nei confronti del padre> entro un anno nei limiti del peculio, si computerebbe nel peculio anche quel che il padre avrebbe dovuto al figlio. E le stesse argomentazioni varranno anche se l'erede estraneo abbia pagato al figlio in potestà diseredato ciò che il padre di famiglia gli avrebbe dovuto. (3) Ho ricevuto garanzia per un legato, e, dopo che il fideiussore mi aveva pagato, risultò che il legato non mi era dovuto: si ritenne che egli potesse ripetere». (*Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, testo e traduzione, III, 12-19, a cura di S. Schipani, Milano, 2007, p. 66 s.).

deve essere tenuto indenne dal debito verso un fratello. (1) Se un padre ha fatto credito al figlio e questi lo ha rimborsato dopo l'emancipazione, si è chiesto se possa agire in ripetizione: rispose che non avrebbe potuto agire in ripetizione se del peculio nulla fosse rimasto al padre: è per l'appunto prova del permanere dell'obbligazione naturale il fatto che, ove un estraneo agisse *de peculio* entro l'anno, il padre potrebbe dedurre il credito verso il figlio. (2) Nel caso contrario, se il padre ha rimborsato quello stesso figlio emancipato, non potrà agire in ripetizione: infatti, che anche qui permanga l'obbligazione naturale è dimostrato dallo stesso ragionamento, cioè che, ove un estraneo agisca *de peculio* entro l'anno, si dovrà computare anche quanto il padre gli deve. Sarà lo stesso anche qualora un erede estraneo abbia rimborsato al figlio diseredato il debito del padre. (3) Ho ricevuto una garanzia personale per un legato obbligatorio e, dopo l'adempimento da parte del fideiussore, è emerso che non era dovuto: lo ha ritenuto ripetibile».

Per l'intelligenza del frammento, a mio parere, occorre rileggere innanzitutto

Marcian. 5 reg. D. 15.1.40pr.: *Peculium nascitur crescit decrescit moritur, et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat peculium simile esse homini. (1) Quomodo autem peculium nascitur, quaesitum est. et ita veteres distinguunt, si id adquisiit servus quod dominus necesse non habet praestare, id esse peculium, si vero tunicas aut aliquid simile quod ei dominus necesse habet praestare, non esse peculium. ita igitur nascitur peculium: crescit, cum auctum fuerit: decrescit, cum servi vicarii moriuntur, res intercidunt: moritur, cum ademptum sit.*

Questa nota esposizione di Marciano, che valorizza un'immagine di Papirio Frontone – giurista come noto di difficile collocazione cronologica, comunque di epoca imperiale⁸ – è per noi fondamentale: essa, infatti, contiene la traccia di un'idea progressivamente

⁸ W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², Graz-Wien-Köln, 1967, p. 235; O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1889, col. 947 s., congetturava che Papirio Frontone fosse contemporaneo di Cervidio Scevola sulla scorta di Marcian. 8 inst. D. 30.114.7.

consolidatasi nel modo di pensare dei *prudentes*, e cioè che il *peculium* – come evidenza esattamente Massimo Brutti⁹ – si atteggi ad un'entità che, pur non essendo *persona* nel senso 'gaiano' del termine, presenta profili di analogia con l'essere umano¹⁰, giacché 'nasce, cresce e muore'.

Il che significa riconoscere al *peculium* una forma di 'soggettività' da intendersi in senso sostanziale, giacché la metafora esprime, secondo me, quella 'qualificazione di situazioni unificate' su cui insisteva – anche con riferimento al nostro frammento – Riccardo Orestano¹¹: si tratta, in ultima analisi, di un patrimonio separato che intesse una 'rete di relazionalità giuridica' tramite il suo amministratore, vale a dire il *potestati subiectus* investito della *libera administratio*, e che per questa via risulta titolare sostanziale di rapporti giuridici 'unificati' in quanto distinti da quelli che fanno capo al costituente, e quindi ai suoi eredi, nonché dal suo amministratore.

L'amministrazione del *peculium*, in sostanza, dispiega di per sé effetti sul piano del *ius civile*, che l'editto interviene a *corrigere* limitatamente al fatto che l'attività negoziale del *potestati subiectus* non crea obbligazioni in capo al soggetto *sui iuris* – il titolare della *potestas* – che l'ha costituito¹².

La legge *Frater a fratre* esplora appunto sul piano del *ius civile*, come vedremo nel corso di questa ricerca, alcune fondamentali potenzialità di questa risorsa: le *naturales obligationes* – i debiti 'tra fratelli', così come i debiti 'tra padre e figlio' e viceversa – evocate nel passo¹³ sono rapporti da imputarsi non tanto alle *personae*, quanto piuttosto alle relazioni tra queste ed il *peculium* inteso come patri-

⁹ M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*³, Torino, 2015, p. 252 ss.

¹⁰ Per tutti P. CERAMI, *Introduzione allo studio del diritto commerciale romano*, in P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*³, Torino, 2010, p. 61 s.

¹¹ R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, Torino, 1968, p. 170 ss., in particolare p. 172.

¹² M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 87.

¹³ Respinta la risalente tesi di H. SIBER, 'Naturalis obligatio', in *Gedenkschrift für L. Mitteis*, Leipzig, 1926, p. 34, nt. 8, che sospettava del riferimento alla *naturalis obligatio*, introdotto dai commissari imperiali in luogo di un classico *debitum*, seguita in Italia da E. ALBERTARIO, *Corso*, III, cit., p. 125 s.

monio dotato di vita economica propria, e per questo *'simile homini'* come diceva Papirio Frontone.

Con una precisazione fondamentale.

La figura di indebitato di cui giurista discute si profila in relazione a fatti che determinano la cessazione (che peraltro non può essere immediata, in conseguenza della *formula de peculio annalis* offerta dall'editto) del peculio, vale a dire la morte del *pater* costituente ovvero l'*emancipatio* del *filius familias* amministratore, sicché la separazione patrimoniale riconfigurata dall'editto rileva in funzione non già 'gestionale', ma 'conservativa' della garanzia patrimoniale dei creditori peculiari¹⁴: ed è appunto in questo quadro che il discorso si dipana tra l'esame di un primo caso-base, costituito dal credito di un fratello ad un altro fratello in potestà del medesimo padre e rimborsato *post mortem patris*, ed un secondo che si polarizza piuttosto sul credito del padre al figlio e viceversa, rimborsato dopo l'emancipazione, in disparte la chiusa, inerente alla ripetibilità da parte del garante che adempia in luogo dell'erede un legato obbligatorio invalido, la cui massimazione è tale da precludere allo stato delle nostre conoscenze una più precisa informazione sul ragionamento del giurista.

Proviamo ora a rileggere D. 12.6.38 imputando ai *peculia* 'soggettivizzati' – di cui sono amministratori entrambi i *fratres* – il rapporto obbligatorio naturale di cui discute il giurista.

Il discorso di Africano si apre con la prospettazione di un primo caso-base.

Abbiamo due fratelli *in potestate*, entrambi investiti dal proprio *pater* dell'amministrazione di un *peculium*: e va da sé che i due patrimoni ben possano essere di differente consistenza.

Un fratello finanzia l'altro: o meglio, a valorizzare la metafora di Papirio Frontone, si tratta di un mutuo di denaro erogato 'da un peculio ad un altro peculio', sicché l'essenza dell'*obligatio re* che sorgerebbe tra i fratelli se fossero *sui iuris* va riletta nel senso che si è determinato uno spostamento di denaro verso un patrimonio separato (formalmente del *pater familias*) programmaticamente destinato dalla naturalistica *causa credendi* a rientrare nel patrimonio di prove-

¹⁴ Cfr. sul punto quanto osservo in *'Libera administratio peculii' e 'fraus creditorum': un appunto su Marcell. D. 42.8.12*, in *St. Cagliari*, LXV, 2024/2, p. 141 ss.

nienza, che nondimeno è un altro patrimonio separato (di quel medesimo *pater familias*). In questo quadro, sorge un *creditum* naturale in capo al *pater familias*, la cui sorte dipende dall'imputazione di esso all'articolazione 'interna' del suo complessivo patrimonio: da questo più specifico punto di vista, a seguire la tradizionale ricostruzione del regime delle obbligazioni contratte da *filius familias* – i quali, ai tempi di Africano, si vincolano *naturaliter* verso il *pater*, e *civilliter* verso i terzi con il limite sostanziale del Macedoniano ed il limite processuale dell'*actio iudicati*, ma con la responsabilità adiettizia dell'avente potestà assicurata dall'editto – tale debito puro¹⁵ risulta a carico del peculio finanziato, e dunque, nell'esposizione del giurista, del *filius in potestate* in quanto amministratore di esso.

Va dunque sottolineato come la *naturalis obligatio* di cui discute il giurista si configuri contabilmente (per *ius honorarium*) tra fratelli, *rectius* tra i rispettivi *peculia*, ma sostanzialmente – cioè per *ius civile*, il che appare dirimente nel ragionamento del giurista – tra il *filius*, finanziato tramite il *medium* del *peculium* assegnato ad un fratello, ed il *pater* in quanto titolare del patrimonio separato da cui proviene il finanziamento stesso: sul punto, coglieva secondo me nel segno la 'sintesi sapienziale' di secoli di riflessione dei giuristi europei tratteggiata da van Eck, secondo la quale l'obbligazione naturale tra fratelli si sarebbe comunque radicata, in quanto elemento patrimonialmente favorevole, in capo al *pater familias*, come del resto si evince dall'espressione '*filio eidemque debitori*' – vale a dire 'al figlio ed allo stesso tempo debitore' – per indicare l'onorato dal legato *per praeceptionem*, inequivocabilmente da intendersi come debitore (naturale) non già 'del fratello' amministratore del peculio, ma appunto 'del padre'¹⁶.

Muore il *pater familias*: i *fratres sui* divengono *sui iuris* e – a seguire la descrizione del fatto, dove non si fa menzione di un testamento – si apre la successione *ab intestato*, che comprende ovviamente i due *peculia* sino a quel momento amministrati dai coeredi.

¹⁵ Seguo, qui come altrove, E. BETTI, *Il concetto di obbligazione dal punto di vista dell'azione*, Padova, 1920, p. 127-129 (e, quindi, ID., *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1953, p. 50-52).

¹⁶ C. VAN ECK, *Le sette leggi*, cit., p. 90.

In tal caso, la separazione patrimoniale, sul piano – lo dicevamo – ‘gestionale’, viene meno, salvo che agli effetti della ‘liquidazione’ dei due *peculia*: essi, infatti, pur cadendo in successione come ‘*universitates* distinte’ all’interno dell’*hereditas*, devono ritenersi pur sempre cessati una volta che gli amministratori ne siano divenuti titolari secondo il regime della comunione incidentale ereditaria classica, sicché l’originaria separazione, destinata a venir meno, si proietta transitoriamente sulla successione ai soli fini del *iudicium familiae erciscundae* sul piano del *ius civile* e, sul piano del *ius honorarium*, nel regime dell’*actio de peculio annalis*, cioè i due rimedi su cui insiste il giurista nel complessivo sviluppo del discorso.

Dopo l’apertura della successione, il fratello a suo tempo amministratore del peculio finanziato rimborsa il fratello che, a sua volta, era l’amministratore del peculio mutuante: mentre, dunque, la *mutui datio* aveva determinato il *creditum* di un *peculium* verso l’altro *peculium*, che rileva come *naturalis obligatio* sostanzialmente tra fratelli e formalmente verso il *pater*, la *solutio*, quantunque di per sé simmetrica allo spostamento di denaro che aveva generato tale rapporto, è pur sempre posta in essere da un coerede divenuto *sui iuris* in favore di un altro coerede parimenti divenuto *sui iuris*, in un contesto in cui i due *peculia* sono ormai, come si diceva, ‘in liquidazione’ in quanto pervenuti *pro quota* nella titolarità dei coeredi.

Il *solvens*, percepito questo esito come un’anomalia nella propria sfera laica, domanda al giurista se possa esperire nei confronti dell’*accipiens* la *condictio indebiti* per ripetere la somma sborsata: in sostanza, egli chiede se la *solutio* – in quanto negozio con *causa solvendi* intervenuto tra *personae sui iuris* – possa o meno essere destinata dal coerede ad un peculio ‘in liquidazione’ di cui è contitolare in ragione della successione.

La soluzione di Giuliano, discussa dal suo allievo Africano, si basa sull’idea per cui «il rapporto fra creditore e debitore presuppone la diversità fra i due soggetti, senza la quale l’obbligazione non sarebbe potuta sorgere; se cessa tale diversità (in base alla successione universale dell’uno o dell’altro soggetto), l’obbligazione si estingue per confusione»¹⁷, e di conseguenza s’incentra, ai fini della

¹⁷ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 646.

configurazione della sussistenza di una *indebiti solutio*, sulla successione dei *fratres sui* al proprio *pater* in un cespite ereditario ben preciso: il ‘peculio debitore’. Solo da questo punto di vista, infatti, può astrattamente porsi il problema esaminato dal giurista: se il *pater familias* aveva – in quanto titolare dei *peculia* amministrati dai figli – un *creditum* naturale nei confronti del figlio peculiato beneficiario del finanziamento erogato tramite un altro peculio, l’alterità soggettiva tra creditore e debitore può venir meno per successione, con conseguente operatività della *confusio*, solo con riferimento alle sorti del ‘peculio debitore’.

Partiamo dunque da una considerazione d’ordine generale: i *sui heredes* succedono *ab intestato*, senza necessità di *aditio*, nell’intero patrimonio del *pater familias*, cioè il creditore naturale sostanziale.

Con queste coordinate, Giuliano dà allora innanzitutto per scontato che il *solvens* possa ripetere il pagamento come indebitato nei limiti della propria quota ereditaria, in quanto essa comprende la corrispondente quota del ‘peculio debitore’: se non la comprendesse, infatti, si verserebbe nell’ipotesi discussa nel passaggio dal caso alla *quaestio*, in cui appunto si esamina in primo luogo la possibilità che tale peculio non faccia parte dell’asse ereditario in conseguenza di un legato *per praeceptionem* in favore del suo amministratore, così da consentire la prededuzione del credito al coerede non amministratore (il che esclude, di conseguenza, l’indebitato).

Ma di ciò diremo meglio a breve.

Se, dunque, il ‘peculio debitore’ cade in successione *pro quota*, la *solutio* è indebita nei limiti della quota ereditaria, giacché il coerede rimborsa con risorse proprie l’intero debito puro di un patrimonio (originariamente) separato, di cui peraltro è divenuto contitolare insieme all’altro coerede, sicché entro quei limiti difetta di necessità l’alterità soggettiva tra debitore e creditore¹⁸. In quest’ordine di idee già intuito, come si diceva, da van Eck, era Burdese a sottolineare esattamente che alla base del ragionamento del giurista «sta anzitutto l’estensione al campo della *naturalis obligatio* della regola di *ius civile* per cui il *filius* acquista i crediti al padre: così si spiega infatti che il debito contratto col fratello si estingua per la quota di

¹⁸ Cfr. ancora C. VAN ECK, *Le sette leggi*, cit., p. 92 s.

eredità spettante al fratello debitore, avendo questi ereditato *pro quota* il credito»¹⁹.

Un poco più complesso è, invece, il ragionamento inerente alla ripetizione anche per la quota ereditaria spettante all'*accipiens*, giacché Giuliano sostiene che l'indebito possa estendersi oltre il valore della quota ereditaria del *solvens* purché quella spettante all'*accipiens* comprenda una quota ideale del 'peculio debitore' pari almeno al valore del debito residuo: se, dunque, la quota del 'peculio debitore' pervenuta a titolo universale all'*accipiens* è capiente, la confusione concerne l'intera *solutio*. Nel primo caso, dunque, per successione al creditore naturale, cioè il *pater familias*, il coerede amministratore del 'peculio debitore', una volta che ne risulti titolare *pro quota*, diverrebbe, nei limiti di tale quota, debitore di se stesso; nel secondo, invece, il coerede amministratore del peculio da cui proviene il finanziamento diverrebbe semmai creditore di se stesso, in quanto titolare di una quota pari al debito residuo del medesimo 'peculio debitore'.

Il ragionamento del giurista prosegue con l'esame di due varianti del caso-base, funzionali a rafforzare la soluzione prospettata: egli, infatti, ipotizza da un lato che il 'peculio debitore', anziché cadere in successione *ab intestato* a titolo universale nel patrimonio di entrambi i *fratres sui*, sia – lo si accennava poc'anzi – l'oggetto di un legato *per praeceptionem* disposto in favore suo amministratore; dall'altro, cadendo il 'peculio debitore' in successione *ab intestato*, che il debito a suo carico sia piuttosto nei confronti di un soggetto terzo rispetto alla successione stessa.

La prima variante (sulla quale mi pare tutto sommato evidente il peso, forse eccessivo, di una compressione compilatoria) presuppone dunque, sul piano logico, l'apertura di una successione testamentaria valida per il *ius civile*, nella quale, più precisamente, tutti i *sui* siano stati istituiti eredi (dovendosi altrimenti fare i conti con la nullità conseguente a *praeteritio* del *suus*): ed il prelegato va inteso, secondo me, come legato *per praeceptionem* in senso tecnico, giacché il ragionamento del giurista (ancora una volta, ed in conseguenza

¹⁹ Così A. BURDESE, *La nozione*, cit., p. 60; nello stesso senso G. MICOLIER, *Pécule*, cit., p. 177; V. DEVILLA, *Studi*, cit., p. 220; più di recente, L. DI CINTIO, 'Natura debere', cit., p. 66.

della rilevata compressione) ne presuppone l'acquisto per l'intero a titolo particolare²⁰, in contrapposizione rispetto al caso-base in cui il 'peculio debitore' cade in successione a titolo universale, e dunque i *fratres* ne divengono titolari per quote ideali.

Muovendo dalla rappresentazione del fatto che si legge (e si intravede ancor meglio in filigrana) nel Digesto, Giuliano sostiene che se il 'peculio debitore', anziché per quote ereditarie *ab intestato*, risulti interamente attribuito *per praeceptionem* – ciò che ne implica la sottrazione all'asse ereditario – disposto in favore del suo amministratore, l'altro amministratore è ammesso alla prededuzione del credito naturale del padre contabilmente imputato al 'peculio creditore', così da determinare al rendiconto l'attivo dei due *peculia*: in buona sostanza, il legato *per praeceptionem* ha ad oggetto il patrimonio separato con le sue poste attive e passive, tra le quali rientra il debito naturale nei confronti del *pater*, che deve andare di necessità in prededuzione in funzione del giudizio divisorio, unico strumento – come noto – per pretendere la *praeceptio legata*.

In questo quadro, l'adempimento *post mortem patris* da parte del prelegatario divenuto titolare del peculio a suo tempo amministrato non sarebbe indebito.

Al riguardo, tuttavia, sempre nella prospettiva della compressione del testo pervenutoci, si può osservare come il ragionamento di Giuliano fosse verosimilmente incentrato su un'ipotesi più articolata, e segnatamente quella di un legato *per praeceptionem* non già – come emerge dal testo – del solo 'peculio debitore', ma piuttosto di entrambi i *peculia* ai due *fratres* amministratori, istituiti eredi per il resto dell'asse: ma l'esatto contorno, da questo punto di vista, ci sfugge del tutto.

Veniamo così alla seconda variante: vale a dire l'ipotesi in cui il 'peculio debitore' cada sì nella successione universale *ab intestato*, ma il debito contratto dal *filius* si configuri verso un terzo, *extraneus* alla cerchia familiare e dunque alla successione: si tratta, per l'epoca considerata, di un'obbligazione civile²¹, alla quale si affianca la responsabilità adiettizia *de peculio* del *pater familias*.

²⁰ Su questo problema, cfr. per tutti M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 740.

²¹ Non mi convince la posizione di S. LONGO, *'Filius familias se obligat'?*, cit., p. 79, nt. 12: il frammento non si esprime affatto nel senso che anche verso il terzo

In questo quadro, riterrei che l'espressione *'quid debuisset'* sia classica e sottolinei l'ipotesi di un titolo diverso dal credito (vietato dal Macedoniano); inoltre, mi pare del tutto ragionevole supporre che Africano discutesse della soluzione di un giurista – il cui nome è caduto – a lui contemporaneo che Giuliano, se fosse stato ancora vivo quando lui scriveva le *Quaestiones* nel ricordo della scienza del maestro, avrebbe approvato²².

Secondo questa *sententia*, dunque, qualora quel peculio abbia un qualche debito verso un terzo estraneo alla successione, il quale pertanto non acquista una quota di esso *ab intestato*, il coerede che paghi l'intero dopo la morte del padre otterrà in sede di *iudicium familiae erciscundae* quanto avrebbe ottenuto il creditore esercitando l'*actio de peculio annalis*: per corollario, ad ipotizzare il giudizio divisorio prima del pagamento, la divisione del 'peculio debitore' dovrà tener conto del suo attivo, che si determina portando in deduzione il debito verso il terzo.

Va da sé che, non verificandosi alcun fenomeno di confusione, qualora il coerede paghi in eccedenza rispetto alla capienza del peculio non vi sarebbe a tale titolo alcun indebito in quanto il *filius familias* era comunque obbligato *civiliter* per l'intero verso l'*extraneus*: in altre parole, l'obbligazione (civile) contratta dal *filius* verso un terzo non costituisce di per sé un elemento passivo dell'asse eredita-

il *filius* contragga un'obbligazione naturale; d'altra parte, la responsabilità adietizia del *pater* o del *dominus*, in quanto tale, semplicemente 'si aggiunge' ad un debito coercibile nel primo caso, ed incoercibile nel secondo. Ne consegue – e sul punto dissento anche da L. DI CINTIO, *'Natura debere'*, cit., p. 69 s. – che il terzo avrebbe dovuto scegliere se esperire l'azione con la *formula de peculio et de in rem verso* contro il *pater*, ovvero agire direttamente contro il *filius familias* (Ulp. 48 *ad Sab.* D. 46.4.8.4), ma senza poter poi contare sull'azione esecutiva *manente potestate* almeno sino alla svolta, testimoniata da Ulp. D. 15.1.3.11 ed attribuita dal giurista a Marcello e Papiniano, che aveva condotto i *prudentes* ad concedere contro il *pater* l'*actio iudicati* con clausola *de peculio et de in rem verso* a fronte della condanna del *filius familias* a prescindere dall'*origo iudicii* per obbligazioni contratte *suo nomine*: sul punto si veda, per tutti, A. SALOMONE, *'Iudicati velut obligatio'*. *Storia di un dovere giuridico*, Napoli, 2007, p. 380 ss., con letteratura, nonché, per l'inquadramento complessivo della questione che ritengo pienamente plausibile, M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 85, 122 e 333.

²² Non si tratta, dunque, di un'opinione di Giuliano, come ipotizza L. DI CINTIO, *'Natura debere'*, cit., p. 67.

rio, nel senso che essa non è un debito ‘ereditario’, ma semmai un debito ‘del peculio’ caduto in successione in quanto sorta nell’ambito ‘adiettizio’ della sua *administratio*, sicché si tratta di un elemento patrimoniale passivo rilevante ai soli fini della determinazione dell’attivo del peculio stesso in funzione della divisione giudiziale, con la conseguenza che l’eccedenza del pagamento rispetto alla relativa capienza rappresenta l’adempimento di un debito proprio del coerede, che aveva pur sempre assunto *suo nomine* verso il terzo un’obbligazione coercibile.

In questo quadro, il dato dirimente per la soluzione del caso-base con le sue due varianti ipotetiche è la circolazione *mortis causa* del *peculium* inteso come *homo* che agisce tramite il suo amministratore: è nella logica della successione, infatti, che si apprezzano le vicende della *naturalis obligatio* sorta in capo al *pater* dall’amministrazione del *filius familias*, e segnatamente i presupposti della sua *confusio*. Che, poi, tutto il ragionamento sia riconducibile a Giuliano è confermato dalla frase conclusiva, in cui si coglie non a caso quel moralismo esattamente tratteggiato da Casavola²³: se il coerede a suo tempo amministratore del ‘peculio debitore’ in liquidazione è tutelato nel caso del debito verso l’*extraneus*, a maggior ragione questo esito di giustizia deve apprezzarsi nei rapporti con un fratello.

Il frammento prosegue con l’esame del caso in cui il *pater familias* faccia credito al figlio peculiato, che procede al rimborso dopo l’emancipazione: come nel caso della morte del *pater*, in questo caso è l’*emancipatio* a determinare la cessazione del peculio.

Si tratta di un caso di *peculium non ademptum*, che *videtur tacite donatum*²⁴ e dunque resta acquisito all’emancipato: il quesito concerne sempre la proponibilità della *condictio* da parte del *solvens*.

²³ F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*², Roma, 2011, 31 ss., in particolare 33.

²⁴ Cfr. Paul. 11 *quaest.* D. 15.1.53; Papin. 12 *resp.* D. 39.5.31.2; Papin. 14 *resp.* D. 40.3.3; Imp. Diocl. et Max. AA. et CC. Rufino C. 7.23 (a. 294); I. 2.20.20: la questione è indagata a fondo da A. WACKE, ‘*Peculium non ademptum videtur tacite donatum*’. *Zum Schicksal des Sonderguts nach der Gewaltenlassung*, in *Iura*, XLII, 1991, 43 ss.; più di recente, si veda anche A. BÜRGE, *Lo schiavo (in)dipendente e il suo patrimonio*, in ‘*Homo*’, ‘*caput*’, ‘*persona*’. *La costruzione giuridica dell’identità nell’esperienza romana*, a cura di A. Corbino, M. Humbert e G. Negri, Pavia, 2010, 384 s.

Giuliano osserva, al riguardo, che se un *extraneus* agisse contro il padre l'*actio de peculio annalis*, l'attivo del peculio sarebbe determinato previa deduzione del debito del figlio: ciò dimostra, secondo il giurista, l'esistenza del credito naturale del *pater*, che rende improponibile la *condictio; a contrariis*, se il *peculium* risulta almeno in parte *ademptum*, «l'obbligazione naturale si estingue entro i limiti della porzione di peculio del figlio trattenuta dal padre al momento dell'emancipazione»²⁵.

In sostanza, l'emancipato acquista il peculio con le sue poste passive.

Nel prosieguo del discorso, il giurista prospetta quindi l'ipotesi inversa: adesso è il *pater* ad aver chiesto un finanziamento al peculio amministrato dal figlio.

In un secondo momento, il figlio viene emancipato, e conserva anche in questo caso il peculio.

Dopo l'emancipazione, il padre rimborsa il figlio, ma non ha la *condictio* giacché se un terzo agisse *de peculio* contro di lui, l'attivo del peculio sarebbe determinato computando anche il suo debito naturale, che dunque costituisce il presupposto della *causa solvendi*.

Secondo Giuliano, la soluzione è la medesima anche nell'ipotesi in cui un *heres extraneus* avesse rimborsato il figlio emancipato in vita, e quindi diseredato nel testamento: anche in questa evenienza, infatti, qualora un terzo agisse con l'*actio de peculio annalis* contro l'*heres extraneus* l'attivo del peculio dovrebbe essere determinato tenendo conto del debito del padre verso il figlio.

La chiave di lettura della soluzione è, con evidenza, l'autonomia patrimoniale del *peculium*: «le sorti dell'obbligazione naturale» – scriveva Burdese – «appaiono legate alle sorti del peculio, nel senso che l'obbligazione sembra gravare in primo luogo sul peculio del debitore, estinguendosi nei limiti in cui questo pervenga nelle mani del creditore, per successione ereditaria del figlio al padre nel primo caso, per *ademptio* da parte del padre all'atto dell'emancipazione del figlio nel secondo»²⁶.

²⁵ A. BURDESE, *La nozione*, cit., 59 s.

²⁶ A. BURDESE, *La nozione*, cit., 62.

In tutto il ragionamento del giurista, il peculio si comporta come un patrimonio soggettivizzato: come da tempo si evidenzia²⁷, del resto, il meccanismo della *deductio* imputa al peculio il debito naturale come qualsiasi altra obbligazione.

Due parole, a conclusione di questo discorso, sulla chiusa del passo.

Ego, onorato di un legato obbligatorio, ha ricevuto una garanzia personale.

Il garante adempie in luogo dell'*heres*, ma in un secondo momento emerge che il legato 'non era dovuto': non si precisa, al riguardo, se ciò consegua ad un problema di invalidità; qualunque idea si abbia in merito, tuttavia, esso sorge giacché in tal caso, quale che sia la ragione per la quale il legato non può essere preteso, l'erede adempirebbe un'obbligazione 'particolare', che deriva dall'evoluzione della *damnatio* testamentaria, e dunque protetta al *duplum* – proiezione del meccanismo accertativo della fondatezza dell'originaria *manus iniectio* esperibile contro l'erede – con l'*actio ex testamento* con conseguente irripetibilità dell'adempimento in quanto i *prudentes*, come noto, vi scorgevano un *transigere*²⁸.

Secondo il giurista, l'adempimento del *fideiussor* – escludendo, dunque, che la terminologia adoperata risulti dal superamento di *sponsio* e *fidepromissio* – dell'erede è comunque ripetibile: infatti, per un verso tale figura di garante, nei cui confronti il legatario potrebbe esperire non già l'*actio ex testamento*, ma un'*actio incerti ex stipulatu*, risponde verso il legatario nei limiti dell'accessorietà funzionale, sicché non sussiste il vincolo di garanzia a fronte di un'obbligazione testamentaria inesistente; per altro verso, non rileva nella sfera giuridica del fideiussore l'eventuale autonoma determinazione dell'erede di adempiere nonostante l'inesistenza dell'obbligazione testamentaria per evitare il rischio di soccombenza al *duplum*.

Abstract

La ricerca esamina D. 12.6.38, notoria croce degli interpreti intermedi, prospettando una ricostruzione del *peculium* alla stregua di un patrimonio

²⁷ J. VAŽNÝ, 'Naturalis obligatio', cit., 146 ss.; V. DEVILLA, *Studi*, cit., 221.

²⁸ Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 612 s.

separato, o forse meglio segregato, dalla *res dominica*, e ‘soggettivizzato’ nei rapporti con i terzi dal *potestati subiectus* che ne è l’amministratore.

The study examines D. 12.6.38, a notorious *crux iurisconsultorum*, proposing a reconstruction of the *peculium* as an estate that is separate – or perhaps better described as segregated – from the *res dominica*, and ‘subjectivised’ in relations with third parties by the *potestati subiectus*, who acts as its administrator.

PAOLA GALATÀ

LA VULNERABILITÀ NEL DIRITTO SUCCESSORIO: TRA ERMENEUTICA E PROSPETTIVE DI RIFORMA

SOMMARIO: 1. Sull'opportunità di utilizzare il concetto di vulnerabilità come criterio interpretativo o riformatore del diritto successorio. – 2. La zona grigia dell'inconsapevolezza legata alla senilità. – 3. Della capacità di disporre per testamento. – 3.1. Ipotesi di revisione interpretativa dell'incapacità naturale testamentaria. – 4. Dolo e captazione: l'espansione per via ermeneutica. – 5. Le proposte abbozzate dalla dottrina per una stabile pianificazione ereditaria. – 5.1. Nuove forme di disposizione *mortis causa*. – 5.1.1. Per testamento. – 5.1.2. Per contratto. – 6. La vulnerabilità discendente da malattie che non privano della capacità.

1. Quando questioni giuridiche interessano aspetti non ancora contemplati dal diritto si pone in via pregiudiziale la necessità di definire i concetti e, quindi, delinearne i caratteri, in modo che, in un quadro di coerenza interna, siano assunti come riferimento per le valutazioni della scienza giuridica¹.

Nel lessico comune e nella sociologia, 'vulnerabilità' è sinonimo di una condizione di fragilità o debolezza² dovuta a diversi fattori³,

¹ Cfr. L. FERRAJOLI, *La teoria generale del diritto: l'oggetto, il metodo, la funzione*, in *Riv. fil. dir.*, 2, 2012, 239; R. GUASTINI, *Teorie dell'interpretazione. Lo stato dell'arte*, in *Lavoro e diritto*, 2-3, 2014, 242 s.; ID., *Teoria del significato e teoria dell'interpretazione*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2, 2008, 463 ss.

² Cfr. R. ANDORNO, *Is Vulnerability the Foundation of Human Rights*, in A. MASFERRER, E. GARCÍA-SÁNCHEZ (a cura di), *Human Dignity of Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, Dordrecht, 2016, 257: «it is used to describe the inherent frailty of the human condition».

³ In base all'analisi condotta da D. SCHROEDER, E. GEFENAS, *Vulnerability: Too Vague and Too Broad?*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2009, 116, sulle

tutti legati in estrema sintesi alla «profonda destrutturazione che ha colpito le principali istituzioni della società industriale»⁴. Il concetto di vulnerabilità si presenta allora come un concetto ampio, che è stato già mutuato dal legislatore in alcuni settori dell'ordinamento⁵,

definizioni di vulnerabilità nel senso comune e nella ricerca nell'ambito dell'etica, è necessario che l'esposizione alla probabilità di subire un danno sia valutata rispetto ai fattori interni ed esterni, i quali non sono però uguali per tutti e non ammettono categorizzazioni.

⁴ C. RANCI, *Fenomenologia della vulnerabilità sociale*, in *Rass. it. sociologia*, 4, 2002, 523.

⁵ Come nota E. BATTELLI, *I soggetti vulnerabili: prospettive di tutela della persona*, in *Dir. fam. pers.*, 1, 2020, 285, «la legislazione oggi vigente su questi temi, difatti, pur cospicua, è disorganica, frammentaria, confusa e dunque migliorabile». Cfr. art. 4, co. 2 c. cons. sulle azioni di educazione del consumatore maggiormente vulnerabile; art. 20, co. 3, c. cons., sul consumatore vulnerabile, che, per A. BARBA, *Capacità del consumatore e funzionamento del mercato. Valutazione e divieto delle pratiche commerciali*, Giappichelli, Torino, 2021, 452 ss., «descrive una misura di autoreponsabilità diversa e minore rispetto a quella del consumatore medio» che assurge a criterio differente di antiggiuridicità della pratica commerciale. Sul tema, v. M. RABITTI, *Il consumatore vulnerabile e la fragilità del diritto. Brevi considerazioni*, in *dirittobancario.it*, 6 settembre 2023. Sul giudizio da svolgersi in relazione alle pratiche commerciali scorrette, si vedano R. FADDA, *La sostenibilità tra disciplina del contratto e tutela del consumatore*, ESI, Napoli, 2024, 128; F. LEONARDI, *Comportamento omissivo dell'impresa e pratiche commerciali scorrette*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, 12 ss.; F. RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2012, 49-50. Un altro ambito di emersione della vulnerabilità è costituito dal *Considerando* n. 75 del GDPR sui rischi per i diritti e le libertà che possono derivare da un trattamento di dati personali di «persone fisiche vulnerabili». In generale, sulla vulnerabilità digitale, si rinvia a A. BERNES, *Persona vulnerabile, ambiente digitale e obblighi di protezione*, in *Dir. fam. pers.*, 1, 2025, 163. In un diverso ambito, è venuta in considerazione la condizione di vulnerabilità della persona offesa per costruire in suo favore un regime protettivo (art. 90-*quater* c.p.p.). A livello sovranazionale, un primo riconoscimento della vulnerabilità come principio condiviso si deve a *The Barcelona Declaration on Policy Proposals to The European Commission on Basic Ethical Principles in Bioethics and Bio-law* del gruppo Biomed II, novembre 1998: «vulnerability expresses two basic ideas. (a) It expresses the finitude and fragility of life which, in those capable of autonomy, grounds the possibility and necessity for all morality. (b) Vulnerability is the object of a moral principle requiring care for the vulnerable. The vulnerable are those whose autonomy or dignity or integrity are capable of being threatened. As such all beings who have dignity are protected by this principle. But the principle also specifically requires not merely non interference with the autonomy, dignity or integrity of beings, but also that they receive assistance to enable them to realise

ma non ha ancora fornito la sponda alla valorizzazione delle esigenze della persona nell'opera di modulazione del diritto delle successioni⁶.

In quest'ambito deve rimarcarsi il ruolo della disgregazione delle reti familiari quale fattore idoneo a generare nuove forme di vulnerabilità nella dimensione privata. Le trasformazioni del tessuto sociale hanno conformato l'istituto della famiglia⁷, allargando sempre più il divario concettuale tra la famiglia quale istituzione e la varietà delle formazioni sociali fondate sui legami affettivi⁸ e dirette alla piena valorizzazione degli interessi individuali⁹. Questo mutamento sociale in senso paritario e libertario¹⁰ ha trovato un corrispondente

their potential. From this premiss it follows that there are positive rights to integrity and autonomy which grounds the ideas of solidarity, non-discrimination and community».

⁶ Sul punto M. RINALDO, *L'esigenza di stabilità nella pianificazione ereditaria*, in C. CICERO (a cura di), *Per un nuovo diritto successorio*, ESI, Napoli, 2025, 329, e C. CICERO, *Il testamento della persona vulnerabile*, in *Giur. it.*, 12, 2023, 2602.

⁷ Secondo M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni. Famiglie e successioni: scritti in onore di Giovanni Furguele*, Universitas studiorum, Mantova, 2017, 242, il diritto non può predeterminare un modello di famiglia in maniera indipendente dalla realtà sociale e finisce per conformarsi a essa. Si veda, invece, F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2002, 515-516, secondo cui, nonostante questa tendenza, anche il diritto della famiglia non può rinunciare all'indicazione del 'dover essere'.

⁸ In proposito, di «arcipelago familiare» parla BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, cit., 509 ss.

⁹ Sulla liberalizzazione dei rapporti di coppia nelle modalità di costituzione, nel regime, nei modelli, nello scioglimento, a vantaggio di un rafforzamento del rapporto di filiazione su cui ormai si erge l'unione familiare, si leggano M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2016, pp. 1306 ss.; R. FADDA, *Modelli familiari, elasticità della causa matrimoniale e accordi sui doveri coniugali*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2018, pp. 1188 ss.; M. SESTA, *Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2020, 1187; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, ESI, Napoli, 2020, 355; e, da ultimo, V. BARBA, *La famiglia nell'ordine giuridico: concetto e rilevanza*, in *Dir. fam. pers.*, 2, 2024, II, 758, il quale ritiene che la famiglia – come somma integrazione tra legami affettivi, cooperazione economica e funzione educativa potenziale – mantenga unità concettuale a fronte della varietà delle esperienze umane.

¹⁰ Queste note caratterizzanti il processo di individualizzazione e democratizzazione interna della famiglia si rilevano dall'analisi sociologica di A.L. ZANATTA, *Le*

a livello positivo nell'aumento dei modelli familiari normativamente riconosciuti – matrimonio, unione civile e convivenza –, sia pure con differenze sostanziali¹¹, ma ha altresì contribuito all'allentamento dei solidi legami affettivi¹² che fornivano una protezione all'individuo che versasse in condizioni di vulnerabilità. In questo scenario, una tutela viene a mancare per il soggetto che deve la sua fragilità non a una incapacità di intendere e di volere, ma esclusivamente alla maggiore sensibilità ad alcune vicissitudini della vita, conseguente al progredire dell'età, e non sia sottoposto alle varie misure di protezione già previste dal Codice civile.

Un altro e diverso fattore di vulnerabilità che rileva al momento della redazione degli atti di ultima volontà è correlato all'aumento delle malattie – che riguardano anche la popolazione giovane – e non alterano le facoltà cognitive¹³. Molte di queste patologie non fanno venir meno la capacità di intendere e di volere, ma incidono su altre funzioni organiche, impedendo al testatore l'espressione della volontà in maniera autonoma. Le 'forme e formalità'¹⁴ previste dalla legge a tutela della libertà testamentaria del disponente si presentano rigide e incapaci di adattarsi a situazioni esistenziali complesse¹⁵.

nuove famiglie in Italia: una realtà emergente, in S. MAZZONI (a cura di), *Nuove costellazioni familiari: le famiglie ricomposte*, Giuffrè, Milano, 2002, 101 ss.

¹¹ Si veda *funditus*, M. RINALDO, *La parità tra i modelli familiari. Un obiettivo lontano per la convivenza di fatto*, in *Dir. fam. pers.*, 4, 2023, 1879-1881.

¹² Cfr. C. ROMANO, *Autonomia privata, famiglie ricomposte, unioni non coniugali: la vicenda successoria*, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, 3, 2014, 330.

¹³ Tra i tanti, C. CICERO, *L'influenza di Salvatore Patti nell'evoluzione del diritto successorio. La tutela del testatore fragile*, in *Riv. notariato*, 1, 2025, 9, e A.A. MOLLO, *Il testatore vulnerabile e le esigenze di rinnovamento delle norme sulla successione a causa di morte a tutela dei diritti delle persone con disabilità: il testamento digitale videoregistrato*, in *Famiglia*, 2023, 676. Il tema sarà analizzato più nel dettaglio al par. 6.

¹⁴ P. RESCIGNO, *Ultime volontà e volontà della forma*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, ESI, Napoli, 1988, 656.

¹⁵ Della non permeabilità del diritto successorio alla normatività sociale e dei ristretti spazi di ricostruzione ermeneutica per l'interprete discorre anche A.M. GAROFALO, *A proposito di riforma del diritto successorio*, in *Dir. succ. fam.*, 1, 2018, 96.

Il contributo intende esaminare se la vulnerabilità – intesa in senso ampio, come condizione dinamica che può derivare da fattori personali, sociali ed economici – debba essere riconosciuta quale definizione giuridica che funga da criterio interpretativo¹⁶ o riformatore del diritto delle successioni a beneficio di colui che dispone del *quod superest*. In questo modo, la vulnerabilità darebbe visibilità alla condizione dell’anziano che verrebbe trattata non come elemento denotante una nuova categoria di soggetti¹⁷ né come decretante l’emersione di una nuova misura di protezione¹⁸, bensì come strumento per l’elaborazione di nuovi schemi di tutela di un medesimo soggetto ma anziano¹⁹, superando il rigido binarismo tra capacità e incapa-

¹⁶ Si veda BATTELLI, *I soggetti vulnerabili: prospettive di tutela della persona*, cit., 295, ma anche RINALDO, *L’esigenza di stabilità nella pianificazione ereditaria*, cit., 329, secondo cui l’interpretazione delle norme sull’incapacità «andrebbe “umanizzata” ai fini di una più corretta valutazione della genuinità della volontà testamentaria». Su questo tema, G. PERLINGIERI, *Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia*, in *Dir. succ. fam.*, 1, 2018, 8, afferma: «altro è il diritto vigente, nel quale è implicito il concetto di modernizzazione, perché richiede interpreti coraggiosi, attenti alle peculiarità del caso concreto e capaci di proporre riletture sempre conformi ai principi fondamentali».

¹⁷ Così S. PATTI, *Il contraente “fragile”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2025, 231; A.F. FODRIESCHI, *La tutela negoziale dell’anziano nella prospettiva del capabilities approach*, in *Pol. dir.*, 3, 2024, 377 s., secondo cui anche nel diritto dei contratti «occorrerebbe valutare il passaggio da un modello di tutela fondato sulle categorie a un modello fondato sull’individuo» in modo tale da fondare la soluzione invalidante sulla lesione effettivamente subita; ST. CORSO, *Alla frontiera del diritto privato. Nuove tecnologie e persona anziana*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5, 2024, 1255; N. LIPARI, *Vulnerabilità esistenziale e strumenti di tutela*, in *Annali SISDIC*, 2, 2018, 4; C.M. BIANCA, *Senectus ipsa morbus?*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, 1, Giuffrè, Milano, 1998, 98; L. ROSSI CARLEO, *Il futuro degli anziani: le ragioni di una ricerca*, in L. ROSSI CARLEO, M.R. SAULLE, L. SINISCALCHI (a cura di), *La terza età nel diritto interno e internazionale*, ESI, Napoli, 1997, 10; P. PERLINGIERI, *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, I, 85.

¹⁸ Conf. ROSSI CARLEO, *Il futuro degli anziani: le ragioni di una ricerca*, cit., 15, e P. PERLINGIERI, *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, cit., 85.

¹⁹ M. GIONFRIDA DAINO, *Tutela dell’anziano e solidarietà familiare. Rapporti tra generazioni*, in L. ROSSI CARLEO, M.R. SAULLE, L. SINISCALCHI (a cura di), *La terza età nel diritto interno e internazionale*, cit., 201. Si sottolinea che la fragilità in concreto – anche derivante dall’età – è valutata da S. PATTI, *Il contraente “fragile”*, cit., 232, per elaborare delle forme di tutela del contraente in situazione di «debolezza

cià²⁰. Allo stesso tempo, contribuirebbe a una nuova considerazione del malato che si troverebbe a poter disporre dei propri beni attraverso modalità e supporti che sono adeguati al suo stato di piena capacità.

Deve pertanto indagarsi se attraverso il concetto di vulnerabilità si possa dare ingresso a una valutazione concreta della condizione del testatore, anziano o malato, nel rispetto della sua dignità²¹, anche attraverso nuove soluzioni normative che assicurino che le disposizioni testamentarie siano effettiva e autentica espressione della sua li-

decisionale» che permettano di pervenire a un «contratto giusto». Conf. FODRISCHI, *La tutela negoziale dell'anziano nella prospettiva del capabilities approach*, cit., 377.

²⁰ Sull'inadeguatezza della dicotomia si veda CICERO, *Il testamento della persona vulnerabile*, cit., 2603. Secondo D. POLETTI, *Vulnerabilità e atti personalissimi*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 1, 2020, 15, il passaggio dalla capacità alla vulnerabilità può essere lo schema per dare rilevanza alla persona nel compimento degli atti personalissimi. È ciò che si è verificato anche, con la misura dell'amministrazione di sostegno, rispetto agli atti minuti della vita quotidiana, che il beneficiario può in ogni caso compiere, anche di fronte alle limitazioni della capacità fissate dal giudice. Si prende atto così della c.d. «vulnerabilità ontologica» che è alla base della «concezione graduale della capacità, modulabile in base alle specifiche esigenze della persona»: così, M.G. BERNARDINI, *Persone anziane e nuove frontiere del diritto*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2023, 32-34, 20, la quale osserva altresì che «è appunto l'emersione della consapevolezza relativa alla condizione di marginalità in oggetto – una consapevolezza rapportabile, con tutta probabilità, alla progressiva affermazione di paradigmi culturali della vecchiaia alternativi rispetto a quello definibile come medico, dominante fino a tempi recenti – ad avere suggerito l'opportunità di intervenire sul piano giuridico, al fine di promuovere la visibilità delle persone anziane e riconoscere la specificità della loro condizione esistenziale».

²¹ Sul concetto di dignità si veda, tra tanti, V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Giuffrè, Milano, 2018, 25-29, e F.D. BUSNELLI, *La dimensione della fragilità lungo il percorso della vita umana*, in *Nuovo dir. civ.*, 1, 2016, 19 ss. Cfr. poi BATTELLI, *I soggetti vulnerabili: prospettive di tutela della persona*, cit., 286, e POLETTI, *Vulnerabilità e atti personalissimi*, cit., 25, secondo cui «nel concetto di dignità è distillata la proiezione sul piano giuridico della condizione materiale, della verità delle situazioni e dei rapporti, che costituisce il tratto comune – se al fine questo si voglia trovare – del diritto della vulnerabilità». La modernizzazione del diritto successorio deve coniugarsi con la rivoluzione culturale del diritto civile che impone la centralità della persona e della sua dignità: così, C. CICERO, *Il problema del formalismo testamentario. Per una rivisitazione dell'olografo*, ESI, 2023, 57; ID., *L'evoluzione del sistema successorio*, in ID. (a cura di), *Per un nuovo diritto successorio*, cit., 45 s.

bertà di autodeterminazione e non siano contaminate da fattori in grado di arrecarvi un *vulnus*²².

2. L'attuale disciplina successoria si confronta quindi con un contesto sociale e normativo profondamente mutato, segnato dall'erosione del modello tradizionale di famiglia e dalla diffusione di nuove costruzioni familiari: da una parte, ciò impone di valutare la condizione di scarsa protezione in cui potrebbe versare l'anziano, più solo ed esposto ai condizionamenti di estranei al nucleo familiare; dall'altra parte, induce a non escludere che le esigenze affettive possano essere diverse da quelle orientate a preservare il patrimonio entro la famiglia nucleare²³. Alla criticità della situazione relazionale

²² «Posto che il diritto significa, per l'anziano, la salvaguardia della possibilità di scelta, parlare, sia pure in senso improprio di uno *status* di protezione, deve pre-supporre solo il mantenimento e la creazione delle condizioni necessarie per la salvaguardia delle scelte individuali» (ROSSI CARLEO, *Il futuro degli anziani: le ragioni di una ricerca*, cit., 17).

²³ L'insieme di questi dati dovrebbe indurre a sottoporre a riflessione critica la tenuta sistematica della successione necessaria, su cui il dibattito in sede parlamentare e in ambito accademico è sempre molto acceso. Le cause del superamento della successione necessaria, secondo G. AMADIO, *Le proposte di riforma della successione necessaria*, in *Giur. it.*, 8-9, 2012, 1942, dovrebbero essere individuate «da un lato nella perdita delle ragioni profonde che di quel sistema e di quella logica giustificerebbero il permanere, sul piano assiologico, dall'altro nell'emersione di interessi contrari, che (in tale mutata tassonomia di valori) andrebbero valutati come prevalenti (se non incompatibili)». Similmente, F. PADOVINI, *Incapacità di disporre per testamento fra disciplina positiva e prospettive di riforma*, in F. VOLPE (a cura di), *Il testamento: fisiologia e patologie*, ESI, Napoli, 2016, 55. Sul tema, si veda C. CICERO, *Per una rinnovata successione necessaria*, in *Accademia*, 2025, 87 ss., che propende per una rimodulazione quantitativa delle quote di riserva, per la tutela obbligatoria dei legittimari e per la revisione della posizione privilegiata del coniuge superstite. Conf. ID., *Per una modifica quantitativa delle quote di riserva dei legittimari*, in *St. economico-giuridici Cagliari*, 1, 2025, 171 ss.; ID., *L'influenza di Salvatore Patti nell'evoluzione del diritto successorio. La tutela del testatore fragile*, cit., 6 ss.; V. BARBA, *Tendenze del e nel diritto successorio italiano*, in C. CICERO (a cura di), *Per un nuovo diritto successorio*, cit., 11-13; I.L. NOCERA, *Per una maggiore autonomia testamentaria nella prospettiva di una biunivoca solidarietà endofamiliare*, in *Jus-online*, 2, 2024, 306 ss.; RINALDO, *La parità tra i modelli familiari. Un obiettivo lontano per la convivenza di fatto*, cit., 1900 s.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, cit., 446-462. V.

si aggiungano però due ulteriori dati: in Italia, oltre a una scarsa cultura testamentaria²⁴, c'è una netta preponderanza del meno garantito testamento olografo²⁵; l'allungamento della vita media induce a redigere testamento in età sempre più avanzata, quando la consapevolezza degli affetti e la lucidità negli investimenti emotivi potrebbero essere sbiadite, anche in conseguenza delle numerose malattie senili²⁶.

pure M. TESCARO, *L'ammmodernamento del diritto delle successioni alla luce dei cambiamenti sociali e demografici: un punto di vista italiano*, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 2024, 113 ss., che diverge in relazione al riconoscimento sul piano successorio della convivenza in quanto scelta di libertà «che la legge dovrebbe rispettare il più possibile in queste sue caratteristiche, a maggior ragione da quando una scelta di vincolatività e al tempo stesso di (sia pure solo tendenziale) stabilità è divenuta possibile non solo per gli eterosessuali, con il matrimonio, ma anche per gli omosessuali, con l'unione civile». Ante, ex multis, G. BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam. pers. succ.*, 7, 2007, 581 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, Cedam, Padova, 2007, 319; G. AMADIO, *Letture sull'autonomia privata*, Cedam, Padova, 2005, 83-100. Non è possibile esaurire in questa sede la disamina delle proposte di riforma avanzate negli ultimi anni in tema di successione dei legittimari, ma basti ricordare le disposizioni contenute nei seguenti atti: n. 4727/2004 nella XIV legislatura; n. 1043/2006 nella XV legislatura; n. 576/2008 nella XVI legislatura; n. 3466/2015 nella XVII legislatura; n. 1151/2019 nella XVIII legislatura; n. 409/2022 nella XIX legislatura; n. 926/2023 nella XIX legislatura; n. 960/2023 nella XIX legislatura. Pare doveroso citare anche la *Proposta di legge per la riforma della disciplina in tema di riserva a favore del coniuge superstite della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S.I.S.Di.C.)*, Commissione di Studio «Diritto di famiglia», tesa a rimodulare la disciplina successoria del coniuge superstite.

²⁴ A.M. GAROFALO, *A proposito di riforma del diritto successorio*, cit., 114; ID., *Testamento e vulnerabilità*, ESI, Napoli, 2024, 909; C. CICERO, *L'influenza di Salvatore Patti nell'evoluzione del diritto successorio. La tutela del testatore fragile*, cit., 4.

²⁵ Si guardi ai dati risultanti dalle *Statistiche degli Archivi notarili* dell'Ufficio centrale degli Archivi notarili (aggiornati al 31 dicembre 2023). Sul punto, si rinvia poi a A.M. GAROFALO, *Testamento e vulnerabilità*, ESI, Napoli, 2024, 867, e, per il passato, a E. MARMOCCHI, *Per un avvicinamento tra le forme di testamento*, in AA.VV., *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile. Atti dei Convegni Roma, 18 marzo 2016 - Genova, 27 maggio 2016 - Vicenza, 1 luglio 2016*, Gruppo24Ore, Milano, 2016, 247.

²⁶ Cfr. AR. FUSARO, M. GIROLAMI, G. CALABRESE, *Gli istituti giuridici di sostegno agli anziani fragili: osservazioni e proposte*, in C. TOMASSINI, M. ALBERTINI, C. LALLO (a cura di), *Avanzare insieme nella società anziana*, Il Mulino, Bologna, 2024,

La questione centrale è dunque la definizione del giusto temperamento tra la conservazione del testamento, quando sia autentica espressione della volontà del testatore, e la ricostruzione delle sue effettive intenzioni, nella consapevolezza che queste ultime potrebbero essere contrarie alle aspettative di chi impugna la scheda testamentaria sostenendone l'invalidità.

I dubbi riguardano in particolare la spontaneità delle volontà espresse da un soggetto ancora autosufficiente, ma vulnerabile e, in particolare, vulnerabile perché anziano²⁷, il quale, come si vedrà, potrebbe anche essere destinatario di un decreto di amministrazione di sostegno senza subire alcuna limitazione della capacità testamentaria. Per la persona – soprattutto per l'anziano –, la pianificazione ereditaria ha lo scopo di garantire una sistemazione agli interessi patrimoniali per il periodo successivo alla morte e agli interessi personali, dando soddisfazione alla sfera degli affetti e assicurando altresì i mezzi assistenziali per l'ultima fase dell'esistenza²⁸. Le disposizioni del testatore anziano non sono facilmente incasellabili entro le categorie conosciute dell'invalidità per incapacità naturale o per dolo testamentario²⁹. L'orientamento giurisprudenziale che si è affermato in

156; A.M. GAROFALO, *A proposito di riforma del diritto successorio*, cit., 100; M. GIROLAMI, *I testamenti suggeriti*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2016, 562. Sulla riduzione delle capacità fisiche e intellettive della persona in tarda età, S. PATTI, *Senilità e autonomia negoziale della persona*, in *Fam. pers. succ.*, 3, 2009, 259 ss.

²⁷ Si tratta di definire i contorni dell'«area grigia propria di fattispecie eterogenee non disciplinate tassativamente dalla legge, in cui lo stato psico-fisico del testatore non è tale da escludere totalmente la sua capacità di intendere e di volere, né il suo deficit intellettuale è così grave da impedirgli di redigere validamente il testamento»: così, RINALDO, *L'esigenza di stabilità nella pianificazione ereditaria*, cit., 327. Di «attenuazione della sua consapevolezza affettiva» parla M. CINQUE, *Capacità di disporre per testamento e "vulnerabilità" senile*, in *Dir. succ. fam.*, 2, 2015, 362. Sul punto, tra gli altri, A. SPATUZZI, *Le ultime volontà del testatore anziano e vulnerabile*, in *Corr. giur.*, 2, 2020, 209 ss.; C. CARICATO, *La solitudine del testatore anziano*, in *Famiglia*, 2019, 550; S. PATTI, *Testamento della persona "vulnerabile", principio di conservazione e ragionevolezza*, in *Famiglia*, 6, 2017, 635 ss.

²⁸ Sull'argomento ST. CORSO, *Patti sulle successioni future e futuro della persona. La pianificazione patrimoniale per l'età anziana*, in *Dir. succ. fam.*, 1, 2025, 51.

²⁹ Similmente, FODRIESCHI, *La tutela negoziale dell'anziano nella prospettiva del capabilities approach*, cit., 372; M. CINQUE, *Testamento e affievolimenti della «consapevolezza affettiva»*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2023, 1243; CARICATO, *La solitudine*

merito a questi istituti dimostra la difficoltà ad accogliere situazioni di fragilità psico-fisiche, dipendenza affettiva, isolamento, marginalità della persona. Il concetto statico di capacità non si adatta a una condizione della persona che, per sua natura, è cangevole, suscettibile di rapida evoluzione e concorrente con altri fenomeni, senza necessariamente comportare una perdita assoluta della capacità di ragionamento logico e di determinazione³⁰. Il dolo come inganno con impiego di mezzi fraudolenti non ricomprende tutti quei casi in cui è sufficiente l'esercizio di un'arte più sottile, fatta di suggerimenti, premure e lusinghe, per orientare la volontà del testatore. La conservazione di testamenti che non siano redatti in condizioni di piena capacità o siano determinati da indebite influenze altrui nuoce agli interessi di coloro che succedrebbero *ab intestato*³¹, ma soprattutto, in un'ottica di rispetto della sua dignità, alla personalità del defunto³².

Si renderà pertanto necessario approfondire la nozione di capacità, al fine di verificare se l'evoluzione del contesto sociale e l'attenzione da prestare alla vulnerabilità dell'anziano consentano una rimediazione dell'impostazione tradizionale accolta dalla giurisprudenza. Si esamineranno anche i possibili margini per un aggiornamento della lettura del dolo testamentario, al cui allargamento contribuisce l'adozione della vulnerabilità come criterio interpretativo.

del testatore anziano, cit., 551. Si veda anche P. PERLINGIERI, *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, cit., 91.

³⁰ «I problemi della vecchiaia nascono da situazioni sociali che si riflettono sulle condizioni psicofisiche, più che da condizioni fisiologiche vere e proprie; così può dirsi per le crisi da solitudine, da povertà, e per altri stati di carenza economica, relazionale, affettiva, psicologica»: così, GIONFRIDA DAINO, *Tutela dell'anziano e solidarietà familiare. Rapporti tra generazioni*, cit., 197. Anche i disturbi connessi fisiologicamente alla tarda età non sono elementi di prova dell'incapacità di intendere e di volere dell'anziano (così, G. PERLINGIERI, *La rilevanza del testo nell'individuazione dell'incapacità naturale di testare*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2005, 281, e, analogamente, M. CINQUE, *Testamento e affievolimenti della «consapevolezza affettiva»*, cit., 1245).

³¹ Come nota SPATUZZI, *Le ultime volontà del testatore anziano e vulnerabile*, cit., 216, in ogni caso, al rischio di caducità di voleri autentici e di conservazione di disposizioni sviate risponde la successione necessaria.

³² Così CINQUE, *Testamento e affievolimenti della «consapevolezza affettiva»*, cit., 1246, ed EAD., *Il ruolo del notaio nel testamento pubblico e il problema della capacità naturale dell'«ageing testator»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 1038.

3. Le disposizioni codicistiche sulla successione testamentaria fanno trapelare l'attenzione che il legislatore riserva alla maturazione della consapevolezza circa la natura e gli effetti del testamento in quanto atto di ultima volontà³³, cioè atto con cui il *de cuius*, per l'ultima volta e a meno di successiva revoca³⁴, predispone la «regolamentazione di una situazione *post mortem*»³⁵.

Complicato è però il rapporto tra incapacità e testamento: in quanto atto personalissimo³⁶, non può essere esercitato per mezzo di un rappresentante, ma al contempo, se si ritiene che un soggetto incapace non possa testare, questi viene di fatto privato della capacità giuridica rispetto a quell'atto, che è esercizio di una facoltà³⁷. Nel-

³³ Ciò emerge, in primo luogo, dal formalismo testamentario, la cui spiegazione «è riportata a due caratteri propri delle disposizioni a causa di morte, la non ripetibilità dell'atto e la funzione di 'eteroregolamento' che della vicenda ereditaria esso riveste, per l'incidenza sulla sfera giuridica dei destinatari dell'effetto successorio». In questi termini, RESCIGNO, *Ultime volontà e volontà della forma*, cit., 655 s.

³⁴ L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, IV, *Le successioni a causa di morte*, Utet, Torino, 1996, 79: «soltanto *ex post*, infatti, ed in assenza di una valida manifestazione di volontà di segno contrario (revoca) sarebbe possibile dire che esso rispecchi la volontà ultima di chi ormai non è più tra i vivi». Così, già G. GIAMPICCOLO, *Atto mortis causa*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, 234, per cui l'atto di ultima volontà non spiega «effetto di sorta, nemmeno prodromico o preliminare, prima della morte del suo autore». Similmente, G. TAMBURRINO, *Testamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Giuffrè, Milano, 1992, 472.

³⁵ Sulla funzione dispositiva del testamento, si guardi a L. BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna, 1993, 56 s., 79; più recentemente, G. PERLINGIERI, *Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia*, cit., 11. In merito alla 'libertà testamentaria' occorre sottolineare quanto rilevato da R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Utet, Torino, 1987, 517 ss., secondo cui l'espressione non lascia intendere che «essa corrisponde ad un potere di creare regole», potere che corrisponde al concetto di autonomia privata. In particolare, come si legge in GIAMPICCOLO, *Atto mortis causa*, cit., 232, la funzione dell'atto consiste proprio nella regolazione di «rapporti e situazioni che vengono a formarsi in via originaria con la morte del soggetto o che dalla sua morte traggono comunque una loro autonoma qualificazione».

³⁶ In proposito, L. BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie*, cit., 66-72.

³⁷ In questi termini, A. CICU, *Testamento*, Giuffrè, Milano, 1951, 103 s.: «sorge in tal caso il dubbio se non si debba parlare di incapacità giuridica, anziché di incapacità di agire, dato che può parere che avere il diritto e non poterlo eserci-

l'ottica di evitare una totale compressione del diritto di disporre dei propri beni, la strategia dell'ordinamento è stata quella di considerare il testamento come negozio, che, se redatto da un soggetto incapace di testare, è annullabile su istanza di chiunque vi abbia interesse³⁸. Allo stesso tempo, anche in tema di disposizioni testamentarie la capacità è la regola e l'incapacità è l'eccezione³⁹.

L'art. 591, co. 1, c.c. esclude dal novero dei soggetti ammessi a testare coloro che sono dichiarati incapaci dalla legge⁴⁰. Dopo quest'affermazione – che sarebbe stata di per sé autoevidente, se accettata la negoziabilità del testamento – l'art. 591, co. 2 c.c. offre una lettura tassativizzante della categoria degli incapaci di testare, individuabili in coloro che non abbiano compiuto la maggiore età, siano interdetti per abituale infermità di mente o versino in uno stato di incapacità di intendere e di volere. Non dovrebbe essere possibile per l'interprete delineare per via analogica altri casi di incapacità di di-

tare sia come non averlo. [...] il non poter esercitare un diritto non si identifica col non averlo, anche se gli effetti pratici siano identici. [...] L'esercizio del diritto richiede esplicitazione di volontà». Concordemente, G. CRISCUOLI, *Il testamento. Norme e casi*, Cedam, Padova, 1995, 193: il diritto sussiste anche se non si può esercitarlo a mezzo di un rappresentante, senza considerare che l'incapacità giuridica dipende da circostanze legate a interessi superiori. Sull'argomento, M.L. DE ROSA, *Sulla capacità di testare: interdizione e incapacità naturale*, in *Fam. pers. succ.*, 12, 2012, 909, la quale rileva come sia fuorviante parlare di un diritto di fare testamento come situazione giuridica a sé stante, quando rientra nel più ampio concetto di autonomia privata. Si può affermare quindi che non c'è un diritto di cui il testatore non ha l'attitudine a essere titolare, ma sussiste un'incapacità di agire, ossia di disporre dei diritti per via testamentaria.

³⁸ Di conseguenza, le incapacità di testare «non danno luogo a una preclusione del soggetto a compiere l'atto, bensì a un vizio idoneo a causarne l'invalidità» se si traduce in un'azione di annullamento promossa dagli interessati. Si legga in proposito A.M. BENEDETTI, *Il testamento dell'incapace naturale*, in S. PAGLIANTINI, A.M. BENEDETTI (a cura di), *Profili sull'invalidità e la caducità delle disposizioni testamentarie*, ESI, Napoli, 2013, 69. Sull'annullabilità assoluta, già L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Giuffrè, Milano, 1941, 212.

³⁹ Con questi termini, F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Cedam, Padova, 1973, 349, e M. ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Giappichelli, Torino, 1957, 32.

⁴⁰ Sul tema M. MARTINO, *Della capacità di disporre per testamento*, in M. SESTA (a cura di), *Codice delle successioni e donazioni*, Giuffrè, Milano, 2011, 1161 ss.

sporre per testamento, benché, nel caso concreto, altri possano essere i soggetti dotati o privi di sufficiente consapevolezza dell'importanza dell'atto e degli effetti che ne conseguono. La disposizione si incentra sull'individuazione legale della *testamenti factio* attiva ed esclude una valutazione caso per caso della maturità psico-fisica o della capacità di discernimento che possa permettere di appurare l'effettiva idoneità del testatore a stabilire l'assetto dei propri interessi per il momento in cui avrà cessato di vivere⁴¹. Così, ad esempio, sono capaci di testare gli inabilitati, in quanto non espressamente annoverati nel catalogo di cui all'art. 591 c.c.⁴², mentre i minori emancipati sono incapaci perché non hanno ancora compiuto la maggiore età. Del tutto corrispondentemente, allora, deve essere considerato valido il testamento confezionato dal beneficiario dell'amministrazione di sostegno, nonostante la nomina possa essere disposta anche per casi di grave infermità mentale – simile a quella idonea alla pronuncia di interdizione – tale da far quantomeno dubitare della residua capacità in capo al disponente.

L'introduzione dell'amministrazione di sostegno si giustificava nell'ottica di comprimere la capacità nei limiti della stretta necessità⁴³

⁴¹ Cfr. V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, ESI, Napoli, 2018, 177, in particolare sulla sufficienza della capacità di discernimento del minore ai fini della validità dell'atto di ultima volontà regolativo di interessi essenziali. Reputa elevato il livello di astrazione adoperato dal Codice in tema di incapacità legale, in presenza di situazioni eterogenee di limitazione dell'autodeterminazione, A. GORGONI, *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, Cedam, Padova, 2012, 144.

⁴² Per il riconoscimento della capacità di testare all'inabilitato: G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Utet, Milano, 2022, 282-283; MARTINO, *Della capacità di disporre per testamento*, cit., 1162.

⁴³ V. art. 1 della l. 9 gennaio 2004, n. 6, che scandisce il proposito della legge nei seguenti termini: «tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente». Osserva BIANCA, *Senectus ipsa morbus?*, cit., 96, che inabilitazione e interdizione comunque mortificano la persona e sono «strumenti che vengono utilizzati esclusivamente per tutelare interessi patrimoniali di terzi e in particolare di coloro che aspirano a godere l'eredità dell'anziano». Serviva, secondo l'A., uno strumento di «assistenza giuridica» che non pregiudicasse la personalità dell'anziano. Dunque, con l'amministrazione di sostegno si conferma la tendenza che va «dall'incapacità

in modo che il soggetto con disabilità⁴⁴ venisse concepito non più come bisognoso destinatario di una protezione paternalistica, ma venisse trattato in ossequio all'esigenza di valorizzarne la personalità⁴⁵. Per questo scopo, attraverso la modifica dell'art. 414 c.c., le misure dell'interdizione e inabilitazione vengono relegate a una funzione residuale non sulla base di un criterio quantitativo conformato al grado di infermità, ma sulla base del criterio qualitativo della maggiore adeguatezza alla fattispecie, sempre applicato alla luce del minimo mezzo⁴⁶.

Secondo alcuni, la menomazione non può essere solamente di natura fisica, senza che si accompagni a una compromissione della lucidità mentale o della capacità di autodeterminazione poiché, in questi casi, la cura dell'interessato può passare attraverso strumenti

legale di agire alla capacità di discernimento»: così, F. GIARDINA, *Soggettività, capacità, identità*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Il Diritto civile tra principi e regole*, I, Giuffrè, Milano, 2008, 130 s. R. CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 771 ss., auspica «una valutazione sempre meno stilizzata» dei «problemi relativi alla conoscenza, alla decisione, alla volontà» in modo che le nozioni si adeguino ai risultati delle scienze cognitive.

⁴⁴ L'amministrazione di sostegno fu la misura per «un vuoto da riempire», secondo P. CENDON, *I diritti dei più fragili. Storie per curare e riparare i danni esistenziali*, Rizzoli, Milano, 2018, 48. I presupposti della figura sono volutamente generici poiché risulta attivabile in riferimento a una menomazione sia fisica sia psichica da cui discenda l'impossibilità, anche parziale o temporanea, per il beneficiario di provvedere ai propri interessi.

⁴⁵ Cfr. Così GORGONI, *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, cit., 27; MARTINO, *Della capacità di disporre per testamento*, cit., 1165, e G. FERRANDO, *Introduzione*, in G. FERRANDO (a cura di), *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione, incapacità naturale*, Zanichelli, Bologna, 2012, 3. Che la prassi giudiziaria abbia tradito l'originario compito di personalizzazione della misura mediante decreti, tra loro identici, che applicano formule standardizzate emerge nell'indagine condotta da FUSARO, GIROLAMI, CALABRESE, *Gli istituti giuridici di sostegno agli anziani fragili: osservazioni e proposte*, cit., 143.

⁴⁶ V. Corte Cost., 9 dicembre 2005, n. 440, in *Fam. pers. succ.*, 2, 2006, 136 ss., con nota di S. PATTI, *Amministrazione di sostegno: la sentenza della Corte costituzionale*. Così, anche Cass. civ., 12 giugno 2006, n. 13584, in *Onelegale*. Sul punto, POLETTI, *Vulnerabilità e atti personalissimi*, cit., 17, che interpreta la residualità dell'interdizione e inabilitazione in una «recuperata direzione protezionistica» in riferimento ai casi in cui il «modello collaborativo» dell'amministrazione di sostegno non possa funzionare.

negoziali neppure limitatamente incapacitanti⁴⁷. Altri invece hanno valorizzato la portata innovativa della norma che introduce una misura in grado di fornire la migliore protezione a un soggetto debole e impossibilitato a provvedere ai propri interessi, anche per effetto di una menomazione fisica di carattere transitorio⁴⁸. Un amministratore di sostegno potrebbe essere nominato anche per persone affette da deficit sensoriali, cioè «non vedenti, sordomute, epilettiche, affette da balbuzie o da dislessia», che non sono in grado di curare convenientemente i loro interessi⁴⁹. La misura dell'amministrazione di sostegno si presenta inoltre adeguata ai problemi di decadimento fisiologico – cognitivo e di memoria – connessi all'età avanzata⁵⁰, ma solo

⁴⁷ Vedi, per questo indirizzo, I. PRISCO, *Amministrazione di sostegno e atti personalissimi*, ESI, Napoli, 2018, 25-28, e G. CARAPEZZA FIGLIA, *Amministrazione di sostegno: una rilettura assiologica*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2024, 822 s. Analogamente, G. BONILINI, *L'anzianità non può giustificare, da sola, l'attivazione dell'amministrazione di sostegno*, in *Fam. pers. succ.*, 4, 2006, 336, sulla base dell'«impossibilità» richiesta dal dato normativo. In giurisprudenza, Cass. civ., 4 novembre 2022, n. 32542, in *Onelegale*: «è escluso il ricorso all'istituto nei confronti di chi si trovi nella piena capacità di autodeterminarsi, pur in condizioni di menomazione fisica, in funzione di asserite esigenze di gestione patrimoniale, in quanto detto utilizzo implicherebbe un'ingiustificata limitazione della capacità di agire della persona e tanto più ove quest'ultima manifesti lucidamente una volontà contraria all'attivazione dell'istituto».

⁴⁸ Si veda Cass., 12 giugno 2006, n. 13584, cit. Nel dibattito dottrinale emblematica è la posizione di P. CENDON, *Vent'anni di amministrazione di sostegno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1-2, 2023, 17 s., secondo il quale «con l'approdo all'area dell'Amministrazione di sostegno – quando i filtri diventano la difettosa autonomia, l'inadeguatezza relazionale/metropolitana – ecco lo scudo abbracciare anche le menomazioni di tipo fisico o istituzionale; in un'ottica sempre più accuditiva, oltre il mero presidio per lo *status quo* casalingo». Nella letteratura, in tal senso, anche F. PARENTE, *Amministrazione di sostegno e regole di governo dei fenomeni successori e donativi*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2005, 710, e FERRANDO, *Introduzione*, cit., *passim*, che sostiene sia un'alternativa alla procura che può in concreto tutelare meglio gli interessi del beneficiario, senza comportare necessariamente l'incapacità del soggetto. Non si sollevano particolari dubbi sulla possibilità di nomina dell'amministratore di sostegno in caso di menomazioni psichiche derivanti da patologie fisiche: v. M.R. SPALLAROSSA, *Le persone da proteggere*, in G. FERRANDO (a cura di), *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione, incapacità naturale*, cit., 26.

⁴⁹ Cfr. SPALLAROSSA, *Le persone da proteggere*, cit., 30.

⁵⁰ Cfr. Trib. Modena, 24 febbraio 2005, in *Onelegale*. Rileva A. PALAZZO, *Amministrazione di sostegno e trust come strumenti di protezione dei soggetti deboli*, in

se i bisogni di cure e attenzioni non siano soddisfatti nel contesto familiare in cui la persona beneficiaria si trova inserita⁵¹.

A norma dell'art. 409 c.c., il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno⁵². La generale capacità di testare dovrebbe ricavarsi inoltre dall'art. 411, co. 2 e 3, c.c., che prevede la nullità delle disposizioni testamentarie fatte a favore dell'amministratore di sostegno – dopo la sua nomina e prima che sia approvato il conto –⁵³ e preserva, invece, la validità delle stesse disposizioni ove l'amministratore di sostegno sia «parente entro il quarto grado del beneficiario, ovvero che sia coniuge o persona che sia stata chiamata alla funzione in quanto con lui stabilmente convivente»⁵⁴.

A. SASSI (a cura di), *La protezione dei soggetti deboli. Profili di integrazione e ricerca tra America Latina ed Europa*, Iseg Gioacchino Scaduto, Perugia, 2011, 59, che nell'iter parlamentare di approvazione della legge sulla amministrazione di sostegno è caduto il riferimento all'impossibilità della persona di provvedere ai propri interessi «a causa dell'età avanzata», «ma la modifica non appare di così grave momento». *Contra*, Trib. Modena, 21 dicembre 2005, in *Fam. pers. succ.*, 4, 2006, 333 ss., con il commento favorevole di G. BONILINI, *L'anzianità non può giustificare, da sola, l'attivazione dell'amministrazione di sostegno*; e Trib. Modena, 14 giugno 2006, in *Onelegale*.

⁵¹ Su questo aspetto, Trib. Vercelli, 16 ottobre 2015, in *Onelegale*; Trib. Trieste, 5 ottobre 2006, n. 913, in *Giur. it.*, 1, 2007, 84 ss. con nota di P. CENDON, «*Sopraffedere all'amministrazione di sostegno? Il problema è che siamo ormai scesi dagli alberi...*». A commento, v. anche SPALLAROSSA, *Le persone da proteggere*, cit., 31; e S. PATTI, *Senilità e autonomia negoziale della persona*, cit., 261, il quale richiama a una «equilibrata applicazione» dell'istituto, da non escludere *a priori* nei casi in cui la senilità comporta una riduzione della capacità di intendere e di volere.

⁵² Cfr. PRISCO, *Amministrazione di sostegno e atti personalissimi*, cit., 40.

⁵³ La disposizione rinvia all'art. 596 c.c., cioè a quanto previsto simmetricamente per il tutore o protutore. Non è necessario ai fini della nullità la prova della specifica ed effettiva influenza esercitata, essendo sufficiente provare il ruolo di amministratore sulla base di una «presunzione *iuris et de iure* di mancanza di libertà del volere del testatore» (v. GORGONI, *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, cit., 159).

⁵⁴ In questo senso, PRISCO, *Amministrazione di sostegno e atti personalissimi*, cit., 77; A. - E. ANSALDO, *I trasferimenti mortis causa ed a titolo gratuito*, in G. FERRANDO (a cura di), *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione, incapacità naturale*, cit., 253 s.

L'interpretazione testuale delle norme in tema di amministrazione di sostegno non ha dissolto tutti i dubbi, che si sono annidati proprio sulla capacità testamentaria del beneficiario della misura⁵⁵. Si è sostenuto, in proposito, che il decreto di nomina, qualora non vi faccia espresso riferimento, dovrebbe essere integrato, per analogia, con la normativa sull'incapacità legale compatibile con lo stato di infermità che risulta desumibile⁵⁶. Rispetto a un grave e abituale infermo di mente potrebbe quindi risultare coerente l'applicazione al beneficiario di talune disposizioni riguardanti l'interdetto, come l'incapacità di disporre per testamento, anche ove il giudice non abbia esteso con decreto le limitazioni previste per tale misura o le abbia riferite ad altri atti. Contro questa interpretazione si scontrano molteplici elementi: *in primis*, il catalogo tassativo di casi di incapacità testamentaria, che verrebbe esteso fino a ricomprendere casi di infermità per analogia con l'interdizione; in seconda battuta, il dato letterale consegnato dal disposto dell'art. 409, co. 1, c.c., indice di una generale capacità del beneficiario; in terzo luogo, la *ratio* stessa dell'istituto dell'amministrazione di sostegno che intendeva, senza automatismi, garantire al soggetto debole e impossibilitato a provvedere ai propri interessi una misura ritagliata sulle sue specifiche esigenze e non delineata su una impersonale categoria di infermità⁵⁷.

Si dovrebbe allora concludere che il soggetto beneficiario dell'amministrazione di sostegno non ha capacità di testare solo laddove il giudice tutelare – sulla base di un potere che è la legge ad attribuirgli – abbia esteso con decreto le limitazioni previste per l'interdetto ovvero, in mancanza, si dimostri che sia privo di capacità di intendere

⁵⁵ PRISCO, *Amministrazione di sostegno e atti personalissimi*, cit., 14.

⁵⁶ GORGONI, *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, cit., 151, 158: «questa estensione analogica deve essere, comunque, condotta senza automatismi, con estrema cautela e dopo un'attenta valutazione del caso concreto, alla luce del principio della minore limitazione possibile della capacità di agire».

⁵⁷ Cfr. S. STEFANELLI, *Disabilità, pari opportunità e tutele. Verso l'abrogazione delle forme di incapacità generale*, in A. SASSI (a cura di), *La protezione dei soggetti deboli. Profili di integrazione e ricerca tra America Latina ed Europa*, cit., 257. Con specifico riferimento alla presunzione di incapacità del beneficiario di amministrazione di sostegno, da reputarsi *contra rationem legis*, si veda E. CARBONE, *Captazione testamentaria e suggestione (vecchi concetti, nuove funzioni)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2019, 824.

e di volere⁵⁸. Chi impugna il testamento del beneficiario di amministrazione di sostegno potrebbe allora avvalersi di un onere probatorio agevolato in merito all'incapacità naturale qualora la misura sia stata disposta in ragione di un deficit psichico del beneficiario⁵⁹.

3.1. In base all'art. 591, co. 2, n. 3 c.c., sono incapaci di testare i soggetti che, sebbene non interdetti, si provi fossero per qualsiasi causa, anche transitoria, incapaci di intendere e di volere nel momento in cui fecero testamento⁶⁰. L'indirizzo giurisprudenziale affer-

⁵⁸ Cfr. S. NARDI, *La capacità di disporre per testamento. Il caso dell'«incapacità mite»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4, 2025, 1036; RINALDO, *L'esigenza di stabilità nella pianificazione ereditaria*, cit., 327; A.M. GAROFALO, *Testamento e vulnerabilità*, cit. 2024; 859; V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, cit., 179; GIROLAMI, *I testamenti suggeriti*, cit., 578; A. - E. ANSALDO, *I trasferimenti mortis causa ed a titolo gratuito*, cit., 254; e PARENTE, *Amministrazione di sostegno e regole di governo dei fenomeni successori e donativi*, cit., 713. Con riguardo alla capacità di testare del beneficiario dell'amministrazione di sostegno è il caso di citare la Proposta di legge, atto n. 1985/2014 nella XVII Legislatura, *Modifiche al codice civile e alle disposizioni per la sua attuazione, concernenti il rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e la soppressione degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione*, presentata il 23 gennaio 2014, che, modificando l'art. 411 c.c., introduceva una logica di «incapacitazione funzionale» circoscritta a uno o a più atti di natura personale o patrimoniale, avuto riguardo all'esclusivo interesse del beneficiario. Introducendo l'art. 591-bis c.c., il giudice tutelare avrebbe potuto nominare alla persona che, trovandosi nelle condizioni indicate dall'art. 404 c.c., intenda fare testamento, un amministratore di sostegno ai fini della redazione del testamento. Il giudice tutelare avrebbe altresì fissato le opportune modalità di redazione dell'atto, stabilendo, ad esempio, che l'atto dovesse compiersi nella forma del testamento pubblico o con l'intervento di un esperto. Nella stessa ottica, al fine di ridurre al minimo i limiti alla sovranità testamentaria, anche il beneficiario di amministrazione di sostegno «incapacitato» – cioè nei cui confronti sia stato stabilito dal giudice tutelare il divieto di testare – avrebbe potuto disporre per testamento secondo alcune modalità e garanzie specifiche, indicate dal giudice tutelare.

⁵⁹ Cfr. PRISCO, *Amministrazione di sostegno e atti personalissimi*, cit., 79, e S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2014, 1006.

⁶⁰ Cfr. L. CARIOTA FERRARA, *Quando deve esistere la capacità di testare*, in *Giurisprudenza comparata di diritto civile*, 1941, 15-16: «il testamento non consiste nell'ultima volontà del defunto, ma nell'ultima espressione legale e regolare della volontà di lui» cosicché dovrebbe bastare, ai fini della validità dell'atto, la capacità al momento della sua confezione senza che si debba esigerne il perdurare «sino all'ultimo istante di vita del testatore». V. altresì Cass. civ., 22 ottobre 2019, n. 26873, in *Dejure*.

matosi in tema di impugnazione del testamento per incapacità naturale è però molto rigoroso⁶¹: si richiede all'attore in impugnazione la prova – da fornire con qualsiasi mezzo⁶² – che il soggetto fosse privo, in modo assoluto e per qualsiasi causa, della coscienza dei propri atti e della capacità di autodeterminarsi al momento della redazione dell'atto di ultima volontà, cioè che versasse in condizioni analoghe a quelle che, con il concorso dell'abitudine, legittimano la pronuncia di interdizione⁶³. Accertata la totale incapacità del soggetto in due determinati periodi oppure l'esistenza di una patologia in grado di determinare uno stato di incapacità continuativo e permanente, si può dedurre presuntivamente l'incapacità del testatore nel periodo intermedio, tanto che grava su colui che intende avvalersi del testamento la prova della redazione in un lucido intervallo⁶⁴.

⁶¹ V., da ultimo, Cass. civ., 11 aprile 2025, n. 9534, in *Onelegale*: «l'incapacità naturale del disponente che, ai sensi dell'art. 591 c.c., determina l'invalidità del testamento non si identifica in una generica alterazione del normale processo di formazione ed estrinsecazione della volontà, richiedendo che, a causa dell'infermità, il soggetto, al momento della redazione del testamento, sia assolutamente privo della coscienza del significato dei propri atti e della capacità di autodeterminarsi, così da versare in condizioni analoghe a quelle che, con il concorso dell'abitudine, legittimano la pronuncia di interdizione». Conf. Cass. civ., 19 febbraio 2021, n. 4518, in *Onelegale*; in precedenza, Cass. civ., 10 aprile 2007, n. 8728, in *Fam. dir.*, 7, 2007, 676 ss., con nota di A. BULDINI, *Incapacità naturale e invalidità del testamento*; Cass. civ., 10 novembre 1960, n. 3010, in *Giur. it.*, 1961, I, cc. 1304 ss., con nota di favorevole avviso di A. TRABUCCHI, *Ancora sulla capacità a far testamento*; App. Torino, 31 luglio 1941, in *Foro it.*, 1941, I, c. 1165 s., con nota critica di F. CARNELUTTI, *Incapacità del testatore per infermità di mente*. In dottrina, A.M. BENEDETTI, *Il testamento dell'incapace naturale*, cit., 76 s.; BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie*, cit., 177.

⁶² Si rinvia sul punto e, più in generale, sull'onere probatorio a A. GENOVESE, *Impugnazione del testamento per incapacità naturale: «chi deve provare che cosa?»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2018, 203. L'oggetto della prova non è la stravaganza dell'atto, ma il vizio di mente o l'inettitudine a intendere o a volere: così, A. TRABUCCHI, *Ancora sulla capacità a far testamento*, in *Giur. it.*, 1961, I, c. 1305.

⁶³ Nonostante la risposta dell'annullabilità assoluta da parte dell'ordinamento, per la dottrina la volontà formatasi in difetto di capacità naturale è solo una parvenza di volontà, che di fatto è del tutto assente. Così, al riguardo, MARTINO, *Della capacità di disporre per testamento*, cit., 1166; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, Giuffrè, Milano, 2005, 745; G. BONILINI, *Diritto delle successioni*, Editori Laterza, Bari, 2004, 167.

⁶⁴ Cfr. AZZARITI, MARTINEZ, AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., 358; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto ci-*

Notevoli – e da rivalutare – le differenze rispetto all’annullabilità dell’atto unilaterale in base all’ipotesi generale di cui all’art. 428 c.c. La fattispecie, come è noto, vede una lettura giurisprudenziale molto meno rigida e più propensa all’accoglimento della domanda di annullamento, nonostante l’azione richieda l’ulteriore presupposto del «grave pregiudizio» per l’autore che non si riviene quando questi dispone dei suoi interessi per mezzo di atti personalissimi, il cui compimento risulta per ciò solo lesivo⁶⁵. Per l’annullamento di un negozio unilaterale a norma dell’art. 428 c.c. non è necessario accertare che il soggetto fosse totalmente privo delle facoltà cognitive o volitive al momento del compimento dell’atto, ma è sufficiente che esse fossero compromesse o perturbate al punto da impedire la formazione di una volontà cosciente⁶⁶.

vile, cit., 120 s.; G. PERLINGIERI, *La rilevanza del testo nell’individuazione dell’incapacità naturale di testare*, cit., 278; DE ROSA, *Sulla capacità di testare: interdizione e incapacità naturale*, cit., 914; CICERO, *Il testamento della persona vulnerabile*, cit., 2603. In giurisprudenza, v. inoltre Cass. civ., 22 ottobre 2019, n. 26873, cit.: «il giudice di merito può trarre la prova dell’incapacità del testatore dalle sue condizioni mentali in epoca anteriore o posteriore al testamento, sulla base di una presunzione, potendo l’incapacità essere dimostrata con qualsiasi mezzo di prova: ricorrendo tale ipotesi spetta alla parte che sostiene la validità del testamento l’onere di provare un eventuale lucido intervallo nel momento della formazione del testamento». Secondo GENOVESE, *Impugnazione del testamento per incapacità naturale: «chi deve provare che cosa?»*, cit., 209 ss., la tralatizia massima giurisprudenziale sull’onere della prova deve essere letta nel senso che colui che impugna il testamento deve sempre provare l’incapacità di intere e di volere con riferimento al preciso istante della redazione del testamento – eccezione rispetto alla regola della capacità – e chi intende avvalersi del testamento, senza che ciò comporti alcuna inversione dell’onere della prova, ha interesse ad allegare e dimostrare che l’atto è stato redatto durante un lucido intervallo.

⁶⁵ La *ratio* è certamente quella di apprestare una tutela maggiore alla volontà dell’autore dell’atto personalissimo: in questi termini, A. BULDINI, *Incapacità naturale e invalidità del testamento*, in *Fam. dir.*, 7, 2007, 679. Cfr. poi BENEDETTI, *Il testamento dell’incapace naturale*, cit., 71; AZZARITI, MARTINEZ, AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., 360; M. ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, cit., 35.

⁶⁶ Recentemente, App. Napoli, 29 luglio 2025, n. 4009, in *Onelegale*: «ai sensi dell’art. 428 c.c., l’annullamento di un negozio giuridico per incapacità naturale non richiede la totale privazione delle facoltà intellettive e volitive. È sufficiente che queste siano menomate al punto da impedire la formazione di una volontà cosciente». Conf., *ex multis*, Cass. civ., 29 marzo 2025, n. 8312; Trib. Prato, 15 feb-

Un fondamento a questa differente interpretazione potrebbe rinvenirsi nel dettato normativo dell'art. 591 c.c., che, ai fini dell'annullabilità del testamento, richiede un'incapacità «di intendere e di volere» e non ritiene sufficiente la perdita delle facoltà intellettive 'o', in alternativa, volitive. A sgretolare questa impostazione, costruita su una eccessiva esaltazione delle differenze tra le due norme, concorrono diverse ragioni.

Sotto un primo profilo, può risultare artificiosa una distinzione, ai fini dell'accertamento della capacità naturale in campo negoziale, tra la capacità di comprendere il significato dei propri atti e la facoltà di autodeterminarsi, il cui concreto esercizio avviene sempre mediante una scelta in conseguenza della coscienza acquisita⁶⁷.

In secondo luogo, non si vede perché, in mancanza di un dato testuale, il giudizio in riferimento alla capacità testamentaria debba essere più rigido di quello richiesto per atti che pure implicano la libertà del soggetto⁶⁸. A questo proposito, non appare pertinente il ri-

braio 2023, n. 108; Trib. Bari, 3 gennaio 2022, n. 6, tutte in *Dejure*. Sul punto, E. FAZIO, *Testamenti suggeriti e strumenti di pianificazione patrimoniale a tutela delle persone fragili*, in *Jus civile*, 4, 2025, 543.

⁶⁷ Conf. G. PERLINGIERI, *La rilevanza del testo nell'individuazione dell'incapacità naturale di testare*, cit., 275: «la capacità di intendere, inoltre, non è slegata dalla capacità di volere, poiché senza la prima (intesa come capacità di discernimento) non si può volere con maturità di giudizio»; ma v. anche BENEDETTI, *Il testamento dell'incapace naturale*, cit., 72, secondo cui la capacità di intendere e di volere deve essere considerata come «una medaglia con due facce inscindibili (anche se distinguibili)», oppure, secondo DE ROSA, *Sulla capacità di testare: interdizione e incapacità naturale*, cit., 911, «un'endiadi». A parere di CINQUE, *Capacità di disporre per testamento e "vulnerabilità" senile*, cit., 365 e, recentemente, in EAD., *Testamento e affievolimenti della «consapevolezza affettiva»*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2023, 1248, la congiunzione che si rinviene all'art. 591 c.c. sarebbe invero un refuso, prodotto dall'art. 10 della l. n. 39/1975 che, col modificare il requisito della maggiore età, intendeva verosimilmente limitare l'intervento di riforma al solo art. 591, co. 2, n. 1 c.c., senza apportare alcuna novella in tema di incapacità naturale. V. poi la risalente giurisprudenza, in particolare Cass. civ., 10 novembre 1960, n. 3010, cit.: «è chiaro che il processo interiore di formazione della volontà, al pari della sua estrinsecazione ed attuazione (dichiarazione o, più genericamente, azione) deve pur sempre svolgersi sotto il controllo dell'intelligenza e della coscienza (*nihil volitum nisi praecognitum*)».

⁶⁸ Su questa incongruenza si veda: SPATUZZI, *Le ultime volontà del testatore anziano e vulnerabile*, cit., 212; CARBONE, *Captazione testamentaria e suggestione (vec-*

chiamo all'irripetibilità del testamento, sottolineando la differenza tra questo, atto di ultima volontà, e gli altri negozi *inter vivos* che, una volta annullati per incapacità dell'autore, potrebbero con facilità essere nuovamente posti in essere dal soggetto dapprima incapace. L'irripetibilità è attribuito che traspone sul piano dei fatti il carattere – tipico della categoria negoziale – di atto 'di ultima volontà' del negozio testamentario, revocabile *usque ad vitae supremum exitum* e non revocato dal soggetto che non è più in vita, il quale può tantomeno ripeterlo. Si comprende allora come la ripetizione di un atto *inter vivos*, annullato perché invalido, possa risultare, nei fatti, ugualmente impossibile⁶⁹. Inoltre, la lettera della legge individua il «grave pregiudizio all'autore» come unico elemento differenziale dell'ipotesi generale di incapacità naturale rispetto a quella testamentaria⁷⁰. Non potrebbero pertanto delinearci due nozioni di capacità, ma solo un diverso tipo di accertamento in base ai presupposti individuati dalla norma di riferimento.

Per ultimo, si consideri che il parametro dell'interdizione decurtato dell'abitudine per misurare l'incapacità naturale del testatore

chi concetti, nuove funzioni), cit., 825; V. BRIZZOLARI, *Annullamento del testamento per dolo e incapacità naturale: uno sguardo comparatistico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5, 2018, 768 s.; A.M. BENEDETTI, *Il testamento dell'incapace naturale*, cit., 67 s.; BULDINI, *Incapacità naturale e invalidità del testamento*, cit., 680. Si ricordi poi quanto retoricamente si domandava F. CARNELUTTI, *Incapacità del testatore per infermità di mente*, in *Foro it.*, 1941, I, c. 1166: «possibile che se pure l'agente non sia in condizione di infermità totale o assoluta, ma pur sia in lui gravemente minorata la facoltà d'intendere o di volere, tuttavia la legge gli riconosca quella libera disposizione dei suoi beni oltre la vita, ch'è un atto di straordinaria importanza morale e sociale?».

⁶⁹ Cfr. A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Giuffrè, Milano, 1966, 179-186. La non ripetibilità del testamento giustifica la gravità dell'atto, la minuziosa e formalistica disciplina nonché il regime della conferma o volontaria esecuzione *ex art.* 590 c.c., tutti aspetti in cui tale negozio diverge profondamente dal contratto. Non sembra invece che il dato fattuale dell'irripetibilità debba determinare un diverso sindacato sulla capacità.

⁷⁰ Su questo aspetto, G. PERLINGIERI, *La rilevanza del testo nell'individuazione dell'incapacità naturale di testare*, cit., 285, sottolinea che è questo un elemento di emersione della prevalenza dell'interesse del defunto su quello dei terzi. Cfr. altresì BRIZZOLARI, *Annullamento del testamento per dolo e incapacità naturale: uno sguardo comparatistico*, cit., 767.

è arbitrario, data la genericità della formula legislativa che non richiama la gravità della condizione⁷¹.

Di qui la necessità di riconsiderare l'orientamento giurisprudenziale in modo da ricollocarlo in linea con il dettato normativo⁷²: quando un incapace naturale di agire dispone attraverso atti personalissimi, l'atto è annullabile anche se non gli arreca un grave pregiudizio, e non si giustifica per ciò solo un sindacato più severo sulla gravità della sua condizione. Il testamento del soggetto vulnerabile in ragione dell'età avanzata deve essere considerato annullabile per incapacità di intendere e di volere *ex art. 591, co. 2, n. 3 c.c.*, quando si dimostri che il testatore abbia facoltà intellettive e volitive limitate⁷³.

4. Trattazione a parte merita il dolo perché, rispetto all'incapacità naturale, la figura è concepita come succedanea, attenendo a una volontà esistente ma viziata⁷⁴. L'art. 624 c.c. non fornisce una defini-

⁷¹ V. ancora F. CARNELUTTI, *Incapacità del testatore per infermità di mente*, cit., c. 1167: l'incapacità legale deriva «dallo stato d'interdizione e non da quello d'invalidazione; la seconda [l'incapacità naturale] dall'essere non sano di mente quando si fa il testamento senza nessun limite o requisito intorno alla gravità dell'*infirmas*».

⁷² Auspicano una maggiore elasticità nell'interpretazione degli artt. 591 e 624 c.c. M. RINALDO, *L'esigenza di stabilità nella pianificazione ereditaria*, cit., 338; FUSARO, GIROLAMI, CALABRESE, *Gli istituti giuridici di sostegno agli anziani fragili: osservazioni e proposte*, cit., 161; A.M. GAROFALO, *Testamento e vulnerabilità*, cit., 854; SPATUZZI, *Le ultime volontà del testatore anziano e vulnerabile*, cit., 212; CARBONE, *Captazione testamentaria e suggestione (vecchi concetti, nuove funzioni)*, cit., 825; GIROLAMI, *I testamenti suggeriti*, cit., 568-574.

⁷³ «Il testamento del soggetto vulnerabile non può certamente ritenersi *a priori* annullabile. La vulnerabilità, tuttavia, rappresenta indubbiamente una condizione personale che potrebbe avere una sua rilevanza ai fini di un'ipotesica impugnazione del negozio» (NARDI, *La capacità di disporre per testamento. Il caso dell'«incapacità mite»*, cit., 1037). Secondo G. PERLINGIERI, *Invalidità delle disposizioni «mortis causa» e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, in *Dir. succ. fam.*, 1, 2016, 124-127, bisogna analizzare la lettera delle disposizioni testamentarie e poi eventualmente valutarne la coerenza rispetto alla personalità del testatore e ai suoi comportamenti anteriori, contestuali o successivi, evitando presunzioni astratte e meccaniche di incapacità.

⁷⁴ Cfr. M. CINQUE, *Testamento e affievolimenti della «consapevolezza affettiva»*, cit., 1243: «in altre parole, o si è incapaci o si è capaci e raggritati».

zione del dolo quale vizio della volontà testamentaria, motivo per cui il concetto va ricavato dalla norma generale in materia contrattuale, con la fondamentale differenza che il testamento si ritiene annullabile sia in caso di dolo determinante sia in caso di dolo incidente⁷⁵: in sostanza, la scheda testamentaria è annullabile ogniqualvolta, in assenza dell'inganno, il testatore avrebbe disposto in maniera diversa.

Cominciò a ricavare spazio la figura della captazione o suggestione⁷⁶, dapprima intesa come forma attenuata del dolo⁷⁷ e poi, secondo la soluzione appoggiata dalle corti, come vizio della volontà dipendente da manovre ingannevoli, non distinguibile dal dolo⁷⁸.

⁷⁵ Si veda G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Giuffrè, Milano, 2009, 752.

⁷⁶ Captazione e suggestione consisterebbero cioè in «tutte le arti adoperate da una persona per indurre un'altra a testare a proprio favore o a favore di un terzo. Però la suggestione o la captazione così largamente intese per se stesse non sono vizi della volontà e non importano nel diritto nostro nullità della disposizione testamentaria». Perché si abbia il dolo è necessario che «siano adoperati dei raggiri che costituiscono degli atti per se stessi deplorabili e che in oltre siano idonei ad indurre in inganno». Così, L. COVIELLO, *Corso completo del diritto delle successioni*, I, Alvano ed., Napoli, 1914, 520-522, concludendo che bisogna procedere a un accertamento in concreto: «la questione è tutta di fatto e non di diritto». Nel caso della suggestione, inoltre, come osserva S. PAGLIANTINI, *Art. 624 - Violenza, dolo, errore*, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. GABRIELLI, in V. CUFFARO, F. DELFINI (a cura di), *Delle successioni*, II, Utet, Milano, 2010, 502 s., l'attività decettiva esercitata dal terzo determina l'annullabilità della disposizione anche laddove l'inganno non sia risultato noto agli eredi o legatari designati dalla volontà fuorviata, non essendovi affidamento da tutelare. Per un diverso significato di suggestione, si guardi a CARBONE, *Captazione testamentaria e suggestione (vecchi concetti, nuove funzioni)*, cit., 819.

⁷⁷ Per questa tesi G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 752; BONILINI, *Diritto delle successioni*, cit., 248; CICU, *Testamento*, cit., 138 ss.: «in ambedue i casi si ha un comportamento che tende con pressioni che non possano qualificarsi come violenza, con manifestazioni insincere di affetto, con menzogne a carico altrui, a predisporre il testatore a beneficiare se stessi o altri». Parzialmente divergente A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Cedam, Padova, 1937, 300-305, il quale riteneva che dolo e captazione fossero due vizi della volontà diversi per contenuto ed efficacia. In particolare, la captazione o suggestione non si sostanzia in raggiri atti a indurre in errore, ma in manovre dirette al dominio sulla volontà, pervenendo comunque l'A. alla conclusione per cui la prova del dolo sarebbe sufficiente, ma non necessaria.

⁷⁸ Anche per la captazione non si può prescindere dalla necessità di un voluto e dal cosciente impiego dei mezzi fraudolenti, secondo le caratteristiche tipiche del dolo determinante, mentre non è sufficiente la mera pressione di ordine psicolo-

Si affermò infatti un granitico orientamento giurisprudenziale per cui l'annullamento delle disposizioni testamentarie non può fondarsi su qualsiasi influenza di ordine psicologico, nemmeno se esercitata attraverso blandizie, richieste, suggerimenti, sollecitazioni o pressioni di ordine morale, ma occorre dimostrare che il terzo abbia impiegato mezzi fraudolenti che – in relazione all'età, alle condizioni di salute e allo stato mentale del testatore – siano stati idonei a trarlo in inganno e a orientarne il volere verso esiti a cui non si sarebbe spontaneamente indirizzato⁷⁹.

La prova dell'influenza ingannevole esercitata dal terzo attraverso mezzi fraudolenti sulla formazione della volontà del testatore può risultare particolarmente difficile, perché, sebbene possa anche essere presuntiva, deve fondarsi su fatti certi⁸⁰.

gico. Si veda M. RINALDO, *L'esigenza di stabilità nella pianificazione ereditaria*, cit., 332, e S. PAGLIANTINI, *Art. 624 - Violenza, dolo, errore*, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. GABRIELLI, in V. CUFFARO, F. DELFINI (a cura di), *Delle successioni*, II, Utet, Milano, 2010, 497, che considera sinonimi dolo e captazione. In passato, BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, cit., 254, riconosceva che, per avere la captazione, non bastano preghiere, blandizie, consigli, ma occorrono i raggiri. Come osserva, CARBONE, *Captazione testamentaria e suggestione (vecchi concetti, nuove funzioni)*, cit., 800: «*de iure condito*, la captazione non esiste». LEUZZI, CICERO, *Osservazioni in tema di tutela dei testatori "fragili" (dolo testamentario, captazione e rilevanza delle "suspicious circumstances")*, cit., 828, tra le ragioni della difficoltà di concettualizzare la captazione come vizio autonomo, sottolineano la tipicità legale dei vizi della volontà e la conseguenza dell'indegnità a succedere prevista solo per il dolo.

⁷⁹ Cass. civ., 11 ottobre 2024, n. 26519, e Cass. civ., 31 agosto 2023, n. 25521, in *Fam. dir.*, 7, 2025, 711 ss., entrambe commentate da L. DANI, *Dolo e captazione in materia testamentaria*; quest'ultima anche in *Riv. notariato*, 2, 2024, 337 ss., con nota di G. MUSOLINO, *Dolo testamentario (captazione). La prova ai fini dell'impugnazione del testamento*; Cass. civ., 11 aprile 2017, n. 9309, in *Giur. it.*, 6, 2018, 1384 ss., con nota di P.R. LODOLINI, *Dolo testamentario e tutela della volontà fragile del testatore: alla ricerca di un equilibrio*; in *Riv. notariato*, 4, 2017, 818 ss., con nota di A. LEUZZI, C. CICERO, *Osservazioni in tema di tutela dei testatori "fragili" (dolo testamentario, captazione e rilevanza delle "suspicious circumstances")*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1067 ss., con commento critico di S. PATTI, *Invalidità del testamento olografo per mancanza di volontà: non occorre la prova di mezzi fraudolenti*. La prova degli elementi che compongono la fattispecie delineata in sede di legittimità può essere raggiunta per presunzioni: v. M. PROTO, *Ambito semantico della parola "dolo" nell'impugnazione del testamento*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2023, 1114.

⁸⁰ *Ex multis*, Cass. civ., 31 agosto 2023, n. 25521, cit.; Cass. civ., 11 aprile 2017, n. 9309, cit. Nei giudizi dinanzi alle corti inglesi vertenti sulla *fraud*, si è af-

La giurisprudenza, solo in rari casi, ha accolto un'interpretazione più largheggiante del dolo tale da ricomprendere qualsiasi comportamento decettivo realizzato anche attraverso false premure e lusinghe – e in assenza di un vero e proprio raggiri –, ma concretamente idonee a deviare la volontà del testatore avendo riguardo della concreta situazione di vulnerabilità del soggetto, affetto da malattie senili che causano debolezze decisionali e affievolimenti della consapevolezza affettiva che non necessariamente privano della capacità naturale⁸¹. In questi casi, in ragione delle condizioni personali e sociali del *de cuius*, l'idoneità dei mezzi fraudolenti a suscitare false rappresentazioni è stata valutata con criteri di larghezza.

La dottrina è stata, invece, perlopiù concorde nel sostenere questa soluzione ermeneutica in ordine al dolo, più vicina all'originario concetto di captazione⁸² e alla nozione anglosassone di *undue in-*

fermata la *doctrine of suspicious circumstances* per agevolare l'onere probatorio: alcune circostanze sospette consentono di sostenere per via presuntiva che la volontà del testatore sia stata viziata o coartata dal beneficiario, il quale è onerato della prova contraria per poter avvalersi del testamento. Si leggano, sul tema, A. MIRANDA, *Il testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*, Cedam, Padova, 1995, 293 s., e BRIZZOLARI, *Annullamento del testamento per dolo e incapacità naturale: uno sguardo comparatistico*, cit., 771 ss.

⁸¹ In questi termini, da ultimo, Cass. civ., 17 ottobre 2022, n. 30424, in *Giur. it.*, 12, 2023, 2601 ss., con nota di C. CICERO, *Il testamento della persona vulnerabile*. Sulla stessa decisione, si veda anche CINQUE, *Testamento e affievolimenti della «consapevolezza affettiva»*, cit., 1253 s. V. precedentemente Cass. civ., 11 agosto 1982, n. 4561, in *Onelegale*, e Cass. civ., 7 maggio 1957, n. 1553, con nota di A. TRABUCCHI, *Libertà testamentaria, captazione e raggiri determinanti*, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, c. 503, che sottolinea come nella motivazione si parli di «captazione come causa dell'eventuale invalidità della disposizione». L'interesse dell'accertamento verte però più sulla efficacia determinante dell'intervento del *deceptor* che sulla intenzionale coscienza di ingannare. Di qui, la possibilità di considerare come causa del vizio della volontà del testamento le semplici blandizie o i solleciti consigli quando risulti che siano stati determinanti il testatore a disporre in maniera favorevole. Si ricomprenderebbe nel vizio del volere altresì l'abuso dell'altrui stato di vulnerabilità: AR. FUSARO, M. GIROLAMI - CALABRESE, *Gli istituti giuridici di sostegno agli anziani fragili: osservazioni e proposte*, cit., 161.

⁸² Cfr. L. DANI, *Dolo e captazione in materia testamentaria*, in *Fam. dir.*, 7, 2025, 723; RINALDO, *L'esigenza di stabilità nella pianificazione ereditaria*, cit., 338; C. CICERO, *L'influenza di Salvatore Patti nell'evoluzione del diritto successorio. La tutela del testatore fragile*, in *Riv. notariato*, 1, 2025, 11; ID., *Il testamento della persona*

*fluence*⁸³, sul presupposto dell'ampia e generica formulazione dell'art. 624 c.c.⁸⁴ e della maggiore rilevanza della volontà storica del disponente in sede di redazione del testamento⁸⁵. Questa impostazione non determinerebbe un'indiscriminata caducità di tutti i testamenti, ma soltanto di quelli che rappresentano una volontà eterodiretta, previo accoglimento del concetto di vulnerabilità⁸⁶.

vulnerabile, cit., 2604; CARBONE, *Captazione testamentaria e suggestione (vecchi concetti, nuove funzioni)*, cit., 806; F. PADOVINI, *Incapacità di disporre per testamento fra disciplina positiva e prospettive di riforma*, cit., 59.

⁸³ In common law, la figura dell'*undue influence* tutela la libera formazione della volontà dall'indebita influenza esercitata da un'altra persona al fine di trarre vantaggi (S. PATTI, *Il contraente "fragile"*, cit., 238). Per le corti inglesi, non è molto distante dalla violenza esercitata con la minaccia, anche se la sfumatura che la caratterizza è l'assenza di coercizione in nome di un «abuso non violento della debolezza, delle paure, dello stato di necessità e dei bisogni altrui». In ogni caso, è invalido il testamento redatto da un soggetto che sia stato vittima di qualsiasi forma di approfittamento o pressione ritenuta ingiusta, sia se coincidente con un atto di violenza, sia se consistente nell'abuso dello stato di inferiorità o soggezione psicologica di persone «di deboli o ridotte facoltà mentali ed intellettive». Costituiscono *undue influence* «le continue, fastidiose e pressanti richieste, le blandizie o le captazioni cui il testatore non abbia la forza e il coraggio di resistere, le imposizioni morali accettate per amore di pace o per sfuggire al giudizio sociale, che siano portate ad un grado tale di irragionevole pressione che il libero giudizio, il discernimento e la facoltà di scelta del testatore siano annullate». In questi termini, e più ampiamente, MIRANDA, *Il testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*, cit., 281 ss. Osserva però il citato A. che anche le corti inglesi sono riluttanti ad accogliere l'impugnativa, richiedendo la prova che le pressioni esulino dalla normale ragionevolezza e siano effettivamente tali da alterare la volontà. Critiche emergono anche in dottrina: si rinvia a CARBONE, *Captazione testamentaria e suggestione (vecchi concetti, nuove funzioni)*, cit., 812 ss., anche per il completo apparato bibliografico.

⁸⁴ V., in particolare, S. PATTI, *Il contraente "fragile"*, cit., 239; DANI, *Dolo e captazione in materia testamentaria*, cit., 721; PROTO, *Ámbito semantico della parola "dolo" nell'impugnazione del testamento*, cit., 1108, e CARBONE, *Captazione testamentaria e suggestione (vecchi concetti, nuove funzioni)*, cit., 810-816, secondo cui, in particolare, il dolo testamentario ricomprenderebbe il «dolo per raggirio», il «dolo per captazione» e il «dolo per suggestione». Conf., in precedenza, S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, cit., 1004.

⁸⁵ C. CICERO, *Il testamento della persona vulnerabile*, cit., 2606.

⁸⁶ «In una situazione di debolezza psichica e volitiva, il vizio del volere o la mancanza del volere si configura anche al ricorrere di "blandizie" o di "suggerimenti", se già questi sono sufficienti a determinare e guidare la dichiarazione della

Si conferirebbe un mezzo di impugnazione utile a invalidare i testamenti del vulnerabile – compreso l’anziano –, il cui contenuto sia stato influenzato e determinato *cum fraude* attraverso suggerimenti, blandizie e richieste, in assenza di un raggiro che induca in errore. Pur ammettendo la difficoltà di apprezzamento della decettività di una simile condotta⁸⁷, da valutarsi in base alle condizioni del *deceptus*⁸⁸, sembra sostenibile la soluzione dell’espansione della figura del dolo testamentario, purché siano dimostrate le condotte distorsive della volontà, ancorché diverse dai raggiri, e non vengano colpevolizzate presenza e vicinanza all’anziano. In questi casi, infatti, il principio del *favor testamenti* è ridotto ad affermazione di principio e non gioca un reale ruolo di protezione della volontà del *de cuius*, che risulta quantomeno inquinata⁸⁹.

5. Il formalismo testamentario assolve a una funzione polivalente, orientata a garantire autenticità dell’atto e genuinità della sua formazione, pubblicità e certezza della vicenda successoria, protezione degli interessi familiari, ponderatezza rispetto alla gratuità dell’attribuzione patrimoniale⁹⁰. Dalle ipotesi di impugnazione del testa-

persona, sostanzialmente priva di autonoma volontà» (S. PATTI, *Testamento della persona ‘vulnerabile’, principio di conservazione e ragionevolezza*, cit., 641). Così altresì AR. FUSARO, M. GIROLAMI - CALABRESE, *Gli istituti giuridici di sostegno agli anziani fragili: osservazioni e proposte*, cit., 155; CARBONE, *Captazione testamentaria e suggestione (vecchi concetti, nuove funzioni)*, cit., 821. Si potrebbe costruire un parallelo con l’art. 7 e il *Considerando* n. 43 GDPR, che, nella valutazione di libertà del consenso al trattamento dei dati personali, impongono che siano considerati non soltanto i vizi della volontà della disciplina contrattuale, ma anche le situazioni di vulnerabilità, pressione, squilibrio di potere, assenza di granularità, condizionabilità e prefigurazione di un pregiudizio.

⁸⁷ AR. FUSARO, *Il notaio indagatore della capacità di autodeterminazione*, cit., 8.

⁸⁸ S. PATTI, *Invalidità del testamento olografo per mancanza di volontà: non occorre la prova di mezzi fraudolenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 7-8, 2017, 1065.

⁸⁹ Si veda S. PATTI, *Invalidità del testamento olografo per mancanza di volontà: non occorre la prova di mezzi fraudolenti*, cit., 1064, e altresì ID., *Testamento della persona ‘vulnerabile’, principio di conservazione e ragionevolezza*, cit., 640.

⁹⁰ Secondo TAMBURRINO, *Testamento (dir. priv.)*, cit., 488, la ragione comune delle varie forme testamentarie consiste nel poter dimostrare che la volontà di quel

mento per incapacità naturale e per dolo, deve essere però emerso come le rigide forme prescritte *ad substantiam* non siano sufficienti a tutelare il testatore vulnerabile. Da una parte, il testamento olografo garantisce – o meglio, garantisce⁹¹ – soltanto rispetto alla paternità del documento, mentre non fornisce alcuna informazione sullo stato di capacità del testatore o sulle influenze che può aver subito⁹². Anche il testamento pubblico non ha efficacia certificativa a tal riguardo, poiché è presente solo un filtro di non palese incapacità, eseguito peraltro nei limiti dei mezzi disponibili al notaio.

Soprattutto se si aderisce alle ricostruzioni più flessibili e aperte all'annullabilità per incapacità e dolo, nuove soluzioni normative devono approntare modalità di redazione che diano certezza in ordine alla provenienza e alla personalità delle disposizioni di ultima volontà, preservando al contempo la libertà testamentaria. Sono state

testatore proviene esclusivamente da lui e nel poter assicurare una sua partecipazione attiva. Per G. BRANCA, *Appunti sulle forme testamentarie*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, cit., 30, la funzione di avvertimento per il testatore è una funzione secondaria della forma testamentaria. In particolare, sulla solennità del testamento pubblico, v. RESCIGNO, *Ultime volontà e volontà della forma*, cit., 678. Sulla forma come elemento di struttura e su tutto ciò che ne consegue, si legga N. IRTI, *Del falso principio di libertà delle forme. Strutture forti e strutture deboli*, in *op. cit.*, 449 ss. Sulle funzioni del formalismo testamentario si rinvia a CICERO, *Il problema del formalismo testamentario. Per una rivisitazione dell'olografo*, cit., 13-14.

⁹¹ Come osserva PADOVINI, *Incapacità di disporre per testamento fra disciplina positiva e prospettive di riforma*, cit., 58, l'autografia non è più segno certo, incontrovertibile e verificabile di una volontà genuina. Conf. M. ZICCARDI, *Beni digitali e pianificazione ereditaria*, ESI, Napoli, 2022, 99; CARICATO, *La solitudine del testatore anziano*, cit., 556. Come osservava LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, cit., 132 ss., se il testamento olografo favorisce la spontaneità del volere, non garantisce invece anche la serietà della dichiarazione intesa come consapevolezza da parte del dichiarante della rilevanza giuridica, potendo questi essere consapevole soltanto della riferibilità al regolamento astratto del testamento.

⁹² Il «rigido formalismo richiesto per il testamento olografo non è sufficiente a garantire che il contenuto del negozio corrisponda al volere del testatore» (v. G.A. PARINI, *Il testamento olografo della persona cieca: riflessioni sulla rilevanza della forma e interferenze di soggetti terzi*, in *Dir. fam. pers.*, 2, 2024, 585). Sulle inefficienze dell'olografo, si legga M. IEVA, *Appunti per una lezione sulla devoluzione contrattuale dell'eredità*, in C. CICERO (a cura di), *Per un nuovo diritto successorio*, cit., 96-100.

abbozzate in dottrina diverse proposte di riforma al fine di adattare le forme testamentarie alle istanze di tutela della persona⁹³.

Si potrebbe innanzitutto pensare che la soluzione debba individuarsi nelle categorie generali della capacità. Si sosterebbe non in via generale un'incapacità relativa di agire dell'anziano, ma l'inversione della regola ora vigente in tema di capacità di testare mediante la previsione di una presunzione di incapacità di disporre per testamento oltre una certa età⁹⁴. Verrebbe così rimossa la finzione per cui tutti sono ugualmente capaci di porre in essere validamente atti giuridicamente rilevanti⁹⁵. La tesi si presta comunque al rilievo di diverse criticità⁹⁶: la vulnerabilità tornerebbe ad essere racchiusa nel rigido binarismo tra capacità e incapacità, facendo perno unicamente sull'età e senza valutazioni concrete, personalizzate e globali delle

⁹³ Sulle varie soluzioni si faccia rinvio a SPATUZZI, *Le ultime volontà del testatore anziano e vulnerabile*, cit., 210 ss. Le riletture dottrinarie e le proposte di riforma discendono dalla necessità di considerazione delle esigenze della persona nella nuova società e riconoscimento dei diritti: «la condizione sociale è una condizione di diritto perché è di esistenza nella società e la società è tale perché ha in sé diritto, è tale perché tra gli uomini vi è una relazione che è già diritto: il primo, l'originario diritto». L'uomo deve essere difeso da «da un primato dello Stato sull'uomo e sulla società». Così, G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 832 s.

⁹⁴ J.C. SONNEKUS, *Freedom of Testation and the Ageing Testator*, in K.G.C. REID, M.J. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, *Exploring the Law of Succession*, Edinburgh University Press, 2007, 90: «it would seem advisable to revisit the presumption about a testator's soundness of mind after he or she has passed a certain age, such as 70. A provision which stated that "it is presumed that a testator who is 70 years or older is no longer capable of appreciating the nature and effect of his act unless otherwise proven" would shift the burden of proof to those interested parties who want to rely on the suspicious will»; P.R. LODOLINI, *Dolo testamentario e tutela della volontà fragile del testatore: alla ricerca di un equilibrio*, in *Giur. it.*, 6, 2018, 1388; S. PATTI, *Invalidità del testamento olografo per mancanza di volontà: non occorre la prova di mezzi fraudolenti*, cit., 1066.

⁹⁵ S. PATTI, *Senilità e autonomia negoziale della persona*, cit., 263.

⁹⁶ Critici rispetto alla tesi esposta: FAZIO, *Testamenti suggeriti e strumenti di pianificazione patrimoniale a tutela delle persone fragili*, cit., 539; M. GIROLAMI, *I testamenti suggeriti*, cit., 563; M. CINQUE, *Il ruolo del notaio nel testamento pubblico e il problema della capacità naturale dell' "ageing testator"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 1036; G. PERLINGIERI, *La rilevanza del testo nell'individuazione dell'incapacità naturale di testare*, cit., 281.

condizioni del testatore; è poi una soluzione estremamente limitativa dell'autonomia privata del testatore a beneficio della spontaneità delle volontà, con il solo controlimite di una difficoltosa prova contraria⁹⁷; infine, la protezione della effettiva volontà del testatore – e non di un suo mero simulacro – è raggiungibile *ex post*, attraverso le vie interpretative che si sono tracciate, in particolare evitando che la prova dell'incapacità o del dolo diventi una *probatio diabolica*.

Sul rilievo delle maggiori garanzie derivanti dalla presenza del notaio, sono state poi ipotizzate varie forme di limitazione del ricorso al testamento olografo, da una rimeditazione dell'istituto⁹⁸ alla vera e propria soppressione dello stesso⁹⁹.

Nell'ambito delle riflessioni sulla modifica del testamento olografo, è stata sostenuta la previsione di una soglia di età oltre la quale non è più possibile redigere le disposizioni di ultima volontà se non per atto notarile¹⁰⁰. L'introduzione di un regime differenziato in ragione dell'età potrebbe però apparire come una limitazione arbitraria e discriminatoria dell'autonomia privata¹⁰¹.

⁹⁷ Una compressione eccessiva e inutile della libertà testamentaria sarebbe l'esito di un ulteriore abbassamento della soglia di capacità, a parere di A.M. GAROFALO, *Testamento e vulnerabilità*, cit., 854, e di RINALDO, *L'esigenza di stabilità nella pianificazione ereditaria*, cit., 337 s.

⁹⁸ Cfr. G. DE NOVA, *Autonomia privata e successioni mortis causa*, in *Jus*, 3, 1997, 277.

⁹⁹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive*, cit., 321.

¹⁰⁰ Sul «limite d'età per redigere un testamento olografo»: S. PATTI, *Invalidità del testamento olografo per mancanza di volontà: non occorre la prova di mezzi fraudolenti*, cit., 1066; ID., *Senilità e autonomia negoziale della persona*, cit., 262 s.; ID., *Il testamento olografo nell'era digitale*, cit., 1007. Critici CICERO, *L'influenza di Salvatore Patti nell'evoluzione del diritto successorio. La tutela del testatore fragile*, in *Riv. notariato*, 1, 2025, 12; ID., *Il problema del formalismo testamentario. Per una rivisitazione dell'olografo*, cit., 50; CARBONE, *Captazione testamentaria e suggestione (vecchi concetti, nuove funzioni)*, cit., 810; CARICATO, *La solitudine del testatore anziano*, cit., 554; G. DE NOVA, *Il testatore anziano e la forma del testamento*, in *Jus civile*, 5, 2017, 383, poiché si tratterebbe di una soluzione «fondata su una valutazione in astratto in punto di capacità».

¹⁰¹ Sul punto, FAZIO, *Testamenti suggeriti e strumenti di pianificazione patrimoniale a tutela delle persone fragili*, cit., 541; A.M. GAROFALO, *Testamento e vulnerabilità*, cit., 863-866, riconosce che, sebbene per certi aspetti vantaggiosa, la forma

Altra soluzione, con il merito della certa non discriminatorietà e il pregio della concretezza, è quella che guarda alla consistenza della *res litigiosa* nella maggior parte del contenzioso successorio, ossia i patrimoni complessi o di grande rilevanza economica, che coinvolgono interessi vari e molteplici, e ammette la forma olografa solo per i patrimoni di valore esiguo¹⁰².

Anche per i limiti intrinseci all'autografia – determinati dal progressivo declino della scrittura manuale in funzione dei sistemi digitali¹⁰³ –, le prospettive di riforma delle forme testamentarie, elaborate in sede dottrinarica, sono andate nella direzione della totale soppressione dell'olografo. Il testamento pubblico offrirebbe infatti più garanzie soprattutto al soggetto vulnerabile in ragione dell'età avanzata¹⁰⁴ e ciò grazie al più rigido formalismo che circonda l'atto, all'indagine sulla volontà condotta dal pubblico ufficiale e alla buona prassi notarile di richiedere al testatore un certificato medico o di disporre una perizia sulla capacità di intendere e di volere¹⁰⁵. Quando sia palese l'incapacità, il notaio dovrebbe astenersi dal ricevere l'atto¹⁰⁶ e qualora, oltre a procedere al rogito, abbia anche dichiarato

notarile come forma obbligatoria per determinati soggetti non sarebbe un intervento risolutivo dei problemi legati alla tutela della vulnerabilità testamentaria, peraltro a fronte della discriminazione che ne risulterebbe. Cfr. poi P. PERLINGIERI, *Dritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, cit., 96.

¹⁰² Si rinvia, per questa tesi, a S. PATTI, *Invalidità del testamento olografo per mancanza di volontà: non occorre la prova di mezzi fraudolenti*, cit., 1066; ID., *Il testamento olografo nell'era digitale*, cit., 1007. *Contra*, RINALDO, *L'esigenza di stabilità nella pianificazione ereditaria*, cit., 337.

¹⁰³ Cfr. ZICCARDI, *Beni digitali e pianificazione ereditaria*, cit., 99; S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, cit., 994.

¹⁰⁴ Di questo avviso C. CICERO, *L'influenza di Salvatore Patti nell'evoluzione del diritto successorio. La tutela del testatore fragile*, in *Riv. notariato*, 1, 2025, 12; ID., *Il testamento della persona vulnerabile*, cit., 2605; CARICATO, *La solitudine del testatore anziano*, cit., 555.

¹⁰⁵ Cfr. A.M. GAROFALO, *Testamento e vulnerabilità*, cit., 867 s., e M. RINALDO, *L'esigenza di stabilità nella pianificazione ereditaria*, cit., 336.

¹⁰⁶ Il fondamento normativo deve rinvenirsi nell'art. 28 e nell'art. 47, co. 2 della legge notarile, secondo cui «il notaio indaga la volontà delle parti», nel senso che accerta «quale sia di costoro la effettiva volontà che egli dovrà tradurre, in virtù del potere di certificazione, derivantegli dalla sua pubblica funzione, nell'atto di re-

la capacità di intendere e di volere del testatore, tale attestazione può essere contestata con ogni mezzo di prova¹⁰⁷. La dichiarazione del notaio e, soprattutto, il certificato medico, ove richiesto, possono orientare la decisione del giudice chiamato a decidere in sede di impugnazione del testamento.

L'atto notarile non offre strumenti utili al contrasto in via preventiva del fenomeno della captazione testamentaria, risultando quantomeno difficile che la consulenza richiesta al medico legale sulla capacità si riveli idonea ad accertare situazioni di pressione, suggestione o dipendenza affettiva¹⁰⁸. Il vantaggio che deriverebbe dall'obbligo di testare per atto di notaio si rivelerebbe soltanto nella dimensione della certezza in ordine alla provenienza e alla capacità naturale, sacrificando lo strumento maggiormente in uso per disporre delle proprie sostanze a causa di morte¹⁰⁹.

Per evitare di pregiudicare del tutto la libertà testamentaria e l'accessibilità generalizzata all'atto con cui si dispone delle proprie sostanze per il momento successivo alla morte, è stata avanzata una soluzione intermedia: il deposito obbligatorio dell'olografo¹¹⁰, che

digerere». V. in questi termini E. PROTETTI, C. DI ZENZO, *La legge notarile*, Giuffrè, Milano, 2003, 197. Sul punto, AR. FUSARO, *Il notaio indagatore della capacità di auto-determinazione*, in *Notariato*, 1, 2020, 7, secondo cui l'accertamento del notaio presuppone la verifica della capacità legale d'agire e della capacità di intendere e volere.

¹⁰⁷ In proposito, MARTINO, *Della capacità di disporre per testamento*, cit., 1170, e GENOVESE, *Impugnazione del testamento per incapacità naturale: «chi deve provare che cosa?»*, cit., 206 s., il quale considera tale attestazione come una «semplice clausola di stile», «censurabile con qualunque mezzo di prova, senza necessità di proporre la querela di falso». Conf. BENEDETTI, *Il testamento dell'incapace naturale*, cit., 87 s.; A. LEUZZI, C. CICERO, *Osservazioni in tema di tutela dei testatori "fragili" (dolo testamentario, captazione e rilevanza delle "suspicious circumstances")*, in *Riv. notarato*, 4, 2017, 818 ss.

¹⁰⁸ Ciononostante, NARDI, *La capacità di disporre per testamento. Il caso dell'«incapacità mite»*, cit., 1035, appoggia comunque l'idea di «prediligere la forma testamentaria pubblica che gli garantisca il "sostegno" del notaio, ma soprattutto ponga il sigillo di genuinità delle sue ultime volontà, e ne scongiuri ogni eventuale manipolazione alla quale è evidentemente predisposto chi si trovi in uno stato di "incapacità mite"».

¹⁰⁹ Cfr. *supra*, nt. 25.

¹¹⁰ CICERO, *L'influenza di Salvatore Patti nell'evoluzione del diritto successorio. La tutela del testatore fragile*, cit., 13.

garantisce sia la sicurezza nella conservazione, sia la spontaneità ed economicità dell'atto, ma non protegge il testatore e i suoi successori rispetto al pericolo di redazione in stato di incapacità o di captazione. Il testamento olografo non verrebbe quindi soppresso, ma, per evitare contestazioni con riguardo a possibili manipolazioni, diventerebbe onere del testatore depositarlo.

Nonostante la forma pubblica offra maggiori garanzie, la soppressione del testamento olografo non appare comunque opportuna: esso continua a rappresentare la forma più diretta, rapida e immediata di espressione della volontà di disporre ovvero di revocare le disposizioni già redatte nel segno di una nuova ultima volontà¹¹¹. Occorre allora ripensare il sistema della successione testamentaria affinché le garanzie di certezza, genuinità e autenticità delle disposizioni possano essere assicurate anche attraverso nuovi strumenti. Tali garanzie potrebbero ravvisarsi lungo tre direttrici: 'disporre prima', incentivando la pianificazione precoce della successione; 'disporre *inter vivos*' attraverso contratto; 'disporre in maniera semplificata', introducendo forme più agili. Sebbene ciascuno di questi temi meriti adeguato approfondimento, essi trovano punti di intersezione ed è su questi che si vuole richiamare l'attenzione nella prospettiva di una riforma del formalismo testamentario.

5.1.

5.1.1. Tutte e tre le direttrici che si sono tracciate tendono al rafforzamento dell'autonomia privata nella regolazione della successione¹¹².

Per evitare che la vulnerabilità diventi causa di una patologia del negozio testamentario, bisognerebbe incentivarne la redazione in

¹¹¹ Così, CICERO, *Il problema del formalismo testamentario. Per una rivisitazione dell'olografo*, cit., 18, per cui «il potere di revoca è esplicitazione della stessa autonomia privata che ha dato vita al negozio, e si attesta come massima espressione della libertà di testare»; ZICCARDI, *Beni digitali e pianificazione ereditaria*, cit., 111; I. SASSO, *Il formalismo testamentario nell'era digitale tra Stati Uniti e Italia*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2018, 217; G. PERLINGIERI, *Invalidità delle disposizioni «mortis causa» e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, cit., 127.

¹¹² Al contrario, la tendenza attuale del diritto successorio italiano è verso l'imposizione di limiti alla libertà testamentaria: V. BARBA, *Tendenze del e nel diritto successorio italiano*, cit., 2.

età precoce. L'anticipazione della redazione del testamento sarebbe favorita dallo sviluppo di modalità semplificate¹¹³, che prevedano l'impiego di strumenti tecnologici già ampiamente in uso¹¹⁴. L'apertura alle innovazioni digitali si riscontra nel diritto dei contratti, ma non si coglie nel diritto successorio che per il momento è stato il settore privatistico più chiuso entro rigide prescrizioni formali e meno permeabile ai cambiamenti sociali che hanno interessato la compagine familiare e le modalità tecnologiche di perfezionamento delle dichiarazioni di volontà¹¹⁵. Anche il diritto successorio dovrebbe allora adeguarsi al mutamento della realtà sociale e dare spazio all'elaborazione di nuove forme per la redazione degli atti di ultima volontà.

¹¹³ *Contra*, A.M. GAROFALO, *Testamento e vulnerabilità*, cit., 871 ss., per un nuovo procedimento di volontaria giurisdizione in cui il giudice possa valutare lo stato psichico del testatore – disponendo se del caso perizie e procedendo a interrogatorio dello stesso e a sentire altresì il consulente tecnico – e, in udienza, riceverne le disposizioni testamentarie, poi soggette ad omologa.

¹¹⁴ Così RINALDO, *L'esigenza di stabilità nella pianificazione ereditaria*, cit., 321. Secondo I. COPPOLA, *Sul contenuto, sulla scrittura e sulla conservazione del testamento olografo*, in *Famiglia*, 2022, 11, per avvicinare le persone alla redazione di una scheda testamentaria si rende necessaria anche una semplificazione del concetto e contenuto del testamento.

¹¹⁵ Cfr. M. RIZZUTI, *Nuove tecnologie e formalismo testamentario: il problema del video will*, in *Comparazione dir. civ.*, 2, 2024, 523; ZICCARDI, *Beni digitali e pianificazione ereditaria*, cit., 98. Per il diritto contrattuale, M.J. RADIN, *The Deformation of Contract in the Information Society*, in *Oxford J. Leg. Studies*, 37, 2017, 505-533, in cui l'A. considera che nell'ambito della società dell'informazione il diritto dei contratti è stato manipolato per essere applicato a dei fenomeni che non soddisfano tutti i requisiti generali utili a denotare l'esistenza di un contratto. Sulle nuove modalità di formazione del contratto si vedano M.P. MANTOVANI, *Il diritto dei contratti nell'era delle nuove tecnologie*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino. Studi*, 10, 2021, 1 ss.; M. BARELA, *Accordo, consenso e assenso (brevi note nella prospettiva della crisi del contratto)*, in *Riv. dir. priv.*, 2, 2018, 225 ss. È per queste modalità di conclusione, non dichiarative e tra assenti, che si è aperto il dibattito in ordine all'esistenza dell'accordo nella contrattazione standard: v. N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 1998, 347 ss.; soluzione contestata da G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 525 ss., con replica in N. IRTI, «È vero, ma...» (replica a Giorgio Oppo), in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 273 ss., e, su un altro filone della disputa si vedano N. IRTI, *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2000, 601 ss. e F. GAZZONI, *Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Giuffrè, Milano, 2006, 313 ss.

In una prospettiva di riforma del sistema successorio, appare ipotizzabile l'introduzione di un 'testamento digitale' quale nuova forma tipica e ordinaria, affiancata a quelle attualmente previste dal Codice civile¹¹⁶. L'idea di una semplificazione delle forme testamentarie si inserisce nel solco del processo di digitalizzazione già avviato dall'ordinamento con il Codice dell'amministrazione digitale e con il d.lgs. n. 110/2010, che hanno rispettivamente introdotto una regolazione del documento informatico¹¹⁷ e dell'atto pubblico informatico redatto dal notaio¹¹⁸. È stata ammessa la redazione dell'atto pubblico notarile in formato digitale, sottoscritto dalle parti con firma digitale o elettronica – consistente anche nell'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa recante dati biometrici¹¹⁹ –, in presenza del notaio che appone la

¹¹⁶ Cfr. ZICCARDI, *Beni digitali e pianificazione ereditaria*, cit., 102, per la precisazione terminologica. Anche nel presente contributo, l'espressione «testamento digitale» è infatti utilizzata in riferimento all'atto *mortis causa* di ultima volontà redatto mediante l'ausilio di strumenti informatici. Sul c.d. *e-will* adottato nello Stato del Nevada nel 2001, cfr. SASSO, *Il formalismo testamentario nell'era digitale tra Stati Uniti e Italia*, cit., 191 ss.; M. GRONDONA, *Il testamento filmato negli Stati Uniti*, in AA.VV., *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile. Atti dei Convegni Roma, 18 marzo 2016 - Genova, 27 maggio 2016 - Vicenza, 1 luglio 2016*, cit., 239, inteso come testamento su supporto elettronico in cui vengono «immagazzinate le disposizioni di ultima volontà del testatore; un supporto che ovviamente deve soddisfare un certo livello di sicurezza, appunto in vista della tutela dell'autenticità del documento e della sua non alterabilità da parte di soggetti terzi». Contrario al testamento digitale è S.S. BODDERY, *Electronic wills: drawing a line in the sand against their validity*, in *Real Property, Probate, and Trust Journal*, 2012, 206 ss., delineando i rischi e le vulnerabilità legati alla tecnologia digitale, mentre è propenso a un approccio flessibile che consenta ai giudici di convalidare un testamento anche in presenza di difetti formali, purché vi sia una chiara e convincente prova dell'intento testamentario. Per lo *Uniform Electronic Wills Act*, proposta che riconosce la possibilità di formalizzare i testamenti creati su pc o altro dispositivo, firmati elettronicamente dal testatore alla presenza fisica o virtuale di testimoni, senza il necessario intervento di un notaio, affidando l'archiviazione anche ad aziende specializzate in servizi concernenti i testamenti elettronici, si vedano MOLLO, NAPOLITANO, SICCA, *Il formalismo testamentario e le tecnologie assistive per le persone con disabilità: profili giuridici e organizzativi*, cit., 110.

¹¹⁷ Cfr. art. 20, co. 1-*bis*, del d.lgs. n. 82/2005.

¹¹⁸ Cfr. artt. 52-*bis* e 47-*bis* della legge notarile.

¹¹⁹ Sul punto, A. DELLAQUILA, *Verso un testamento olografo informatico? Prospettive e riflessioni*, in *Notariato*, 3, 2022, 229.

propria firma digitale. L'atto pubblico informatico è equiparato all'atto pubblico del notaio su supporto cartaceo, ma ne è preclusa la formazione a distanza, e, per queste ragioni, si presenta compatibile con la disciplina della formazione del testamento pubblico¹²⁰.

L'elemento di novità invece potrebbe consistere nella redazione in forma digitale di un testamento che non sia confezionato per atto notarile¹²¹ e nel successivo deposito su una piattaforma telematica pubblica, accessibile mediante strumenti di identificazione digitale personale ormai in uso per diversi servizi online della pubblica amministrazione italiana¹²². È necessario che sia lo Stato a provvedere alla creazione di una piattaforma pubblica affinché la diffusione sul mercato di fornitori di servizi digitali per la compilazione e la conservazione dei testamenti non rappresenti un ostacolo di natura economica o digitale all'accessibilità a questa forma testamentaria¹²³.

¹²⁰ Cfr. DELLAQUILA, *Verso un testamento olografo informatico? Prospettive e riflessioni*, cit., 230; A. D'ARMINIO MONFORTE, *La successione nel patrimonio digitale*, Pacini, Pisa, 167; SASSO, *Il formalismo testamentario nell'era digitale tra Stati Uniti e Italia*, cit., 199-201.

¹²¹ Secondo S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, cit., 1009, è necessaria una modifica dell'art. 602 c.c. per ammettere l'uso di strumenti informatici. Come afferma DELLAQUILA, *Verso un testamento olografo informatico? Prospettive e riflessioni*, cit., 230, «è impensabile cercare di trovare una risposta all'ammissibilità del testamento olografo informatico cercandola nelle attuali norme del C.A.D.». L'A. sostiene però che, allo stato attuale, possa considerarsi pubblicabile un testamento interamente scritto e sottoscritto con modalità tali che permettano di rilevare i dati biometrici, mentre il testamento scritto con mezzi meccanici che non assicurano la conservazione dei dati biometrici, ma sottoscritto con firma grafometrica, difettando dell'olografia, sarebbe nullo ma sanabile mediante conferma, e infine il testamento olografo che manchi anche della sottoscrizione con firma grafometrica sarebbe inesistente. Conf., sull'equiparabilità della firma grafometrica a quella autografa, D'ARMINIO MONFORTE, *La successione nel patrimonio digitale*, cit., 166. *Contra*, SASSO, *Il formalismo testamentario nell'era digitale tra Stati Uniti e Italia*, cit., 215, che sostiene che il tratto grafometrico non soddisfi il requisito dell'autografia.

¹²² Si pensi al sistema pubblico di identità digitale (SPID) o alla carta d'identità elettronica (CIE). Sull'accesso del testatore alla piattaforma tramite SPID converge anche D'ARMINIO MONFORTE, *La successione nel patrimonio digitale*, cit., 152.

¹²³ Ciò si verificherebbe se il singolo testatore potesse munirsi – acquistandoli – di strumenti tecnici consentanei all'espressione delle disposizioni di ultima volontà e conformi a eventuali requisiti di validità previsti dalla legge. Individua questo impedimento all'*electronic will* SASSO, *Il formalismo testamentario nell'era digitale tra*

Allo scopo di rendere ancor più sicura ed esclusiva la compilazione del testamento digitale potrebbe essere integrato un sistema di riconoscimento facciale mediante trattamento dei dati biometrici per la finalità dell'accesso alla piattaforma, nel rispetto del GDPR¹²⁴. Il testamento digitale così redatto dovrebbe essere 'rafforzato' dal necessario caricamento di un certificato medico contestuale, idoneo ad attestare la capacità di intendere e di volere del disponente. Il processo di formazione delle ultime volontà potrebbe essere anche implementato mediante l'impiego della *blockchain*, quale sistema di conservazione e di custodia degli atti che è idoneo a garantire l'utilizzo personale, a evitare contraffazioni e manipolazioni successive, a dare certezza rispetto alla data di inserimento del documento¹²⁵.

Una simile soluzione richiederebbe un intervento complesso e dispendioso, con possibili conseguenze sull'organizzazione del notariato, ma offrirebbe plurimi vantaggi. La facilità di redazione implementerebbe il numero dei testamenti, anche in fasi anticipate della vita con un prevedibile decremento del contenzioso relativo alla incapacità del *de cuius* o all'influenza esterna da lui subita. Ove il testamento venisse comunque impugnato, la nuova forma testamentaria rafforzerebbe la presunzione di capacità del testatore¹²⁶. Soprattutto

Stati Uniti e Italia, cit., 194. Cfr. MOLLO, NAPOLITANO, SICCA, *Il formalismo testamentario e le tecnologie assistive per le persone con disabilità: profili giuridici e organizzativi*, cit., 116, per una piattaforma digitale interamente gestita dal notariato.

¹²⁴ Sull'utilità di questa misura, cfr. anche SASSO, *Il formalismo testamentario nell'era digitale tra Stati Uniti e Italia*, cit., 220, e D'ARMINIO MONFORTE, *La successione nel patrimonio digitale*, cit., 152.

¹²⁵ Sui nuovi sistemi tecnologici di conservazione della volontà, come forma di tutela rafforzata per il testatore, COPPOLA, *Sul contenuto, sulla scrittura e sulla conservazione del testamento olografo*, cit., 20. Sulla *blockchain* come strumento di registrazione e avvio dell'esecuzione automatica del processo successorio: D'ARMINIO MONFORTE, *La successione nel patrimonio digitale*, cit., 173 s. Nello specifico, con riguardo all'uso della *blockchain* per garantire l'immutabilità e la conoscenza di una data certa, mediante il caricamento di una fotografia dell'atto redatto a mano dal testatore, con mero valore probatorio, v. ZICCARDI, *Beni digitali e pianificazione ereditaria*, cit., 118.

¹²⁶ CICERO, *Il testamento della persona vulnerabile*, cit., 2605: «non esiste una soluzione sicura per garantire il rispetto della volontà effettiva del disponente, e la tutela del testatore fragile ben difficilmente potrà realizzarsi unicamente attraverso l'impugnazione».

tutto ai soggetti vulnerabili il testamento digitale rafforzato garantirebbe una maggiore sicurezza e stabilità della pianificazione ereditaria, la cui impugnazione comporterebbe una prova difficile. I mezzi digitali determinerebbero un minor ricorso al testamento olografo scritto di pugno dal testatore e, conseguentemente, meno contestazioni sulla scrittura o sottoscrizione, fornendo una maggiore certezza della provenienza¹²⁷ e superando i noti limiti connessi alla falsificabilità, al facile smarrimento e difficile rinvenimento nonché alla verificabilità della paternità in mancanza di scritture di comparazione¹²⁸. Il testamento digitale garantirebbe inoltre, salva la prova contraria.

Non si possono trascurare alcuni limiti del testamento digitale, con la premessa che non possono costituire un argomento idoneo ad arrestare lo sviluppo tecnico delle successioni testamentarie, posto che non esistono forme totalmente prive di imperfezioni¹²⁹.

Perché questa nuova forma testamentaria assolva allo scopo per cui è pensata è necessaria l'attualità del certificato medico, cosa che imporrebbe però al testatore di redigere nell'immediatezza del suo ottenimento le ultime volontà e di munirsi di un nuovo certificato al momento di ogni nuova revoca delle stesse. Si consideri inoltre la difficoltà che la consulenza medica accerti anche l'eventuale influenza esercitata da un altro soggetto sulla volontà del disponente.

Con il testamento digitale la garanzia dell'autenticità è trasferita dall'elemento materiale della scrittura e sottoscrizione a quello tecnico-informatico dell'identificazione. L'identificativo univoco e l'uso dei dati biometrici assicurano l'accesso esclusivo alla piattaforma, ma l'autenticità dovrebbe essere assicurata per tutta la fase della stesura delle disposizioni testamentarie. A tal proposito, se alcune perizie grafologiche consentono di approfondire anche gli stati d'animo dello scrivente e di rilevare eventuali pressioni, lo stesso accerta-

¹²⁷ In proposito, BRANCA, *Appunti sulle forme testamentarie*, cit., 28, che osserva: «non si vuol qui negare che le forme servano a richiamare il *de cuius* all'importanza dell'atto; ma si vuole sottolineare che, prima di così, la forma obbligata deriva dalla necessità di una provenienza sicura dell'atto».

¹²⁸ Cfr. COPPOLA, *Sul contenuto, sulla scrittura e sulla conservazione del testamento olografo*, cit., 18; S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, cit., 994.

¹²⁹ Cfr. CICERO, *Il problema del formalismo testamentario. Per una rivisitazione dell'olografo*, cit., 60; GIROLAMI, *I testamenti suggeriti*, cit., 568.

mento non sarebbe possibile rispetto alla compilazione e al salvataggio di un testamento digitale. A parità di difetti in punto di accertamento della paternità del contenuto documentato, l'autografia è contestabile e verificabile al contrario del testamento digitale¹³⁰. Non sarebbe consentito, in caso di impugnativa, un accertamento *ex post* della genuinità del processo volitivo che ha condotto alla formazione dell'atto testamentario. Nella prospettiva dell'introduzione di strumenti idonei alla contestabilità e verificabilità delle dichiarazioni testamentarie, potrebbe ipotizzarsi l'attivazione della videoregistrazione nella fase di redazione e salvataggio del testamento digitale. La videoregistrazione, unitamente ai sistemi di identificazione e alla conservazione in *blockchain*, potrebbe rappresentare un sistema di verifica e, quindi, di prova in sede di impugnativa.

Pur presentando inevitabili criticità, il testamento digitale rappresenta un'evoluzione coerente con le esigenze della società, nella quale la manifestazione della volontà non può più restare vincolata a modalità espressive divenute marginali nella prassi.

Nella direzione della semplificazione v'è la soluzione – non protettiva quanto il testamento digitale circondato dalle cautele che si sono appena descritte – della videoregistrazione, che, come vedremo, può essere utile ai soggetti affetti da malattia che non possono confezionare l'olografo ai sensi dell'art. 602 c.c. attraverso espressione grafica delle volontà¹³¹.

¹³⁰ Similmente, sul difetto di verificabilità *ex post* della paternità della scheda testamentaria e sulla necessità di consentire un accertamento, DELLAQUILA, *Verso un testamento olografo informatico? Prospettive e riflessioni*, cit., 231, che pure opta per una soluzione ricostruttiva diversa in tema di testamento olografo informatico. In relazione alla prescrizione dell'olografia anche ai fini della prova della corrispondenza del contenuto alla dichiarazione e come mezzo utile al controllo, si guardi a LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, cit., 143.

¹³¹ A tal riguardo si rinvia al par. 6. Sulla videoregistrazione delle disposizioni testamentarie, si vedano D'ARMINIO MONFORTE, *La successione nel patrimonio digitale*, cit., 154, che ipotizza un video-testamento, garantito dall'utilizzo di un *software* subordinato all'accesso tramite SPID e all'identificazione biometrica, sottoposto a firma del documento mediante SPID o firma elettronica e archiviato sui server del Consiglio Nazionale del Notariato o dell'intermediario accreditato; RIZZUTI, *Nuove tecnologie e formalismo testamentario: il problema del video will*, 532; SASSO, *Il formalismo testamentario nell'era digitale tra Stati Uniti e Italia*, cit., 221 ss.; in passato, in ambiente giuridico tedesco, B. GÖRGENS, *Überlegungen zur Wei-*

5.1.2. Lo scopo di un trasferimento del patrimonio programmabile attraverso strumenti agevoli e poco costosi non è raggiungibile soltanto attraverso il testamento¹³² e molti vantaggi potrebbero derivare invece dall'implementazione della contrattualità successoria¹³³. L'autonomia testamentaria¹³⁴ intesa come la facoltà riconosciuta al *de cuius* di dettare le regole della successione nel proprio patrimonio e l'assetto dei propri rapporti per il periodo successivo alla morte troverebbe trasfigurazione in una pluralità di figure negoziali, che siano o meno a causa di morte, alcune delle quali già diffuse.

Pur non essendo questa la sede per una approfondita analisi, gli atti di disposizione *inter vivos* e *mortis causa*, aventi ad oggetto la successione del disponente, imporrebbero una rivisitazione del divieto dei patti successori e l'introduzione di una disciplina tipica del contratto ereditario¹³⁵. Attraverso un contratto ereditario modellato come

terentwicklung des § 2247 BGB (Eigenhändiges Testament), in *Juristische Rundschau*, 1979, 359, che sottolinea l'anomalia del testamento registrato su disco o nastro nel panorama giuridico vigente. Verrebbe dunque completamente sovvertito il divieto del testamento nuncupativo – su cui si rinvia a TAMBURRINO, *Testamento (dir. priv.)*, cit., 497 s. –, che, nel nostro ordinamento, porta all'inesistenza dell'atto perché difetta degli elementi dello schema legislativo astratto che il legislatore ha previsto per il suo perfezionamento.

¹³² E, al di là delle riforme ipotizzate, sia incluso anche l'accurato intreccio di istituzioni e sostituzioni a cui può dare origine il testatore o alla formulazione aperta del testamento a favore di chi provveda alle cure: si guardi a tal riguardo a A.M. GAROFALO, *Testamento e vulnerabilità*, cit., 907.

¹³³ Con questa espressione si intende far riferimento al recupero sia della negozialità successoria che passa attraverso negozi *mortis causa*, come i patti successori, sia della negozialità – talvolta definita come para-successoria – che si articola in contratti a causa variabile. Cfr. A.M. GAROFALO, *Testamento e vulnerabilità*, cit., 880 ss.; M. GIROLAMI, *I testamenti suggeriti*, cit., 583, sostiene l'opportunità che l'allocatione delle ricchezze *post mortem* passi per la valorizzazione degli strumenti di «pianificazione *inter vivos* che l'ordinamento già mette a disposizione del testatore»; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, cit., 446.

¹³⁴ Cfr. R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, cit., 517 ss., e, nello specifico, V. BARBA, *Tendenze del e nel diritto successorio italiano*, cit., 1.

¹³⁵ Sulla *ratio* del divieto, si veda *in primis* L. COVIELLO, *Corso completo del diritto delle successioni*, I, cit., 100-112. Cfr. poi ST. CORSO, *Patti sulle successioni future e futuro della persona. La pianificazione patrimoniale per l'età anziana*, cit., 56 ss.; B. CONCAS, *I patti successori tra ratio del divieto e possibile utilità di una rinun-*

patto successorio istitutivo o rinunciativo – purché coinvolgente anche quest'ultimo la volontà del titolare dei diritti –, non verrebbe ampliata la libertà di disposizione della successione né sminuita la centralità del testatore, ma si realizzerebbe, prima dell'apertura della successione, l'obiettivo di una pianificazione stabile dell'assetto futuro dei rapporti¹³⁶. La libertà di disposizione dei propri beni troverebbe comunque il limite della tutela dei legittimari, i quali, anche ove siano parti contrattuali, proprio perché il patto è da intendersi come *mortis causa*, manterrebbero l'azione di riduzione per vedere accresciuta la porzione spettante rispetto a quella programmata in ragione di un incremento del patrimonio o per ridurre le eventuali disposizioni testamentarie in contrasto con il contenuto del contratto successorio e gli atti gratuiti dispositivi del patrimonio che è stato oggetto della pattuizione e che andrà a costituire la massa ereditaria¹³⁷.

cia anticipata, in C. CICERO (a cura di), *Per un nuovo diritto successorio*, cit., 59 ss.; G. AMADIO, *Contrattualità successoria*, in *Enc. dir., I tematici*, I, *Contratto* diretto da G. D'AMICO, Giuffrè, Milano, 2021, 489; P. PERLINGIERI, *Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive*, cit., 318. Sull'opportunità del contratto successorio, si vedano anche C. CICERO, *Sulla progressiva erosione del divieto di patti successori*, in *Riv. notariato*, 1, 2025, 165; S. PATTI, *Invalidità del testamento olografo per mancanza di volontà: non occorre la prova di mezzi fraudolenti*, cit., 1066; IEVA, *Appunti per una lezione sulla devoluzione contrattuale dell'eredità*, cit., 109 ss. Sul contratto successorio di diritto tedesco (*Erbvertrag*), si veda F. AZZARRI, *Il contratto successorio*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2023, 127 ss. Sul sistema francese dei patti successori, cfr. AMADIO, *op. cit.*, 496 ss.

¹³⁶ Cfr. CONCAS, *I patti successori tra ratio del divieto e possibile utilità di una rinuncia anticipata*, cit., 83. Si eviterebbe quindi la «frammentazione» della vicenda successoria in mille fasi che più facilmente sfuggirebbero a quei meccanismi di riequilibrio patrimoniale», come rileva IEVA, *Appunti per una lezione sulla devoluzione contrattuale dell'eredità*, cit., 94.

¹³⁷ Trattandosi di atto *mortis causa* e non produttivo di effetti immediati, colui che dispone della delazione potrebbe dissipare in vita il patrimonio che è stato oggetto del contratto successorio e che andrà a costituire il patrimonio ereditario, che risulterà insufficiente a soddisfare i diritti dei riservatari. Per i beni immobili oggetto di contratto ereditario si potrebbe pensare a sistemi di trascrizione, ma i legittimari perderebbero qualsiasi tutela rispetto ad atti di disposizione del patrimonio mobiliare se non fosse prevista un'azione di riduzione al fine di reintegrare la quota di legittima. Sulle criticità del contratto ereditario si veda ST. CORSO, *Patti sulle successioni future e futuro della persona. La pianificazione patrimoniale per l'età anziana*, cit., 79, spec. nt. 156. Si consideri, ad esempio, che anche in Austria, dove

La bilateralità e l'immediata obbligatorietà implicherebbero l'irrevocabilità del negozio¹³⁸, che potrebbe certamente sciogliersi per mutuo consenso senza destare particolari problemi applicativi. Nella costruzione del regolamento pattizio le parti potrebbero anche inserire una clausola di recesso convenzionale. Tuttavia, sarebbe quanto meno opportuna la previsione e la disciplina di un recesso legale, da intendersi come facoltà unilaterale del disponente. Alla base della regolamentazione del recesso legale si porrebbe però una scelta di politica legislativa, volta a dare preminenza alla salvaguardia della libertà testamentaria o, in alternativa, alla stabilità della pianificazione. Se si propendesse per lasciare massimo spazio alla libertà testamentaria, le disposizioni convenzionali potrebbero essere riviste dal disponente anche attraverso il negozio testamentario e il recesso stesso sarebbe dunque concepito come recesso *ad nutum*, in modo che il contratto ereditario si conformi a una logica di pianificazione dinamica che può essere aggiornata o modificata nel tempo in base al cambiamento delle esigenze individuali e dei legami affettivi¹³⁹. Questa impostazione andrebbe in opposizione alla finalità di una maggiore stabilità e la scelta legislativa potrebbe allora tendere alla configurazione del contratto come nuova fonte della delazione, stabile e insuscettibile di revoca per mezzo delle successive disposizioni testamentarie¹⁴⁰, modificando l'art. 457 c.c. e ammettendo una limitazione volontaria della libertà testamentaria che diviene tanto più intensa quanto più la disposizione convenzionale viene anticipata nel corso della vita. Al tempo stesso, una contrattazione *mortis causa* dovrebbe considerare il mutamento di talune circostanze, come la sopravvenienza di figli o il cambiamento rilevante dell'assetto del pa-

è disciplinato il contratto successorio tra coniugi, il § 1252 ABGB prevede che il contratto successorio non impedisce a una parte contraente di disporre liberamente del patrimonio durante la vita; oppure, similmente, il § 2286 BGB dispone che il contratto successorio non limita il diritto del testatore di disporre del proprio patrimonio mediante atti giuridici tra vivi, pur prevedendo rimedi *ad hoc*.

¹³⁸ Cfr. CARICATO, *La solitudine del testatore anziano*, cit., 556.

¹³⁹ Cfr. FAZIO, *Testamenti suggeriti e strumenti di pianificazione patrimoniale a tutela delle persone fragili*, cit., 551; A.M. GAROFALO, *Testamento e vulnerabilità*, cit., 910 s.

¹⁴⁰ Conf. § 2289 BGB.

trimonio. La soluzione potrebbe ravvisarsi nel prevedere e disciplinare – accanto al mutuo consenso e al recesso convenzionale – un’ipotesi di recesso legale del solo disponente, subordinato all’esistenza di gravi motivi¹⁴¹.

La pianificazione ereditaria può essere organizzata anche attraverso contratti idonei a realizzare un’anticipazione degli effetti della delazione a un periodo in cui il testatore è ancora in vita ed è disposto a privarsi dei suoi beni in modo irrevocabile e con effetti immediati o solo condizionati all’evento morte¹⁴². Similmente a quanto av-

¹⁴¹ Conf. § 2294 e 2295 BGB.

¹⁴² Si tratta di «strumenti di pianificazione negoziale *inter vivos* già presenti nell’ordinamento», su cui FAZIO, *Testamenti suggeriti e strumenti di pianificazione patrimoniale a tutela delle persone fragili*, cit., 551 s. A questi fini si fa riferimento quindi a «strumenti pattizi con caratteristiche peculiari ma uniti dalla comune funzione pratica di regolare un passaggio generazionale di diritti per via contrattuale al di fuori del perimetro del diritto successorio in senso stretto (ma non del fenomeno successorio *tout court*)»: così, G. ZANCHI, *Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori*, in *Jus civile*, 10, 2013, 720. Un contratto, anche diretto a regolare una situazione *post mortem*, destinato a produrre effetti immediati, pure preliminari o prodromici, «cessa di essere un atto a causa di morte»: cfr. CICERO, *Sulla progressiva erosione del divieto di patti successori*, cit., 164. Qualora invece il contratto persegua una funzione *lato sensu* successoria, si applicheranno alcune norme relative al testamento: così, G. PERLINGIERI, *Invalidità delle disposizioni «mortis causa» e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, cit., 139. A fini esemplificativi, tra gli schemi contrattuali più utilizzati per conseguire l’effetto della trasmissione dei beni, anticipando la successione *mortis causa*, con l’eventuale obiettivo contestuale di programmare l’assistenza personale che si riveli occorrente, possono annoverarsi: il contratto a favore di terzo con prestazione da effettuarsi dopo la morte dello stipulante in cui vi rientra il contratto di assicurazione sulla vita a favore di terzo, la rendita vitalizia anche a favore di terzi *ex art.* 1875 c.c.; il contratto atipico di mantenimento vitalizio in forza del quale una parte si obbliga, in corrispettivo del trasferimento (o della promessa di trasferimento) di un bene o della cessione di un capitale, a prestare l’assistenza occorrente al trasferente sottoponendosi all’alea della durata della vita di quest’ultimo; il trust per atto *inter vivos* e il trust testamentario; l’atto di destinazione per interessi meritevoli di tutela *ex art.* 2645-ter c.c.; il deposito bancario con intestazione del libretto di risparmio nominativo a un terzo che acquista il diritto di prelievo solo alla morte del costituente, il quale si riserva la facoltà di disporre della somma depositata; il contratto di assicurazione contro il rischio di non autosufficienza. Su questi aspetti, si leggano ST. CORSO, *Patti sulle successioni future e futuro della persona. La pianificazione patrimoniale per l’età anziana*, cit., 48 ss.; F. PES, *L’assicurazione contro il rischio di non autosufficienza nel sistema delle assicurazioni della salute*, in *Assicura-*

venuto per il patto di famiglia ai fini del passaggio intergenerazionale dell'impresa¹⁴³, sarebbe utile una disciplina legale della anticipazione della successione come piano distributivo delle ricchezze al quale siano chiamati a partecipare i potenziali legittimari, assegnatari e non assegnatari, ed esente da riduzione e collazione¹⁴⁴. Un tale contratto darebbe nuovo vigore alla disciplina della successione familiare e, in particolare, a quella dei legittimari, che ha perso nel tempo gran parte della sua originaria funzione solidaristica. La successione necessaria sarebbe destinata a operare prima e in soddisfazione di bisogni realmente esistenti¹⁴⁵. L'assegnazione di beni che anticipa la

zioni, 4, 2021, 595; L. DI COSTANZO, *Trust mortis causa/post mortem/inter vivos: tutela dei soggetti deboli e protezione della quota di legittima*, in *Comparazione dir. civ.*, 3, 2021, 827 ss.; M. TAMPONI, *Nel diritto della terza età*, Rubbettino, Catanzaro, 2021, *passim*; A.M. GAROFALO, *A proposito di riforma del diritto successorio*, cit., 116; GIROLAMI, *I testamenti suggeriti*, cit., 583; G. OBERTO, *La pianificazione successoria tra conviventi e rispetto ai soggetti legati da vincoli affettivi e di sangue*, in AA.Vv., *Le "nuove famiglie" e la parificazione degli status di filiazione ad opera della L. 219/2012. Atti dei Convegni Milano, 7 marzo 2014, Bolzano, 21 marzo 2014, Salerno, 13 giugno 2014*, Gruppo24Ore, Milano, 2015, 37.

¹⁴³ Sull'argomento, G. RECINTO, *Il patto di famiglia*, in R. CALVO, G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, ESI, Napoli, 2013, 671 ss.

¹⁴⁴ In questo senso, A.M. GAROFALO, *A proposito di riforma del diritto successorio*, cit., 119. È però del tutto plausibile che le persone non vogliano o non possano privarsi in vita dei beni di cui dispongono per programmare una anticipazione successoria o non vogliano modificare la delazione in favore di alcuno (EVA, *Apunti per una lezione sulla devoluzione contrattuale dell'eredità*, cit., 103). Di qui la necessità di riformare comunque il diritto successorio sotto il profilo del formalismo testamentario e sotto il profilo delle quote di legittima. Come nota AMADIO, *Contrattualità successoria*, cit., 498: «laddove la deroga diviene oggetto di un accordo, si scontrano senz'altro "costi transattivi, ma si riduce [drasticamente] il rischio di contenzioso"».

¹⁴⁵ RESCIGNO, *Ultime volontà e volontà della forma*, cit., 659 s., constatava la «crisi dei meccanismi legali della successione a causa di morte, a vantaggio di espedienti o di istituti che si risolvono nella speditezza e nella minore onerosità fiscale del trasferimento di diritti e di obblighi; o precedono ed accompagnano la revisione degli istituti propri della successione c.d. necessaria dei familiari cui è riservata una quota di beni o di diritti». Sul punto, si vadano poi CONCAS, *I patti successori tra ratio del divieto e possibile utilità di una rinuncia anticipata*, cit., 87; A.M. GAROFALO, *Testamento e vulnerabilità*, cit., 882; ID., *A proposito di riforma del diritto successorio*, cit., 99, 108; NOCERA, *Per una maggiore autonomia testamentaria nella prospettiva di una biunivoca solidarietà endofamiliare*, cit., 316-319; AMADIO, *Contrattualità*

successione si allineerebbe alla funzione assistenziale riconosciuta agli istituti cardine del diritto di famiglia, improntata ai principi di solidarietà economica e di autoresponsabilità, la cui effettiva utilità cessa quando nel concreto, in ragione dell'allungamento della vita media, gli eredi che si trovano a succedere siano già essi stessi in età avanzata ed economicamente indipendenti.

Qualsiasi strumento contrattuale offre poi strumenti di verifica reciproca tra i contraenti, sia nei termini di un controllo sulla formazione della volontà, sia nei termini dell'assistenza legale professionale di cui ciascuno può avvalersi ai fini della redazione del patto¹⁴⁶, anticipando a un momento in cui il testatore è ancora in vita il contenzioso sull'incapacità, sui vizi del volere, sui requisiti formali¹⁴⁷.

6. Negli ultimi decenni, gli studi evidenziano che diverse malattie neurologiche stanno diventando più frequenti e alcune di queste patologie colpiscono persone giovani o in età adulta precoce, non solo gli anziani¹⁴⁸. Parallelamente, sono comuni alcune condizioni che limitano il pieno uso del linguaggio, della scrittura o della motricità fine e, sebbene la relazione sia eterogenea, non sono sempre associate a un declino cognitivo globale né compromettono necessariamente funzioni come memoria, attenzione, ragionamento astratto, orientamento, giudizio¹⁴⁹.

successoria, cit., 487; A. NATALE, *In tema di autonomia privata nel diritto ereditario*, in *Fam. pers. succ.*, 10, 2011, 654.

¹⁴⁶ A.M. GAROFALO, *A proposito di riforma del diritto successorio*, cit., 117.

¹⁴⁷ Cfr. SPATUZZI, *Le ultime volontà del testatore anziano e vulnerabile*, cit., 216, che vede il vantaggio nell'immediata emersione del vizio, senza il rischio di ricostruzioni della volontà dopo la morte del *de cuius*. Similmente, GIROLAMI, *I testamenti suggeriti*, cit., 583.

¹⁴⁸ Ad esempio, ricerche condotte in Danimarca dimostrano l'aumento significativo di ictus ischemico nei giovani adulti: v. M. TIBÆK, C. DEHLENDORFF, H.S. JØRGENSEN, H.B. FORCHHAMMER, S.P. JOHNSEN, L.P. KAMMERSGAARD, *Increasing Incidence of Hospitalization for Stroke and Transient Ischemic Attack in Young Adults: A Registry-Based Study*, in *J. Am. Heart Assoc.*, 2016.

¹⁴⁹ Si pensi a condizioni gravi di disgrafia o afasia e ai disturbi motori del parlato come la disartria. Nota nella letteratura accademica la decisione del Trib. Varese, 12 marzo 2012 (decr.), in *Nuova giur. civ. comm.*, 9, 2012, 779 ss., con nota di

Le norme codicistiche non sono del tutto adeguate alla tutela della libertà testamentaria del soggetto che, sebbene pienamente capace di intendere e di volere e munito della capacità legale, abbia disfunzioni o disturbi ostativi all'uso della comunicazione verbale o scritta. Il testamento olografo non è infatti una forma testamentaria utilizzabile da tutti coloro che abbiano la capacità di testare. In base all'art. 606 c.c., il testamento olografo è infatti nullo se manca l'autografia o la sottoscrizione e il testamento per atto notarile è nullo se manca la redazione per iscritto da parte del notaio delle dichiarazioni del testatore o la sottoscrizione dell'uno o dell'altro. Il testamento pubblico può difettare di sottoscrizione quando il testatore non è in grado sottoscrivere o può farlo solo con grave difficoltà, dichiarandone la causa al notaio, il quale deve menzionarla prima della lettura dell'atto.

Nei casi in cui non sia possibile confezionare un testamento olografo, scritto datato e sottoscritto dal testatore, questi dovrebbe dichiarare le sue volontà a un notaio, secondo il disposto dell'art. 603, co. 2, c.c.¹⁵⁰. Rispetto alle condizioni che implicano una contestuale afasia, la disposizione dovrebbe però prestarsi a una interpretazione in chiave evolutiva e costituzionalmente orientata, di modo che la di-

S. LANDINI, *Autonomia testamentaria dei soggetti beneficiari di amministrazione di sostegno e formalismo degli atti di ultima volontà*, e, in senso critico, di C. SGOBBO, *Capacità e modalità di testare nelle persone affette da SLA. Fra necessità di tutela ed esigenze dell'ordinamento: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2, 2013, 349 ss., e di V. BARBA, *Testamento olografo scritto di mano dal curatore del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in *Fam. pers. succ.*, 6, 2012, 436 ss., circa il caso di un paziente affetto da sclerosi laterale amiotrofica (SLA), pienamente capace di intendere e di volere, ammesso a fare testamento dettando le proprie volontà tramite comunicatore oculare all'amministratore di sostegno. Secondo il giudice tutelare, imporre la perdita della facoltà di testare a causa della malattia determinerebbe una discriminazione fondata sulla disabilità. In merito, v. anche B. GREGORINI, *L'autonomia testamentaria dei soggetti vulnerabili*, in *Familia*, 30 gennaio 2024; PRISCO, *Amministrazione di sostegno e atti personalissimi*, cit., 79-82, secondo cui sarebbe stato più garantista precludere il testamento olografo, e GORGONI, *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, cit., 167 ss.

¹⁵⁰ Così, A.A. MOLLO, D. NAPOLITANO, L.M. SICCA, *Il formalismo testamentario e le tecnologie assistive per le persone con disabilità: profili giuridici e organizzativi*, in *EJPLT*, 2, 2022, 105. In queste circostanze, secondo NARDI, *La capacità di disporre per testamento. Il caso dell'«incapacità mite»*, cit., 1038, è comunque auspicabile l'intervento del notaio per la confezione di un testamento pubblico.

chiarazione resa al notaio ricomprenda anche forme non verbali di manifestazione della volontà mediante supporti tecnologici¹⁵¹ e divenga possibile la formazione di un testamento pubblico sottoscritto con un dispositivo di firma digitale¹⁵². Allo stesso modo, il soggetto che sia colpito da una patologia incidente soltanto sull'uso del linguaggio, che possa esprimersi con strumenti di sintesi vocale, dovrebbe poter disporre *mortis causa* per atto notarile. Si ritiene che queste possano essere le conclusioni anche quando il testatore sia un beneficiario di amministrazione di sostegno, non potendosi ammettere un'autorizzazione giudiziale alla rappresentanza o assistenza in ragione del carattere personale e unipersonale del testamento¹⁵³.

¹⁵¹ Questi sono peraltro i risultati della rilettura condotta dall'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, commentati da S. METALLO, *Il superamento degli artt. 56 e 57 legge notarile nelle ipotesi di disabilità sensoriale. L'accomodamento ragionevole come strumento interpretativo delle nuove realtà comunicative e di partecipazione ai segmenti di vita delle persone fragili e vulnerabili*, in *Biblioteca della fondazione italiana del notariato*, 1, 2025, 35 ss.: si afferma l'equiparabilità tra dichiarazione verbale e l'espressione realizzata tramite gesti e movimenti mediante utilizzo di strumenti tecnologici, come il puntatore oculare e il sintetizzatore vocale. In questo senso, si legga anche MOLLO, *Il testatore vulnerabile e le esigenze di rinnovamento delle norme sulla successione a causa di morte a tutela dei diritti delle persone con disabilità: il testamento digitale videoregistrato*, cit., 681, e, in giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 24 febbraio 2015 (decr.); Trib. Venezia, 11 aprile 2017 (decr.), su cui v. ancora GREGORINI, *L'autonomia testamentaria dei soggetti vulnerabili*, cit. I recenti sviluppi delle neuroscienze hanno portato alle *Brain-Computer Interfaces* che sfruttano i segnali biometrici cerebrali, collegati all'attività dell'encefalo, per instaurare forme avanzate di *Augmentative Alternative Communication* a vantaggio di individui non in grado di esprimersi né con la fonazione né con il compimento di alcun atto motorio percepibile. Su questo tema, ampiamente F.G. PIZZETTI, *Libertà di autodeterminazione e protezione del malato nel «Brain-Computer interfacing»: un nuovo ruolo per l'amministratore di sostegno?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 2011, 31 ss. Secondo l'A., peraltro, queste tecnologie in grado di tradurre «atti di tipo esclusivamente mentale» implicano un nuovo ruolo dell'amministratore di sostegno, di protezione dell'individuo rispetto al dispositivo neurotecnologico.

¹⁵² Su questo aspetto, GREGORINI, *L'autonomia testamentaria dei soggetti vulnerabili*, cit.

¹⁵³ Sul punto, ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, cit., 32, per cui «il principio della personalità del negozio testamentario è assoluto, e pertanto non soffre alcuna eccezione. Esso riguarda sia la rappresentanza *volontaria* che la rappresentanza *legale*. La incapacità negoziale in materia testamentaria assume pertanto

Se questi approdi sono raggiungibili attraverso l'interpretazione, la vulnerabilità potrebbe funzionare come criterio di riforma per un diritto successorio più inclusivo e coerente con la centralità della persona e con i valori fondamentali dell'ordinamento. Non si nega dunque l'utilità di un largo intervento legislativo che recepisca i risultati degli interpreti e garantisca l'uniformità: la riforma potrebbe passare attraverso la modifica dell'art. 603, co. 4, c.c. e degli artt. 56 ss. della legge notarile in modo che anche per le persone impossibilitate ad esprimersi graficamente e/o verbalmente a causa di disturbi o disfunzioni sia prevista l'osservanza di formalità adeguate specificamente disposte a somiglianza di quelle dettate per il testamento pubblico del muto, sordo o sordomuto¹⁵⁴. A questo proposito, degli elementi di novità potrebbero trarsi dall'esperienza spagnola, interessata da una recente riforma che ha introdotto la nuova figura del 'supporto notarile': la persona con disabilità può fare testamento quando, a giudizio del notaio, può comprendere la portata

un carattere di irrimediabilità sino a che perdura lo stato di incapacità del soggetto». Diversamente, Trib. Varese, 12 marzo 2012 (decr.), cit., in cui un curatore era stato autorizzato a trascrivere, in «rappresentanza sostitutiva», le volontà autonomamente espresse da un beneficiario dell'amministrazione di sostegno mediante comunicatore oculare; Trib. Forlì, 27 settembre 2007 (decr.), in *Riv. notariato*, 1, 2010, 261 ss., con nota di M. AGRESTA, *La necessaria solitudine del testatore*, in cui l'amministratore di sostegno era stato autorizzato ad assistere il beneficiario nella redazione del testamento pubblico. Secondo Cass. civ., 15 gennaio 2024, n. 1431, in *Dir. fam. pers.*, 2, 2024, 567 ss., con nota di G.A. PARINI, *Il testamento olografo della persona cieca: riflessioni sulla rilevanza della forma e interferenze di soggetti terzi*, risultano rispettati i requisiti dell'autografia del testamento nel caso di supporto prestato nell'individuazione del rigo e posizionamento della mano, quando non emerge un disegno più ampio teso alla coartazione della volontà del testatore.

¹⁵⁴ Si veda quanto sostenuto da SGOBBO, *Capacità e modalità di testare nelle persone affette da SLA. Fra necessità di tutela ed esigenze dell'ordinamento*, cit., 349 ss. Non si ritiene, invece, che l'osservanza delle formalità riservate a muti, sordi o sordomuti nei riguardi dei testamenti pubblici di altri soggetti affetti da disfunzioni o disturbi possa ricavarsi per analogia, al contrario di quanto pare leggersi in GREGORINI, *L'autonomia testamentaria dei soggetti vulnerabili*, cit., che pure mette in luce le differenze. A negare la possibilità di analogia, oltre alla mancanza di un caso simile, concorre per giunta l'eccezionalità delle disposizioni della legge notarile (v. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, ESI, Napoli, 1999, 48). Sulla diversità del caso del soggetto malato di SLA (e quindi sul difetto di «*eadem ratio*») si esprime anche Trib. Venezia, 11 aprile 2017 (decr.), cit.

delle sue disposizioni e manifestarle; il notaio assicura che il disponente sviluppi il proprio processo decisionale supportandolo nella comprensione e nel ragionamento e facilitando, con gli adeguamenti che si rendono necessari, l'espressione della volontà¹⁵⁵.

Nel rigido formalismo testamentario, rimasto pressoché invariato nel tempo, che impone di testare nelle forme del testamento olografo, pubblico o segreto, è poi necessario un intervento del legislatore per assicurare una forma alternativa a quella olografa che risulta inibita dalle condizioni di salute, in grado di rassicurare sotto il profilo della paternità delle disposizioni e che sia ugualmente rapida, diretta e immediata. Si potrebbe investire, ad esempio, sulla videoregistrazione delle dichiarazioni verbali o rese tramite supporto, in privata sede e senza l'assistenza del pubblico ufficiale¹⁵⁶. Senza una riforma normativa, nessun rilievo potrebbe avere la videoregistrazione dell'atto di testare, quantunque in forma pubblica¹⁵⁷. Maggiori investimenti potrebbero portare invece alla creazione di un'unica

¹⁵⁵ L'istituto di nuovo conio (v. artt. 663 e 665 del Codice civile spagnolo) è criticato da NARDI, *La capacità di disporre per testamento. Il caso dell'«incapacità mite»*, cit., 1035, se applicato in riferimento a qualunque disabilità e in quanto inconfidente rispetto alla questione dell'incapacità di testare.

¹⁵⁶ Cfr. M. RINALDO, *L'esigenza di stabilità nella pianificazione ereditaria*, cit., 323; RIZZUTI, *Nuove tecnologie e formalismo testamentario: il problema del video will*, cit., 529; MOLLO, *Il testatore vulnerabile e le esigenze di rinnovamento delle norme sulla successione a causa di morte a tutela dei diritti delle persone con disabilità: il testamento digitale videoregistrato*, cit., 689 s.; ZICCARDI, *Beni digitali e pianificazione ereditaria*, cit., 105.

¹⁵⁷ La dichiarazione orale che ha trovato rappresentazione su un supporto durevole dovrebbe essere considerata come testamento nuncupativo, dando luogo a un testamento non inesistente ma nullo per difetto di forma ed eventualmente suscettibile di conferma (cfr. S. LANDINI, *Testamento nuncupativo e nuove tecnologie*, in *Le Corti fiorentine*, 3, 2019, 141). Su questo aspetto e sulla possibile rilevanza probatoria della videoregistrazione, si legga RIZZUTI, *Nuove tecnologie e formalismo testamentario: il problema del video will*, cit., 535-538, e ZICCARDI, *Beni digitali e pianificazione ereditaria*, cit., 113. Negli Stati Uniti, il testamento filmato ha valore probatorio negli Stati dell'Indiana (§ 29-1-5-3.2 del Codice dell'Indiana) e della Louisiana (art. 2904 del Codice di procedura civile): cfr., sul tema, M. GRONDONA, *Il testamento filmato negli Stati Uniti*, in AA.VV., *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile. Atti dei Convegni Roma, 18 marzo 2016 - Genova, 27 maggio 2016 - Vicenza, 1 luglio 2016*, cit., 228 ss.

piattaforma per la redazione di testamenti digitali, integrante appositi strumenti che consentano la più ampia accessibilità¹⁵⁸.

Si ritiene infatti che la persistente mancanza di strumenti idonei a dare ausilio alle persone in stato di debolezza dovuto alla malattia e le disparità esistenti nel compimento di atti di ultima volontà non siano in linea con il dettato costituzionale¹⁵⁹, trasformando «in inabile e bisognosa di assistenza una persona che, invece, sarebbe in grado, con propri mezzi, di provvedere a compiere una determinata attività»¹⁶⁰. La mancanza di «accomodamenti ragionevoli» utili a garantire il godimento dei diritti alle persone con disabilità, anche mediante adeguate alternative, e gli aggravii procedurali rappresentano una ragione di illegittimità ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost., dell'art.

¹⁵⁸ Cfr. *supra*, par. 5.1.1.

¹⁵⁹ Ravvisano una discriminazione fondata sulla disabilità anche MOLLO, *Il testatore vulnerabile e le esigenze di rinnovamento delle norme sulla successione a causa di morte a tutela dei diritti delle persone con disabilità: il testamento digitale videoregistrato*, cit., 682; EAD., NAPOLITANO, SICCA, *Il formalismo testamentario e le tecnologie assistive per le persone con disabilità: profili giuridici e organizzativi*, cit., 106. Cfr. Trib. Varese, 12 marzo 2012, cit.: «il paziente gode del diritto a comunicare le sue volontà ed ha anche diritto a che le stesse siano rese effettive, nel senso che, in caso di impossibilità di accesso alle forme previste dalla Legge per beneficiare di taluni Diritti, siano introdotte misure per evitare l'impasse e, quindi, la discriminazione in base alla malattia». Di contrario avviso sembra V. BARBA, *Testamento olografo scritto di mano dal curatore del beneficiario di amministrazione di sostegno*, cit., 445, per cui la disparità di trattamento non è generata dalla malattia, bensì dalla concreta abilità dello scrivere, in mancanza della quale non è possibile il testamento olografo ma restano adoperabili le altre forme ordinarie.

¹⁶⁰ Il riferimento è a Corte cost., 23 gennaio 2025, n. 3, in cui si legge: la «dinamica normativa contrasta con il principio personalista (art. 2 Cost.), che impone di rilevare che la dignità umana è compromessa ogni volta in cui è lo stesso ordinamento giuridico che trasforma, in forza di un suo divieto o di una sua previsione, in inabile e bisognosa di assistenza una persona che, invece, sarebbe in grado, con propri mezzi, di provvedere a compiere una determinata attività». Si valuti la possibilità di cogliere un'identità di *ratio* tra la fattispecie in esame e questa recente pronuncia di illegittimità costituzionale riguardante le disposizioni in materia elettorale nella parte in cui non prevedono per l'elettore che non sia in grado di apporre una firma autografa per certificata impossibilità derivante da un grave impedimento fisico la possibilità di sottoscrivere un documento informatico con firma elettronica qualificata, a cui è associato un riferimento temporale validamente opponibile ai terzi.

11 Cost. in riferimento alla contrarietà con l'art. 26 CDFUE, nonché dell'art. 117 Cost. per violazione degli artt. 4 e 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità¹⁶¹.

Abstract

L'attuale disciplina successoria si confronta con un contesto sociale profondamente mutato che impone un'indagine sulla tenuta sistematica delle forme testamentarie e sull'apertura del sistema alle tecnologie. Il saggio si concentra, nello specifico, sulla condizione del testatore vulnerabile e ricostruisce le prescrizioni di forma nonché le soluzioni giurisprudenziali che limitano la sua libertà di autodeterminazione in quanto incapaci di adattarsi a situazioni esistenziali complesse e non disposte a cogliere le fragilità della persona. Attraverso un approccio costituzionalmente orientato, la ricerca mira a contribuire alla definizione di un diritto successorio più inclusivo e coerente con la centralità della persona. Vengono così delineati nuovi strumenti per circondare di garanzie l'atto di disposizione dei beni e rafforzare altresì l'autonomia privata nella regolazione della successione.

The current framework of inheritance law faces a profoundly transformed social context that requires an analysis of the systematic coherence of testamentary forms and an assessment of the opening of the system to technologies. The essay focuses specifically on the condition of vulnerable testators and reconstructs the formal requirements and jurisprudential solutions that constrain their freedom of self-determination, as they are unable to adapt to complex existential situations and fragility of the individual. Through a constitutionally informed approach, the research aims to contribute to the definition of a more inclusive inheritance law that is consistent with the centrality of the individual. New instruments are thus outlined to surround the act of disposing of assets with guarantees and also to strengthen private autonomy in the regulation of succession.

¹⁶¹ La Convenzione è stata ratificata dall'Italia e dall'Unione europea che l'ha resa parte del quadro costituzionale europeo. Sul carattere programmatico o immediatamente precettivo delle disposizioni della Convenzione, da valutarsi di volta in volta, v. F. SEATZU, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Litigation under EU Law*, in *Riv. dir. dell'Unione europea*, 3, 2024, 549. Sull'interpretazione di «accomodamento ragionevole» da parte della CGUE, si veda Corte giust. UE, 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, in *curia.europa.eu*.

ANDREA LOI

PER UNA FENOMENOLOGIA DELL'AGIRE ANTINOMOGENICO

SOMMARIO: 0. Due domande sulla relazione fra comportamento ed esistenza di norme. – 1. Prima domanda: “Come può l’esistenza di norme condizionare un comportamento?”. – 2. Seconda domanda: “Come può un comportamento condizionare l’esistenza di norme?”. – 3. Agire contro la genesi di una norma – 4. Un’ipotesi di nomotropismo *am Phantasma*: l’agire antinomogenico. – 5. Quattro tesi sulla natura dell’agire antinomogenico. – 6. Conclusioni.

0. Viviamo in un mondo di norme, e pertanto il nostro comportamento è dalle norme profondamente condizionato. Così scrive Norberto Bobbio in apertura della sua *Teoria della norma giuridica* (1958):

La nostra vita si svolge in un mondo di norme. Crediamo di essere liberi, ma in realtà siamo avvolti in una fittissima rete di regole di condotta, che dalla nascita sino alla morte dirigono in questa o quella direzione le nostre azioni. La maggior parte di queste regole sono diventate ormai tanto consuete che non ci accorgiamo più della loro presenza. Ma se osserviamo un po’ dall’esterno lo sviluppo della vita di un uomo attraverso l’attività educatrice compiuta su di lui dai suoi genitori, dai suoi maestri e via scorrendo, ci rendiamo conto che egli si sviluppa sotto la guida di regole di condotta¹.

V’è una domanda che è stata molto indagata nella filosofia (e nella sociologia) della norma: in che modo l’esistenza di norme può

¹ N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1958, pp. 3-4.

condizionare un comportamento? Ma questa non è l'unica possibile domanda sulla relazione fra comportamento e norme. Ecco una seconda domanda che ha guidato indagini filosofiche e sociologiche sulla norma: come può un comportamento condizionare l'esistenza di norme?

V'è forse un'interazione fra queste domande che può illuminare forme di comportamento normativo che finora non sono state indagate. È all'indagine di questi fenomeni che il presente lavoro è dedicato.

1. Questa prima domanda è al centro della teoria del comportamento normativo. Ad essa ha profondamente contribuito un'indagine, inaugurata da Amedeo Giovanni Conte e Paolo Di Lucia, relativa ai fenomeni del nomotropismo e dell'operanza di norme. Essi osservano che una norma può essere operante sull'azione (può condizionare l'azione) anche in assenza di un comportamento conforme alla norma, anche se non v'è adempimento². Simmetricamente, non v'è coincidenza fra l'agire in adempimento di una norma e l'agire in funzione di una norma: è possibile agire in funzione di una norma senza adempierla. Per designare questo fenomeno (l'agire *in-funzione-di* norme), Conte conia il termine 'nomotropismo', sul modello

² Paolo Di Lucia distingue, all'interno della teoria dell'efficacia di norme, l'efficacia intesa come *conformità* tra norma e azione dall'efficacia intesa come *operanza* della norma sull'azione. In questa ricostruzione, secondo la prima concezione dell'efficacia (che Di Lucia ascrive, per esempio, ad Hans Kelsen), l'adempimento di una norma è, ad un tempo, condizione necessaria e sufficiente di efficacia di quella norma. La seconda concezione dell'efficacia, invece, illumina la tesi secondo cui l'adempimento di una norma non sia né condizione necessaria né condizione sufficiente di efficacia di quella norma (secondo Di Lucia, può esservi efficacia senza adempimento e, simmetricamente, adempimento senza efficacia, come nel caso di chi adempia una norma in modo del tutto fortuito o casuale). Da questa seconda concezione dell'efficacia (efficacia come *operanza* di norme sull'azione) consegue che i confini del fenomeno dell'efficacia di norme non coincidano con i confini proiettati dalla prima concezione dell'efficacia (efficacia come adempimento, o *conformità* tra norma e azione). Cfr. P. DI LUCIA, *Agire secondo una norma, agire per una norma, agire in funzione di una norma*, in *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, a cura di P. COMANDUCCI e R. GUASTINI, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 37-45; P. DI LUCIA, *Agire in-funzione-di norme*, in A.G. CONTE, P. DI LUCIA, A. INCAMPO, G. LORINI, e W. ŻELANIEK, *Ricerche di Filosofia del diritto*, a cura di L. PASSERINI GLAZEL, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 164-178.

di termini scientifici come 'eliotropismo' o 'geotropismo'³. Come un girasole si orienta fototropicamente in base alla luce del Sole, e le radici delle piante si orientano geotropicamente in base alla forza di gravità, così nel caso del nomotropismo un agente si orienta in funzione di norme.

La fenomenologia del nomotropismo è molto ricca. Un primo esempio, che Conte rintraccia in Max Weber⁴, riguarda l'agire di un ladro che cerchi di occultare le proprie azioni: sul comportamento furtivo del ladro sono operanti regole (le regole che sanzionano penalmente il furto) senza però che egli si conformi ad esse. Infatti, se il ladro non fosse condizionato da quelle regole, non avrebbe ragione di comportarsi furtivamente.

³ Il termine deriva dall'unione del sostantivo greco νόμος 'nómos' (norma) e del verbo greco τρέπω 'trépo' (volgersi, dirigersi). Esiste ormai una vasta letteratura sul concetto di nomotropismo. Cfr. A.G. CONTE, *Nomotropismo: agire in funzione di regole*, in *Sociologia del diritto* 27, 1, 2000, pp. 1-27; A.G. CONTE, *Nomotropismo del baro: nove paradossi*, in A.G. CONTE, *Sociologia filosofica del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 57-72; G. LORINI, *Agire in un mondo di norme. Il nomotropismo di Amedeo Giovanni Conte*, in *Rivista di filosofia del diritto* 9, 1, 2020, pp. 37-48; G. LORINI, *La norma come strumento*, in *Questione sarda e dintorni. Liber amicorum per Gianfranco Contu*, a cura di A. CONTU, Cagliari, Condaghes, 2012, pp. 183-187; P. DI LUCIA, *Il nomotropismo di Antigone*, in *Dike - Rivista Di Storia Del Diritto Greco Ed Ellenistico* 17, 2015, pp. 153-168; E. FITTIPALDI, *Archeologia euristica e fecondità sociologica di due concetti complementari: impatto di norme e nomotropismo di azioni*, in *Sociologia del diritto* 3, 2017, pp. 59-76; F. CHIODELLI e S. MORONI, *The Complex Nexus between Informality and the Law: Reconsidering Unauthorised Settlements in Light of the Concept of Nomotropism*, in *Geoforum* 51, 2014, pp. 161-168; D. PISU e G.M. CHIRI, *Rules and the production of built space: an investigation on compliant nomotropism*, in *City Territory and Architecture* 6, 5, 2019. È interessante notare che, recentemente, si è aperta una ricerca anche sull'esistenza di forme di nomotropismo che vanno oltre l'umano. A questo proposito, cfr. G. LORINI, *Il comportamento nomico degli animali non-umani: verso un'etologia della normatività*, in *Sociologia del diritto* 44, 3, 2017, pp. 77-105; G. LORINI e A. LOI, *Oltre l'umano: la giustizia nel mondo animale*, in *Journal of Ethics and Legal Technologies* 5, 2023, pp. 75-102.

⁴ Conte individua, a questo proposito, due luoghi dell'opera di Max Weber. Cfr. M. WEBER, *Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie*, in *Logos. Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur* 4, 1913, pp. 253-294; M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922, p. 222. Su una prefigurazione dell'idea di Weber, cfr. A.G. CONTE, *Isidoro di Siviglia. Latro*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 87, 2, 2010, pp. 262-270.

Un secondo esempio Conte lo rinviene nel comportamento di quegli obiettori di coscienza che, durante la guerra del Vietnam, reagivano alla chiamata alle armi bruciando la cartolina-precetto ricevuta. In relazione a questo comportamento non si può parlare né di adempimento né di inadempimento della norma che imponeva il servizio militare. Eppure, nella loro protesta simbolica gli obiettori agivano proprio *in-funzione-della* regola che li obbligava al servizio.

Un terzo esempio proposto da Conte è l'agire di chi, titolare d'un diritto, lo eserciti per prevenirne la prescrizione. Questo agente agisce in funzione d'una regola costitutiva sulla prescrizione (in ipotesi, l'art. 2934 del Codice civile italiano) che appare strutturalmente inadempibile poiché non prescrive comportamenti ma disciplina la produzione di effetti normativi⁵.

È dunque possibile agire anche in funzione di norme in relazione alle quali non è propriamente possibile parlare di adempimento. Ma che natura deve avere una norma, affinché sia possibile agire in funzione di essa⁶? Qui si tocca una questione importante per l'ontologia della norma. Che la risposta a questa domanda non sia scontata traspare dal fatto che Conte individui un caso molto particolare di nomotropismo:

È possibile agire in-funzione-di regole meramente possibili, virtuali, non-presenti: in particolare, in-funzione-di regole non ancora valide. Esempio: un costruttore costruisce abusivamente un edificio in previsione d'un possibile condono edilizio⁷.

⁵ In altri termini, si tratta di una regola che non svolge direttamente la funzione di regolare comportamenti. Sulla (solo apparentemente paradossale) tesi secondo cui non tutte le regole esibiscono una funzione regolativa, cfr. G. LORINI e S. MORONI, *Rules without regulation and regulation without rules*, in *Journal for the Theory of Social Behaviour* 54, 2, 2024, pp. 216-228.

⁶ Si apre qui una ricerca che appartiene alla teoria di quel fenomeno che Edoardo Fittipaldi ha chiamato "praxeotropismo". Se il nomotropismo si predica di comportamenti, il praxeotropismo si predica invece di norme. Cfr. E. FITTIPALDI, *Praxeotropismo*, in *Sociologia del diritto* 29, 3, 2002, pp. 153-167.

⁷ A.G. CONTE, *Adelaster. Il nome del vero*, Milano, LED, 2016, pp. 91-92. Adoperando il lessico di Karl Bühler, Conte parla in questo caso di nomotropismo *am Phantasma*.

2. Alla prima domanda (come può un comportamento essere condizionato dall'esistenza di norme?) è possibile affiancare una seconda domanda, ad essa speculare: come può un comportamento condizionare l'esistenza di norme?

Questa seconda domanda apre una ricerca su almeno due campi di fenomeni:

- (i) comportamenti *nomotrofici*
- (ii) comportamenti *nomogenici*

La teoria del comportamento nomotropico è stata arricchita dalle ricerche di Lorenzo Passerini Glazel, il quale ha parlato di *nomotrofismo* per caratterizzare una peculiare forma di nomotropismo⁸.

Secondo Passerini Glazel, il comportamento nomotrofico è “un comportamento che consiste nella reazione alla violazione di una norma al fine di impedire che quella norma possa perdere vitalità, atrofizzarsi e cadere in desuetudine”⁹. Ecco un esempio di nomotrofismo: se Tizio trasgredisce una norma, la trasgressione può essere efficacemente contrastata dai comportamenti nomotrofici dei membri della società entro cui la regola vale: per esempio, da insistenti proteste o da più incisive reazioni sanzionatorie. Il comportamento nomotrofico condiziona dunque profondamente l'esistenza delle norme: permette che esse mantengano la loro vitalità.

A fianco ai comportamenti che sono *nomotrofici*, è interessante considerare anche i comportamenti che sono *nomogenici*, e cioè quei comportamenti che generano nuove norme.

Certamente un comportamento può determinare la genesi d'una norma: caso paradigmatico di relazione genetica fra comportamento e norma è il caso in cui la norma sia prodotta da un peculiare com-

⁸ Sulla teoria del comportamento nomotrofico si vedano L. PASSERINI GLAZEL, *Shared Norms and Nomotrophic Behaviour*, in *Phenomenology and Mind* 9, 2015, pp. 148-159; L. PASSERINI GLAZEL, *Forme della volontà e impronte di norme nella formazione della norma consuetudinaria*, in *Noesis* 34, 2020, pp. 71-88; L. PASSERINI GLAZEL, *Le realtà della norma, le norme come realtà. Saggio di filosofia del diritto*, Milano, LED, 2020.

⁹ L. PASSERINI GLAZEL, *Le realtà della norma, le norme come realtà*, cit., p. 76.

portamento: un atto di normazione. Per esempio, un legislatore può creare norme per mezzo dell'esecuzione di atti di normazione. Ma l'insieme dei fenomeni nomogenici non si esaurisce nell'insieme degli atti di normazione: un esempio interessante è la nascita di una norma consuetudinaria. Seguendo il lessico di Amedeo Giovanni Conte, possiamo infatti distinguere, accanto alle norme *thetiche* (prodotte da *atti nomothetici*), norme *athetiche* (che non sono prodotto di *atti nomothetici*)¹⁰.

Nella genesi delle norme consuetudinarie è diverso il ruolo del comportamento. L'ipotesi che la nascita delle norme non coincida necessariamente con l'esecuzione di atti di normazione è risalente, e la sua indagine ha rappresentato un momento importante della filosofia della norma.

Fra i numerosi filosofi, sociologi e giuristi che hanno sostenuto questa tesi, è interessante prendere in esame ciò che scrive il sociologo del diritto Theodor Geiger (1947) in relazione ad un curioso fenomeno di nomogenesi: la metamorfosi di una regolarità fattuale in norma. Scopo di Geiger, nel descrivere questo fenomeno, è proprio mostrare la falsità della tesi secondo cui le norme sono necessariamente il prodotto della formulazione di enunciati linguistici normativi.

Geiger indaga l'ordine sociale di una famiglia come esempio di vita sociale ordinata da norme che emergono indipendentemente dalla formulazione di enunciati.

All'interno della cornice istituzionale generale, si osserveranno, nella vita di ogni singola famiglia, certe regolarità, che non sono

¹⁰ Cfr. A.G. CONTE, *Sociologia filosofica del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011. In altri termini, accanto a norme che sono generate attraverso un *atto nomothetico* sembra potersi parlare di norme che nascono attraverso un *processo nomogenico*. Sulla opposizione: *atto nomothetico* vs. *processo nomogenico*, cfr. P. DI LUCIA, *Tre opposizioni per lo studio dei rapporti tra diritto e linguaggio*, in *Il linguaggio del diritto*, a cura di U. SCARPELLI e P. DI LUCIA, Milano, LED, 1994, p. 11. Più recentemente, Federico Faroldi ha parlato invece di "eventi nomogonici" [*nomogonic events*]. Scrive Faroldi: "*An event is nomogonic iff the happening of that event brings about (alone or jointly with other conditions, that may or may not take place with reference to already established norms) one or more norms, including norms repealing existing ones.*" Cfr. F. FAROLDI, *Normative events*, in *Phenomenology and Mind* 13, 2017, p. 130.

riconducibili né alla legge civile né a disposizioni esplicite del capofamiglia. Certe correlazioni del tipo $s \rightarrow c$ si sono formate per abitudine, per consuetudine. Potrebbe sembrare che a questo ordine reale non corrisponda alcun sistema di norme. Tuttavia, che un sistema di norme vi sia diviene chiaro nello stesso modo in cui un membro della famiglia si discosti o si accinga a discostarsi dal modello $s \rightarrow c$. In questo caso, sorge nell'agente quella insicurezza interiore che spesso e volentieri viene chiamata "cattiva coscienza". Se egli, nonostante il monito della coscienza, agisce in contrasto con $s \rightarrow c$, coloro che lo circondano si scandalizzano. Questo fatto rivela che agenti e osservatori si rappresentano c come la modalità di azione richiesta nella situazione s , come la modalità di azione adeguata a quella situazione; rivela cioè che $s \rightarrow c$, quale rappresentazione normativa, è viva. Ma non necessariamente la norma è espressa verbalmente. In questo caso, ad essere primario è l'ordine reale, e la corrispondente norma sussistente appare come il precipitato di precedenti decorsi di azione. Il modello $s \rightarrow c$, nello svolgimento della vita familiare, si manifesta, dapprima, come *regolarità fattuale*, e, dopo alcune ripetizioni, assume, nella rappresentazione dei membri della famiglia, il carattere di *norma*. Il modello viene concepito e vissuto come "corretto"¹¹.

Geiger distingue due momenti nella formazione dell'ordine sociale familiare: in un primo momento emerge una correlazione regolare fra una situazione e un tipo di comportamento; in un secondo (ed eventuale) momento emerge la norma, come precipitato di precedenti decorsi d'azione. Ciò che Geiger descrive è un fenomeno di metamorfosi di una regolarità comportamentale: la metamorfosi di una regolarità fattuale in una regolarità dotata di un carattere deontico.

L'opposizione concettuale fra queste due forme della regolarità viene esplicitamente caratterizzata da Geiger. Ecco i due termini del-

¹¹ T. GEIGER, *Aspettative e norme*, in *Filosofie della norma*, a cura di G. LORINI e L. PASSERINI GLAZEL, Torino, Giappichelli, 2012, p. 277 (ed. or. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, København, Munksgaard, 1947; trad. it. parziale di E. Fittipaldi).

l'opposizione concettuale in Geiger: *Regelhaftigkeit* vs. *Regelmäßigkeit*. Seguendo il lessico di Amedeo Giovanni Conte parlerò qui di regolarità *adeontica* e *deontica*¹².

Secondo Geiger la formazione di regolarità per abitudine è un processo che può condurre alla formazione della norma. Ma certamente non ogni regolarità di comportamento si trasforma in norma. La tesi che esistano *convergent habits of behaviour* che non sono *social rules* si rinviene chiaramente in Herbert Hart:

Mere convergence in behaviour between members of a social group may exist (all may regularly drink tea at breakfast or go weekly to the cinema) and yet there may be no rule *requiring* it. [...] There is in England no rule, nor is it true, that everyone must or ought to or should go to the cinema each week: it is only true that there is regular resort to the cinema each week¹³.

Non ogni regolarità di comportamento esprime un carattere deontico. Ma nell'emergere d'una norma questo elemento deontico è essenziale. Seguendo Geiger, almeno due fenomeni appaiono rivelatori del venire in essere di questo carattere deontico della regolarità: la 'cattiva coscienza' di chi agisce difformemente dal modello d'azione, e la reazione di 'scandalo' degli altri agenti dinanzi al comportamento difforme. Adoperando una categoria di Niklas Luhmann¹⁴, potremmo ulteriormente comprendere questi fenomeni nomogenici come l'emergere di aspettative normative che nell'interazione sociale meramente abitudinaria non v'erano.

¹² Cfr. A.G. CONTE, *Validità atetica*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, a cura di S. CASTIGNONE, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 161-175.

¹³ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 9-10.

¹⁴ Cfr. N. LUHMANN, *Aspettative e norme*, in *Filosofie della norma*, a cura di G. LORINI e L. PASSERINI GLAZEL, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 283-298 (ed. or. *Normen in soziologischer Perspektive*, in *Soziale Welt* 20, 1969, pp. 28-48; trad. it. parziale di E. Fittipaldi e L. Passerini Glazel). Sul concetto di aspettativa normativa si veda anche J. GALTUNG, *Expectations and interaction processes*, in *Inquiry* 2, 1-4, 1959, pp. 213-234.

La domanda di questo paragrafo è: come può un comportamento condizionare l'esistenza di norme? A questa domanda ho cercato di rispondere individuando due possibili relazioni fra comportamento e norme: la relazione che è propria del comportamento nomotrofico, la relazione che è propria del comportamento nomogenico. Uno condiziona l'esistenza di una norma affinché essa rimanga vitale, l'altro condiziona l'esistenza di una norma generandola.

Ma la mia ricerca non si arresta ai comportamenti nomotrofici e ai comportamenti nomogenici. Essa, invece, specifica ulteriormente la domanda se il comportamento possa condizionare l'esistenza di norme: può un comportamento condizionare l'esistenza di una norma *impedendo* la sua nascita? Più precisamente mi concentro sull'ipotesi: può un comportamento impedire la metamorfosi di una regolarità adeontica in regolarità deontica?

La mia ricerca verte su comportamenti: comportamenti in ipotesi diretti a produrre un peculiare effetto *antinomogenico* nella realtà sociale, e cioè l'effetto di ostacolare, prevenire, impedire la possibile nascita di una norma.

3. Theodor Geiger evidenzia la possibilità che in un contesto di interazione sociale una regolarità adeontica divenga regolarità deontica. Ma è possibile che un comportamento sia diretto a contrastare la genesi d'una regolarità deontica?

Ecco una possibile esemplificazione di comportamento diretto a produrre un effetto antinomogenico sulla realtà sociale. Immaginiamo che, entro un contesto di interazione sociale, un comportamento divenga regolare: nella circostanza x , Tizio fa un favore a Caio e Sempronio. La circostanza x si ripete successivamente nel tempo, e ogni volta che essa si presenta Tizio fa il medesimo favore a Caio e Sempronio. Tizio, però, si accorge del frequente ripetersi di questa circostanza e del fatto che egli regolarmente in essa compie il medesimo favore a Caio e Sempronio. Tizio è consapevole del rischio che, col passare del tempo, Caio e Sempronio possano dare per scontata l'esecuzione del favore in quella circostanza: essi potrebbero arrivare a pretendere quel comportamento e a protestare dinanzi alla sua omissione. Tizio decide allora di accompagnare le proprie azioni con le parole: "Non fateci però l'abitudine!", o con le parole: "Ciò che

faccio per voi è un favore, non pensiate che sia tenuto a farlo!”. Comportandosi in questo modo, Tizio contrasta la possibile nascita di rappresentazioni normative (nel lessico di Niklas Luhmann: di aspettative normative) relative a quel comportamento. In altri termini, egli previene ed ostacola la possibile trasformazione della regolarità comportamentale in regolarità deontica (in una norma alla luce della quale il favore diverrebbe dovere).

Un fenomeno non dissimile sembra potersi rinvenire nel comportamento di un avvocato che decida di non rispondere ai clienti nel fine settimana, proprio affinché essi non sviluppino una aspettativa normativa (una pretesa) corrispondente. Si consideri, ancora, un professore che, accettando un ritardo nella consegna di un elaborato, espliciti la natura irripetibile dell’eccezione, al fine di inibire l’emergere di un permesso generalizzato sulla flessibilità delle scadenze¹⁵.

Distinguo questo tipo di comportamento da un altro tipo di comportamento ad esso solo apparentemente affine. Immaginiamo che, nella relazione sociale fra Tizio, Caio e Sempronio, una norma si sia già formata: rappresentando esistente una norma, Caio e Sempronio ritengono di avere un diritto soggettivo verso Tizio, e Tizio riconosce di avere un corrispondente obbligo. Tizio, però, cerca di agire per contrastare questa norma già esistente, cerca, in altri termini, di fare *dissolvere* la norma. Tizio può infatti decidere di non adempiere più, contando sul fatto che Caio e Sempronio non sembrano avere la forza di fare valere il rispetto della norma (di agire nomotroficamente).

Nel primo esempio, il comportamento di Tizio contrasta la possibile genesi di una norma; in questo nuovo esempio, il comportamento di Tizio promuove la dissoluzione di una norma già esistente.

¹⁵ Adoperando un sintagma coniato da Giuseppe Lorini, una eccezione irripetibile rappresenta forse una possibile forma di “normatività *in praesentia*”. Cfr. G. LORINI, *Animal norms: An investigation of normativity in the non-human social world*, in *Law, Culture, and the Humanities* 18, 3, 2018, p. 665. Adoperando invece il lessico della sociologia del diritto di Vincenzo Ferrari, essa sembra ricadere nell’ipotesi di quei modelli normativi che possono guidare un’interazione sociale in circostanze eccezionali e avere quindi “una natura del tutto effimera: regolare cioè una situazione che non è destinata a ripetersi con gli stessi caratteri”. Cfr. V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari, Laterza, 1997, p. 161.

Entrambi gli esempi sembrano casi di comportamento nomotropico, di un agire che è in-funzione-di una norma. Ma quale forma di nomotropismo è qui in gioco?

4. I comportamenti nomotropici che ho descritto nella precedente sezione non sono comportamenti nomotrofici: essi non reagiscono alla possibile atrofizzazione di una norma per promuoverne la vitalità, ma al contrario sono comportamenti che si oppongono ad una norma. V'è un innegabile momento d'omogeneità fra queste due forme d'agire. Ma i due tipi di comportamenti interagiscono in modo diverso con il concetto di agire nomotrofico.

Esamino, in primo luogo, il rapporto fra l'agire nomotrofico e l'agire di chi promuova la dissoluzione di una norma già esistente. L'agire di chi promuova la dissoluzione di una norma esistente appare fenomeno *speculare* all'agire nomotrofico: se l'agire nomotrofico è diretto a evitare che una norma perda di vitalità, l'agire che potremmo forse chiamare *antinomotrofico* (oppure: *nomolitico*) è diretto a far perdere vitalità ad una norma. L'opposizione concettuale: *nomotrofismo* vs. *antinomotrofismo* apre un campo d'indagine sui fenomeni speculari all'agire nomotrofico (è possibile *animus inducendi desuetudinem?*).

Ma tema specifico di questo saggio è l'agire diretto a ostacolare la *possibile* nascita d'una norma. Come si configura la relazione fra questa forma d'agire e l'agire nomotrofico? In questo caso, la norma in funzione della quale l'agente si orienta non è una norma che già sia esistente: è una norma la cui possibile esistenza è dall'agente meramente rappresentata.

Più precisamente, l'agire antinomogenico appare speculare ad una particolare forma di nomotrofismo, che Lorenzo Passerini Glazel caratterizza come "agire nomotrofico *am Phantasma*". Vi sono infatti degli interessanti (e apparentemente paradossali) casi nei quali accade che "la norma presupposta dall'azione nomotrofica sia una norma non già preesistente nella società, ma immaginata e proposta dall'agente"¹⁶ (vi sarebbe qui *animus inducendi consuetudinem*).

¹⁶ Così prosegue: "Qualora l'azione nomotrofica eserciti un'influenza sufficiente sulla società, il noema deontico intenzionato nell'azione nomotrofica può

L'agire antinomogenico appartiene alla fenomenologia del nomotropismo *am Phantasma*, del quale emergono qui due forme speculari: l'agire nomotrofico condizionato da (e condizionante) una norma ancora non esistente; l'agire antinomogenico condizionato da (e condizionante) una norma ancora non esistente.

Lo studio del comportamento diretto a ostacolare la possibile nascita di una norma *athetica* (la possibile metamorfosi d'una regolarità adeontica in regolarità deontica) contribuisce allo studio del più generale fenomeno dell'agire alla luce d'una norma meramente rappresentata che non corrisponde ad una norma esistente.

Per caratterizzare questo concetto (una norma meramente possibile e non attuale, meramente rappresentata e non presente) Amedeo Giovanni Conte ha parlato di 'noema deontico':

Il termine 'norma' designa un *noema* deontico entro il sintagma: 'proporre una *norma* in un'assemblea legislativa'. Compariamo i due sintagmi 'abrogare una norma' e 'proporre una norma'. (i) Nel sintagma 'abrogare una norma', il termine 'norma' designa uno status deontico (un noema deontico *in actu*); (ii) nel sintagma 'proporre una norma in un'assemblea legislativa', il termine 'norma' designa solo la mera *rappresentazione* di uno status deontico (in particolare: la *rappresentazione* [Vorstellung] di quello status deontico che verrebbe in essere qualora la proposta venisse accolta dall'assemblea legislativa)¹⁷.

gradualmente divenire una norma operante in quella società senza mai essere stata 'posta' attraverso un atto di statuizione normativa". Cfr. L. PASSERINI GLAZEL, *Le realtà della norma, le norme come realtà*, cit., p. 109. Come segnala Passerini Glazel, questa ipotesi sembra emergere nelle teorie dell'*animus inducendi consuetudinem*. A questo proposito, si veda specialmente N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Torino, Giappichelli, 2010 (ed. or. 1942), pp. 62-65.

¹⁷ A. G. CONTE, *Norma: cinque referenti*, in *Filosofie della norma*, a cura di G. LORINI e L. PASSERINI GLAZEL, Torino, Giappichelli, 2012, p. 64. Ecco un ulteriore esempio di noema deontico offerto da Conte, che è di particolare interesse per la presente ricerca: l'agire nomotropico che, secondo una leggenda popolare, sarebbe ascrivibile a Christian X re di Danimarca. Scrive Conte: "Christian X agisce in-funzione-di norme quando annuncia, agli occupanti tedeschi antisemiti, che anche lui (non ebreo, ma cristiano) porterà, sul petto, la stella di David, se i tedeschi porranno una *norma* che imponga, agli israeliti danesi, di portare, sul petto, la stella di David quale contrassegno di discriminazione razziale, degradando la gloriosa stella

Il concetto di agire antinomogenico sembra poter offrire un contributo non solo alla teoria della norma e del nomotropismo, ma anche alla teoria del diritto. Ecco cinque (ipotetici) esempi di agire antinomogenico nella realtà giuridica, la cui natura sembra poter essere illuminata dal concetto di noema deontico.

Un *primo* ipotetico esempio riguarda un datore di lavoro che agisca strategicamente per impedire che una prassi aziendale favorevole ai dipendenti si consolidi in uso aziendale¹⁸.

Un *secondo* ipotetico esempio riguarda un soggetto di diritto internazionale che agisca strategicamente per tentare di impedire la genesi di una norma di diritto consuetudinario internazionale¹⁹.

Un *terzo* ipotetico esempio riguarda l'agire di un gruppo di pressione che sia diretto a condizionare l'attività di un legislatore, affinché non promulghi una norma.

di David ad umiliante *Judenstern*. In particolare: Il re Christian X agisce (nomotropicamente) *non*: in-funzione-di una norma come *status* deontico, ma: in-funzione-di una norma come *noema* deontico". Cfr. A.G. CONTE, *Nomotropismo*, in *Filosofie della norma*, a cura di G. LORINI e L. PASSERINI GLAZEL, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 311-312. Sul concetto di noema deontico si veda anche L. PASSERINI GLAZEL, *The Norm as Deontic State-of-Affairs and as Deontic Noema*, in *Phenomenology of Law and Normativity. Contributions to Phenomenology*, vol. 133, a cura di P. THEODOROU, P.M.S. ALVES, e A.I. BAKA, Cham, Springer, 2024, pp. 43-64.

¹⁸ Per una recente indagine filosofico-giuridica sulla natura degli usi aziendali si veda O.G. LODDO, *Ideologie e concetti in azienda. Un'analisi filosofica degli usi aziendali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017. Come mi segnala Olimpia G. Loddo, si apre qui il problema della natura di queste norme e, più specificamente, della loro natura consuetudinaria o contrattuale. A questo proposito, si veda O.G. LODDO, *Are all informal normative facts custom? The ideological dimensions of company customs*, in *Spaces of Law and Custom*, London, Routledge, 2021, p. 115.

¹⁹ Nel diritto internazionale, il comportamento oppositivo di uno stato verso la formazione di una norma consuetudinaria ha rilevanza per la "*persistent objector doctrine*", la quale presuppone tuttavia che la norma (la cui emergenza uno stato abbia cercato di contrastare) sia venuta ad esistenza. Alla luce della dottrina dell'obiettore persistente, il comportamento antinomogenico acquisisce una rilevanza giuridica. Ecco una ricostruzione di questa dottrina: "[I]f a state persistently objects to the development of a customary international law, it cannot be held to that law when the custom ripens." Cfr H. LAU, *Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law*, in *Chicago Journal of International Law* 6, 2005, p. 495. Si veda anche J.A. GREEN, *The Persistent Objector Rule in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

Un *quarto* ipotetico esempio riguarda l'agire di un giudice che, investito di una questione sensibile, formuli la propria decisione in modo tale da evitare la formazione di un precedente.

Un *quinto* ipotetico esempio riguarda l'agire di un legislatore che formuli una "antiregola"²⁰. Secondo Raffaele Caterina e Lelio Lantella, le antiregole sono "quelle regole a cui il legislatore, tramite la ridondanza, intende cautelatamente sbarrare il cammino"²¹. In altri termini, un'antiregola è una regola diversa da quella che il legislatore intende stabilire, e che il legislatore si preoccupa di negare perché potrebbe "sfiorare la mente" dell'interprete²².

Come emerge da alcuni di questi esempi, l'agire antinomogenico non si esaurisce nell'agire che sia intenzionalmente diretto a prevenire la nascita di una norma *athetica* (la metamorfosi di una regolarità adeontica in regolarità deontica).

5. Enuncio ora quattro tesi sulla natura dell'agire antinomogenico: due tesi positive, due tesi negative. Ecco due tesi positive:

- (i) l'agire antinomogenico soddisfa una condizione *noetica*: l'agente deve percepire la possibilità che nasca una regola²³;

²⁰ La rilevanza per questa ricerca del concetto di "antiregola" mi è stata suggerita da Giuseppe Lorini.

²¹ R. CATERINA e L. LANTELLA, *Il diritto che non c'è*, in *Rivista di diritto civile* 57, 4, 2011, p. 485. Un esempio di antiregola è rinvenibile, secondo Caterina e Lantella, nel secondo comma dell'art. 1269 del Codice civile italiano: "Il terzo delegato per eseguire il pagamento non è tenuto ad accettare l'incarico, a meno che sia debitore del delegante". Essi scrivono (p. 485): "Ma perché il legislatore si preoccupa di questa regola? Se ne preoccupa perché, a qualcuno, potrebbe venire in mente che tale regola sia perfettamente compatibile con l'ordinamento vigente, e potrebbe fondare tale compatibilità su una serie di argomenti".

²² R. CATERINA, *La ridondanza nel linguaggio del legislatore*, in *Linguaggio e sistematica nella prospettiva di un romanista. Atti della Giornata di Studi in onore del Professore Lelio Lantella (Torino, 22 marzo 2013)*, a cura di S. MASUELLI e L. ZANDRINO, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 67.

²³ È possibile un comportamento antinomogenico *inconsapevole*? Una risposta positiva a questa domanda sembrerebbe falsificare questa tesi positiva sulla natura dell'agire antinomogenico. Segnalo che di "nomotropismo inconsapevole" ha parlato L. PASSERINI GLAZEL, *Decriptare criptotipi*, in *La dimensione tacita del diritto*, a cura di R. CATERINA, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 143.

- (ii) l'agire antinomogenico soddisfa una condizione *buletica*: l'agente deve voler impedire la nascita della regola²⁴.

Ed ecco due tesi negative:

- (i) l'agire antinomogenico non ha necessariamente natura semantica;
 (ii) l'agire antinomogenico non ha univoca direzionalità d'effetto.

L'agire antinomogenico può avere natura di agire *semantico*: Tizio previene la nascita della norma comunicando il senso del proprio atto (favore, non dovere). Ma l'agire antinomogenico può essere *muto*: Tizio previene la nascita della norma ostacolando la stabilizzazione della regolarità (di tanto in tanto non presta il favore)²⁵.

L'agire antinomogenico non ha, inoltre, univoca direzionalità d'effetto: esso non necessariamente avvantaggia il soggetto che dal possibile emergere della norma riceverebbe uno svantaggio.

²⁴ Si può parlare di una “volontà antinomogenica”, come peculiare forma di “volontà nomotropica”. Segnalo che Lorenzo Passerini Glazel distingue “sei forme della volontà sottesa ad un comportamento rilevante per la formazione di una norma consuetudinaria”. Cfr. L. PASSERINI GLAZEL, *Le realtà della norma, le norme come realtà*, cit., p. 108; L. PASSERINI GLAZEL, *Dal disfarsi al farsi delle norme: il ruolo della volontà nomotrofica nella formazione della norma consuetudinaria*, in *I volti molteplici della consuetudine*. Vol. 2: *Prospettive*, a cura di G. BOMBELLI e P. HERITIER, Udine-Milano, Mimesis, 2024, pp. 225-272. Si apre qui una ricerca sulle forme della volontà dirette a contrastare norme (attuali e possibili): a fianco della volontà antinomogenica, un ruolo importante sembra essere ascrivibile anche alla volontà antinomotrofica (della quale un interessante esempio è l'*animus inducendi desuetudinem*).

²⁵ Sugli atti normativi muti, cfr. R. SACCO, *Il diritto muto*, in *Rivista di diritto civile* 39, 1993, pp. 689-702; R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, Il Mulino, 2015; A.G. CONTE, *Erlebnisrecht. Diritto vissuto/esperienziale nell'antropologia filosofica di Rodolfo Sacco*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 85, 3, 2008, pp. 405-424; G. LORINI, *Semiotica dell'atto muto*, in *La dimensione tacita del diritto*, a cura di R. CATERINA, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, pp. 129-138; P. DI LUCIA e F.M. FIORE, *Rodolfo Sacco's Discovery of Mute Behaviour: A Semiotic Outlook*, in *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique* 37, 5, 2024, pp. 1665-1678.

Sono possibili diverse direzioni dell'agire antinomogenico. Eccone almeno tre:

- (i) agisco contro la formazione della norma, perché la regolarità non diventi *per me* un dovere;
- (ii) agisco contro la formazione della norma, perché la regolarità non diventi *per te* un dovere (es.: non c'era bisogno che facessi questo!);
- (iii) agisco contro la formazione della norma, perché la regolarità non diventi *per nessuno* un dovere.

6. In questa ricerca ho tentato di individuare il luogo dell'agire antinomogenico nel più ampio spettro della teoria del nomotropismo e della teoria della norma. È così emersa una duplice opposizione:

- (i) agire *nomotrofico* vs. agire *antinomotrofico*;
- (ii) agire *nomogenico* vs. agire *antinomogenico*.

Ma è possibile estendere ulteriormente i confini di questa ricerca. Infatti, l'agire contro la nascita di una regolarità deontica non coincide necessariamente con l'agire contro la nascita di una norma: un interessante fenomeno è il caso dell'usucapione²⁶. Agisce contro la formazione di una regolarità deontica anche colui che agisce per evitare l'effetto di usucapione (la metamorfosi di un contegno fattuale in diritto di proprietà). In questo caso, ciò che si cerca di evitare non è la nascita di una norma, bensì la nascita di un diritto soggettivo²⁷.

²⁶ La rilevanza del fenomeno dell'usucapione mi è stata suggerita da Lorenzo Passerini Glazel.

²⁷ Al comportamento che sia diretto non a norme bensì ad entità deontiche come i diritti soggettivi conviene forse l'aggettivo (suggeritomi da Olimpia G. Loddo) "deontotropico". Nel caso dell'usucapione, l'agire deontotropico sembra essere anche un agire nomotropico (chi agisce per fare valere l'usucapione o per impedire un'usucapione agisce alla luce di regole, e precisamente delle regole costitutive dell'usucapione). Ma ecco una significativa asimmetria. L'agire che potremmo chiamare "antideontogenico" non è una forma di agire *stricto sensu* antinomogenico proprio perché non mira ad impedire la nascita di una norma, bensì di un diritto soggettivo. Curiosamente, l'usucapione illumina una relazione chiasmica

Abstract

Il presente studio muove da due domande sulla relazione fra comportamento ed esistenza di norme. Come può l'esistenza di norme condizionare un comportamento? Specularmente: come può un comportamento condizionare l'esistenza di norme? Alla prima domanda ha contribuito l'indagine sul nomotropismo. La seconda domanda, invece, illumina almeno due campi di fenomeni: i comportamenti nomotrofici, diretti a preservare la vitalità di una norma, e i comportamenti nomogenici, che generano nuove norme. A partire da questa seconda domanda, nasce l'ipotesi che vi siano forme di agire "antinomogenico", una forma di nomotropismo in cui l'agire è diretto a ostacolare la possibile genesi di una norma.

The essay departs from two questions concerning the relationship between behaviour and the existence of norms: how can the existence of norms condition behaviour? And, symmetrically, how can behaviour condition the existence of norms? The inquiry into nomotropism has contributed to answering the first question. The second question, in turn, sheds light on two fields of phenomena: nomotrophic behaviours, directed at preserving the vitality of a norm, and nomogenic behaviours, which generate new norms. Starting from this second question, the hypothesis arises that there are forms of "antinomogenic" behaviour, a form of nomotropism in which action is directed at hindering the possible genesis of a norm.

fra le due coppie concettuali: deontogenico vs. antideontogenico; deontotrofico vs. antideontotrofico. Infatti, chi cerca di evitare l'usucapione agisce *deontotroficamente* sul proprio diritto e *antideontogenicamente* sul potenziale diritto altrui. D'altra parte, chi cerca di ottenere l'usucapione agisce *deontogenicamente* sul proprio potenziale diritto e *antideontotroficamente* sull'attuale diritto altrui. Segnalo, infine, che è possibile anche un comportamento che sia diretto non a norme, non a entità deontiche, bensì a valori (nel lessico di Amedeo Giovanni Conte: un comportamento *axiotropico*). Ma è possibile un comportamento che sia diretto ad impedire la nascita d'un valore?

GABRIELE RACUGNO

FORMAZIONE E APPROVAZIONE DEL BILANCIO D'ESERCIZIO

SOMMARIO: 1. Premessa e quadro normativo. – 2. Procedimento di formazione del bilancio. – 3. Bilancio d'esercizio - Approvazione - Impugnazione - Violazione degli obblighi di informazione contabili sui rapporti infragruppo. – 4. Operazioni con parti correlate e trasparenza di bilancio. – 5. Nota integrativa - Fatti di rilievo post chiusura esercizio - Obblighi informativi. - Inadempimento. – 6. Bilancio irregolare e responsabilità degli amministratori. – 7. Il ruolo della C.T.U. nei giudizi di impugnativa del bilancio. – 8. Esclusione dell'arbitrato sulle controversie aventi ad oggetto l'impugnazione di delibere di approvazione del bilancio. – 9. Invalidità della deliberazione di approvazione del bilancio. – 10. Preclusione dell'impugnazione dopo l'approvazione del bilancio dell'esercizio successivo.

1. Il bilancio d'esercizio ha la funzione di offrire ai soci e ai terzi un'informazione veritiera e corretta circa la situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società (art. 2423, comma 2). Rappresenta il documento di sintesi dell'attività svolta nel corso dell'esercizio e permette di determinare il risultato economico (utile o perdita).

Nelle società per azioni e in accomandita per azioni, soprattutto per i soci di minoranza, impossibilitati di esaminare qualsivoglia documento concernente l'attività di impresa (a differenza dei soci delle società di persone e delle s.r.l., rispettivamente, artt. 2261 e 2476, comma 2), rappresenta l'unico mezzo di informazione legale sullo svolgimento dell'attività economica e sulla reale consistenza del patrimonio sociale.

Per le società che adottano i principi contabili internazionali (d.lgs. 38/2005), la finalità del bilancio è di fornire un'informativa economico-finanziaria utile a tutti gli utilizzatori, e in particolare agli

investitori, che possono così valutare i rischi della gestione e l'andamento dell'impresa considerando gli aspetti sia economici che patrimoniali in chiave prospettica: criterio del "valore corrente" o "di mercato", (ossia, secondo l'IFRS 13 "il prezzo che si percepirebbe per la vendita di un'attività ovvero che si pagherebbe per il trasferimento di un passività in una regolare operazione tra operatori di mercato alla data di valutazione").

Il bilancio d'esercizio deve essere obbligatoriamente predisposto ogni anno, nel rispetto di precise regole di redazione e di valutazione.

Alla redazione del bilancio d'esercizio da parte del consiglio di amministrazione (e, nel sistema di amministrazione e controllo dualistico, del consiglio di gestione), fa seguito – previo deposito dello stesso e dei suoi allegati presso la sede della società (cfr. l'art. 2449 e, in relazione al regime previsto per le società quotate, l'art. 154-ter TUF) – la sottoposizione del documento all'assemblea dei soci (o al consiglio di sorveglianza, salvo quanto previsto dall'art. 2409-terdecies, comma 2).

Il problema dell'erroneità del bilancio emerge dalla giurisprudenza teorica e pratica con riferimento alla deliberazione assembleare di approvazione e alla sua impugnativa.

Il bilancio di esercizio può presentare vizi ed irregolarità che riguardano il procedimento di formazione dello stesso (ad esempio, omesso deposito nella sede sociale). In tal caso la relativa delibera assembleare di approvazione è di regola *annullabile*. È *nulla* in caso di mancanza di convocazione o del verbale (troverà applicazione la disciplina dettata dagli artt. 2377, 2378 e 2379).

Il bilancio di esercizio può inoltre presentare irregolarità che riguardano il suo contenuto, perché redatto violando i principi di chiarezza, verità e correttezza, che comportano la *nullità* della delibera di approvazione del bilancio, in quanto adottata in contrasto con norme imperative inderogabili dettate a tutela di un interesse generale.

La giurisprudenza, per porre un freno al proliferare di impugnazioni pretestuose di disturbo, ha statuito che per essere legittimati a promuovere l'azione di nullità, si richiede un interesse *concreto ed attuale* ad agire¹.

¹ K. MARTUCCI, *I vizi del bilancio*, in *Le società per azioni*, diretto da P. Spada, Milano, 2025, 826.

2. La sequenza di atti necessari per arrivare all'approvazione del bilancio d'esercizio è qualificabile come "procedimento"².

2.1. *Il progetto di bilancio.* Il bilancio che gli amministratori redigono va considerato come un "progetto di bilancio"³ (in termini, v. art. 2475, comma 5), che diventerà imputabile alla società solo dopo l'approvazione dell'assemblea. Il carattere provvisorio del progetto di bilancio sembrerebbe rendere problematica l'impugnazione del deliberato consiliare che lo approva per le questioni attinenti al contenuto del bilancio stesso, posto che gli eventuali vizi del documento rilevarebbero una volta che esso sia divenuto imputabile alla società per mezzo dell'approvazione assembleare.

Nondimeno, Trib. Milano, 30 luglio 2010⁴ ha statuito che deve essere confermata l'ordinanza che ha cautelatamente sospeso l'esecuzione della delibera consiliare di approvazione a maggioranza del progetto di bilancio di esercizio, quale fase primaria del procedimento di approvazione assembleare del bilancio, se lesiva del diritto di informazione del componente del consiglio di amministrazione dissenziente dall'approvazione del documento e ricorrente, perché redatto in violazione dei principi di chiarezza, verità correttezza e prudenza prescritti dalla legge.

Il Tribunale individua uno specifico interesse proprio della società stessa sotteso all'impugnativa di un progetto di bilancio viziato e ciò in quanto è la società stessa ad avere un proprio autonomo interesse a sottoporre alla propria assemblea dei soci un progetto di bilancio che sia rispettoso dei principi destinati a regolarne la redazione anche al fine e nell'ottica di evitare di prestare il fianco a future azioni di risarcimento da parte, ad esempio, del socio di minoranza⁵.

² G. STRAMPELLI, *Commento all'art. 2429*, in AA.Vv., *Le società per azioni*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Milano, 2016, 2358.

³ C. CINCOTTI, *Il progetto di bilancio nel governo della società per azioni*, Milano, 2022.

⁴ In *Società*, 2011, 393.

⁵ In senso contrario V. SALAFIA, *Il bilancio di esercizio nelle società di capitali*, in *Società*, 2020, 937, il quale argomenta in base al carattere meramente interno del progetto approvato dal c.d.a., destinato ad acquistare efficacia dopo l'approvazione assembleare.

2.2. *Il controllo del bilancio.* Il “progetto” di bilancio deve essere comunicato al collegio sindacale e al soggetto incaricato della revisione legale dei conti (così l’art. 2429, comma 1)⁶ per permettere la stesura delle relazioni, il cui contenuto è descritto, rispettivamente dall’art. 2429, comma 2, e dall’art. 14, comma 2, d.lgs. 39/10.

La peculiarità delle competenze del collegio sindacale (che non deve riferire più anche “sulla tenuta della contabilità” ma “sull’attività svolta nell’adempimento dei propri doveri”) e del revisore e le differenze intercorrenti tra il giudizio sul bilancio espresso dal revisore e le osservazioni del collegio sindacale possono essere lette a conferma della complementarietà tra le due funzioni, del resto testimoniata anche dall’art. 2409-*septies*, relativo allo scambio di informazioni tra collegio e revisore.

L’iter procedurale intende concedere al collegio sindacale e al revisore un tempo congruo, di almeno quindici giorni, per esaminare il progetto di bilancio e per predisporre le rispettive relazioni che, insieme agli altri documenti previsti dal comma 3, devono poi rimanere depositati in copia presso la sede della società durante i quindici giorni che precedono l’assemblea.

In ipotesi di tardiva comunicazione del bilancio al collegio sindacale da parte degli amministratori, la deliberazione assembleare approvativa del bilancio è valida quando la relazione del collegio sia rimasta comunque depositata nella sede della società durante i 15 giorni che precedono l’assemblea. Il deposito del bilancio di esercizio oltre il 16° giorno anteriore alla data fissata per lo svolgimento dell’assemblea convocata per la sua approvazione, comporta l’annullabilità della deliberazione assembleare⁷.

La mancata comunicazione del progetto di bilancio all’organo di controllo e al revisore (e la conseguente mancanza delle loro relazioni) costituisce una violazione dell’art. 2429, e quindi dell’*iter* di formazione del bilancio, tale da determinare l’annullamento della delibera di approvazione del bilancio. In proposito Trib. Milano, 29 aprile 2019⁸: è dirimente e preliminare l’accoglimento del motivo

⁶ Salvo che al collegio sindacale non sia affidata anche la revisione legale dei conti.

⁷ Trib. Milano, 9 ottobre 2017, in *Società*, 2018, 866.

⁸ In *Società*, 2020, 177.

d'impugnazione relativo all'omessa trasmissione del progetto di bilancio all'organo di controllo, all'omessa redazione della relativa relazione ed al suo omesso deposito nella sede sociale unitamente al progetto di bilancio.

Le omissioni sopra evidenziate costituiscono un'evidente violazione del disposto degli artt. 2478-*bis* e 2429, nella parte in cui descrivono il procedimento di formazione del bilancio nella fase prodromica alla sua approvazione in assemblea. E di questo tipo di omissioni si avvalgono frequentemente i soci di minoranza che intendono contestare la gestione della società da parte dell'organo amministrativo.

In particolare, la giurisprudenza ha da tempo chiarito che la relazione dei sindaci costituisce elemento essenziale di quel procedimento, trattandosi di atto che confluisce, insieme agli altri (progetto di bilancio, relazione degli amministratori, ecc.), in quel medesimo procedimento, essendo tutti tali atti tra loro legati da un nesso di consequenzialità necessaria sul piano giuridico; di talché "costituisce vizio procedimentale" che giustifica l'annullamento della delibera di approvazione del bilancio la mancata comunicazione del progetto al collegio sindacale e la conseguente mancanza della relazione *ex art.* 2429.

Nelle ipotesi in cui il collegio sindacale e il revisore siano comunque in grado di depositare nei termini la loro relazione, la comunicazione tardiva da parte degli amministratori non si traduce di per sé in un vizio del procedimento di formazione del bilancio che invalida l'eventuale delibera assembleare di approvazione dello stesso, risultando ugualmente tutelato l'interesse dei soci alla completa e tempestiva informazione sul contenuto nel bilancio.

2.3. Il deposito presso la sede sociale. Il deposito presso la sede sociale della documentazione prevista dall'art. 2429, comma 3, volto a rendere edotti i soci del contenuto del bilancio in anticipo rispetto all'assemblea convocata per approvarlo, rappresenta uno snodo essenziale nel procedimento formativo del documento, e l'adempimento sulla cui regolarità è più frequente il contenzioso.

Circa il mancato rispetto del termine di quindici giorni precedenti all'assemblea per il deposito nella sede sociale del bilancio, con

le relazioni degli amministratori e dei sindaci, ai sensi del terzo comma dell'art. 2429, va precisato che, secondo l'opinione prevalente, l'osservanza di detto termine deve essere verificata con riferimento alla data in cui l'assemblea si è effettivamente riunita per l'approvazione del bilancio⁹.

Il deposito si intenderà correttamente effettuato solo quando il socio sia posto realmente in condizione di prendere visione dei documenti. Secondo Trib. Milano, 17 aprile 2007¹⁰ è inidoneo a svolgere la funzione attribuitagli dalla legge il deposito non effettuato presso la sede legale, ma presso quella amministrativa o altro luogo, quale, per esempio, l'ufficio del commercialista che cura gli adempimenti della società.

Ne discende che, *ex art.* 2429, comma 3, il diritto del socio di prendere visione del bilancio depositato nella sede sociale nei quindici giorni antecedenti l'assemblea include implicitamente il diritto di essere posto in condizione, con qualunque mezzo idoneo, di essere informato dell'avvenuto deposito del bilancio così che il suo diritto all'informazione, come base del diritto all'espressione di voto consapevole in assemblea, possa dirsi effettivo. Così interpretato il disposto dell'art. 2429, comma 3, l'omessa o inidonea comunicazione ai soci sull'avvenuto deposito del bilancio si risolve in una violazione procedimentale che determina l'invalidità della approvazione successivamente assunta¹¹.

L'accesso del socio alla sede sociale deve essere possibile nei normali orari d'ufficio, senza che il socio sia costretto a prendere un previo appuntamento con l'amministratore per visionare i documenti¹².

Secondo Cass., 4 febbraio 1992¹³, i soci che non si sono avvalsi della facoltà di visionare i documenti depositati nella sede sociale non possono avanzare ulteriori pretese.

⁹ Cfr. in tale senso App. Milano, 5 novembre 1993, in *Le società*, 1994, 230.

¹⁰ In *Società*, 2008, 1406.

¹¹ Trib. Milano, 24 aprile 2025, in *RDS*, 2025, 745.

¹² Trib. Milano, 24 dicembre 2007, in *Società*, 2009, 90.

¹³ In *Società*, 1992, 665.

È discussa la possibilità per il socio di estrarre copia dei documenti: in senso favorevole Trib. Milano, 10 marzo 2005¹⁴, condivisa dalla prevalente dottrina¹⁵: riconducendo tale obbligo della società anche alla buona fede (oggettiva) nell'esercizio del dovere informativo verso i soci; in senso contrario Trib. Rimini, 25 febbraio 2005¹⁶.

L'art. 2435 impone, successivamente, il deposito del bilancio presso l'ufficio del registro delle imprese a tutela di quanti possono avere interesse a conoscere la situazione patrimoniale, finanziaria ed economica della società.

2.4. *L'approvazione assembleare (o da parte del consiglio di sorveglianza)*. L'approvazione assembleare è l'atto che rende imputabile alla società il bilancio d'esercizio.

Secondo l'orientamento preferibile, prevalente sia in dottrina¹⁷ che in giurisprudenza¹⁸, in sede di approvazione l'assemblea potrebbe modificare il progetto di bilancio. Conclusione coerente con la qualificazione del bilancio d'esercizio come atto dell'assemblea, e della relativa approvazione come "dichiarazione di scienza"¹⁹, quindi non come atto gestorio: in quest'ottica, osserva il Tribunale, correttamente si qualifica l'*iter* formativo del bilancio nei termini di un procedimento complesso, nel cui ambito il concorso della volontà dell'organo assembleare – a dispetto della riduttiva formula legislativa (art. 2364, comma 1, n. 1: "approva il bilancio") – non rileva nei termini della mera possibilità della ratifica o meno dell'operato dell'organo gestorio.

Analogamente, in caso di adozione del sistema dualistico, nel quale l'approvazione da parte del consiglio di sorveglianza svolge un

¹⁴ In *Giur. it.*, 2005, 1864.

¹⁵ G.E. COLOMBO, *Il bilancio d'esercizio*, in Trattato Colombo-Portale, 7, 1, Torino, 1994, 16.

¹⁶ In *Dir. prat. soc.*, 2005, 71.

¹⁷ C. ANGELICI, Voce *Società per azioni in accomandita per azioni*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 1012.

¹⁸ Trib. Napoli, 24 febbraio 2000, in *Società*, 2000, 1474.

¹⁹ Per tutti, v. V. PANUCCIO, *La natura giuridica delle registrazioni contabili*, Napoli, 1964, 111.

ruolo corrispondente a quello dell'approvazione nel sistema tradizionale, come emerge dall'identità delle formule utilizzate dal legislatore a proposito dell'approvazione del bilancio da parte dell'assemblea e da parte del consiglio di sorveglianza: il carattere professionale di quest'organo rimuove uno degli ostacoli tradizionalmente ravvisati alla modificabilità del progetto di bilancio da parte dell'assemblea dei soci.

Aggiungasi che la delibera di approvazione non ratifica la condotta illegittima o criminosa degli amministratori, anche quando questa si può desumere dai documenti depositati ed approvati²⁰. Tuttavia l'approvazione di un bilancio inequivocabilmente falso preclude ai soci non dissenzienti l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità²¹.

Il bilancio di una società di capitali regolarmente approvato, al pari dei libri e delle scritture contabili dell'impresa soggetta a registrazione, fa prova, ai sensi dell'art. 2709, in ordine ai debiti della società medesima, il cui apprezzamento è affidato alla libera valutazione del giudice del merito, alla stregua di ogni altro elemento acquisito agli atti di causa²². L'art. 2709, precisa la Cassazione, nello statuire che i libri e le altre scritture contabili delle imprese soggette a registrazione fanno prova contro l'imprenditore, pone una presunzione semplice di veridicità a favore di quest'ultimo: pertanto tali scritture, come ammettono la prova contraria, così possono essere liberamente valutate dal giudice di merito ed il relativo apprezzamento sfugge al sindacato di legittimità se sufficientemente motivato²³. Ne consegue che la prova che il bilancio di una società di capitali, regolarmente approvato, al pari dei libri e delle scritture contabili dell'impresa soggetta a registrazione (art. 2709 cod. civ.), fornisce in ordine ai debiti della società medesima, è affidata alla libera valutazione del giudice del merito, alla stregua di ogni altro elemento acquisito agli atti di causa²⁴.

²⁰ Trib. Roma, 24 febbraio 2017, n. 3664.

²¹ Trib. Roma, 12 ottobre 2016, n. 18917.

²² Cass., 14 marzo 2013, n. 6547.

²³ Cass., 22 maggio 2009, n. 11912.

²⁴ Cass., 26 marzo 1983, n. 2148.

3.

3.1. Secondo Trib. Milano, 27 marzo 2024, Pres. Est. A. Mambriani²⁵, *nell'impugnazione delle delibere di approvazione di un bilancio di esercizio l'onere di dimostrare l'esistenza del vizio allegato incombe sull'attore; tuttavia, ove la censura consista nella violazione degli obblighi di informazione contabile sui rapporti infragruppo, la presunzione della direzione e coordinamento dal controllo determina una traslazione sulla società convenuta, in tesi eterodiretta, della prova del mancato esercizio di attività di direzione unitaria, che può essere fornita mediante la dimostrazione di specifici fatti positivi contrari (come la non coincidenza tra gli amministratori della controllante e della controllata) o con presunzioni fondate, esemplificativamente, sull'assenza di servizi di tesoreria, di direttive gestorie, di indicazioni sul progetto di bilancio o di regolamenti di gruppo.*

Ai fini dell'applicabilità della disciplina dei gruppi le circostanze che il socio di controllo rivesta la qualità di principale creditore della controllata, nomini tutti i componenti del consiglio di amministrazione, sia titolare di un diritto privilegiato nella distribuzione degli utili e abbia svolto un ruolo determinante nella negoziazione e nel perfezionamento di accordi di ristrutturazione relativi alla partecipata, non hanno natura gestoria e pertanto non costituiscono indici apprezzabili dell'effettivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

3.2. *La fattispecie.* In data 30.12.2020 l'assemblea dei soci di C. Holding spa deliberava in sede ordinaria l'approvazione del bilancio di esercizio della società al 31.12.2019.

Il socio C. spa conveniva in giudizio C. Holding spa al fine di ottenere la dichiarazione di invalidità e/o di annullamento della delibera di approvazione del bilancio di esercizio di C. Holding spa al 31.12.2019.

Secondo C. la delibera risultava viziata e/o annullabile in quanto disposta in violazione:

(i) dei principi di chiarezza, veridicità e correttezza che presiedono alla redazione del bilancio di esercizio *ex art.* 2423, comma 2, non emergendo in alcun modo dalla stessa né dal bilancio approvato

²⁵ In *Società*, 2025, 39.

il rapporto di direzione e coordinamento esistente, ai sensi degli artt. 2497 e ss. e 2359, n. 1, tra la società C. Holding spa ed il “socio controllante Dea”; ciò in contrasto con quanto disposto dall’art. 2497-*bis*, il quale, come è noto, prevede l’obbligo per le società sottoposte ad eterodirezione, di “indicare la società o l’ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta negli atti e nella corrispondenza”, nonché di “esporre, in apposita sezione della nota integrativa, un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell’ultimo bilancio della società che esercita su di essa l’attività di direzione e coordinamento”;

(*ii*) del disposto di cui all’art. 2424, comma 1, nella parte in cui prevede la necessità di differenziare, tra le voci di debito contenute in bilancio, i debiti verso i soci dai debiti verso i soggetti controllanti, posto che nel bilancio approvato con la delibera l’indebitamento finanziario di C. Holding spa nei confronti del socio Dea veniva qualificato unicamente come “debito verso soci”, senza indicare la sussistenza del rapporto di controllo diretto tra le due società.

Il fine della pubblicità e dell’informativa contabile è quello di garantire la *trasparenza* dell’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento per mettere ai soci e ai creditori sociali nella condizioni di essere tutelati nei propri interessi contro l’eventuale pregiudizio che tale attività possa recare alle società del Gruppo.

I primi tre commi dell’artt. 2497-*bis* esigono che la condizione di appartenenza ad un Gruppo, quale società o ente che esercita l’attività di direzione e coordinamento o quale società sottoposta all’altrui direzione e coordinamento, sia resa di pubblica ragione mediante l’iscrizione nel registro delle imprese, presso il quel è stata istituita dal comma 2 una apposita sezione. Le finalità di trasparenza vengono perseguite dalla norma con l’imposizione di ulteriori *tre adempimenti* riguardanti l’informazione sulla appartenenza ad un Gruppo: negli atti e nella corrispondenza della società (comma 1); nella nota integrativa (comma 4), e nella relazione sulla gestione (comma 5).

Scattano poi in sede di redazione del bilancio di esercizio specifici obblighi di informazione contabile – introdotti dalla legge 216/1974 e progressivamente ampliati con successivi interventi legislativi – sia a carico della società controllante, sia a carico delle società controllate (art. 2497-*bis*, 4° e 5° comma), volti ad evidenziare i reciproci rapporti di partecipazione e finanziari (crediti, debiti, garanzie prestate), i relativi risultati economici, nonché gli effetti che l’attività

di direzione e coordinamento ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui risultati della società controllata (art. 2497-*bis*, 5° comma). Inoltre, la copia integrale dell'ultimo bilancio delle società controllate ed un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società collegate devono essere *depositati* nella sede delle società controllante insieme al bilancio della stessa, durante i quindici giorni che precedono l'assemblea convocata per la relativa approvazione e finché lo stesso non sia approvato (art. 2429, 3° comma).

Il quadro della disciplina dell'informazione contabile di gruppo è stato poi completato con l'introduzione del *bilancio consolidato di gruppo* (artt. 25-43 d.lgs. 9.4.1991, n. 127); un bilancio cioè che consente di conoscere la situazione patrimoniale, finanziaria ed economica del gruppo considerato *unitariamente*, attraverso l'eliminazione delle operazioni intercorse fra le società del gruppo.

L'iscrizione nel registro delle imprese ha il carattere della c.d. *pubblicità-notizia*; ha la semplice funzione di rendere conoscibili i fatti che vi sono soggetti, senza influire sulla loro efficacia o sulla loro opponibilità e senza valere come fonte di una sorta di *patronage* alla generalità, *in incertam personam*.

L'indicazione della soggezione negli atti sociali e nella sezione del registro delle imprese è diretta in via principale alla *tutela dei terzi*, quali i creditori e gli investitori, che intendono avere rapporti con la società controllata e che possono effettuare valutazioni di convenienza circa l'opportunità di investire in capitale di rischio e di concedere credito. I terzi fornitori o finanziatori o committenti, i creditori in genere, e gli stessi consumatori o utenti possono così far dipendere le loro valutazioni di convenienza dalla conoscenza del Gruppo cui appartiene la società con la quale entrano in contatto.

Del pari i soci debbono sapere, come dà atto il comma 3, che la loro società è entrata a far parte o ha cessato di fare parte di un dato Gruppo, anche per l'eventuale esercizio del diritto di recesso riconosciuto dall'art. 2497-*quater*, lett. c.

3.3. *Segue*. Nella fattispecie, il "socio controllante Dea":

(a) rivestiva la qualità di principale creditore finanziario della società C. Holding spa per un controvalore nominale di Euro 55 milioni;

(b) esercitava, altresì, il diritto di nomina dell'intero consiglio di amministrazione di C. Holding, come attualmente in carica, essendo stati pretermessi tutti i precedenti consiglieri di nomina C. ed altresì i consiglieri proposti dagli altri soci (anche il nuovo C.d.A. costituiva interamente espressione di Dea);

(c) era titolare, per effetto della proprietà delle azioni a voto plurimo, della maggioranza assoluta dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria e straordinaria della società;

(d) godeva di un diritto preferenziale di distribuzione di utili a proprio favore rispetto a tutti i soci.

3.4. *L'attività di direzione e coordinamento.* Peraltro. L'attività di direzione e coordinamento, la cui sussistenza deve essere accertata "in fatto" – pur in presenza di un sistema di presunzioni (art. 2497-sexies) – ha necessariamente natura gestoria e si esplica come influenza dominante sulle scelte e determinazioni degli amministratori delle società eterodirette che ne sono i naturali destinatari. In questa prospettiva la sentenza definisce il *coordinamento* come un sistema di sinergie tra diverse società del gruppo nel quadro di una regia complessa orientata sull'insieme delle imprese, là dove l'attività di *direzione* individua una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad impattare sulle decisioni gestorie dell'impresa, ossia sulle scelte strategiche ed operative di natura finanziaria, industriale e commerciale. Di qui la distinzione tra direzione unitaria e mero controllo.

Il tribunale rammenta quindi le più consolidate e tipiche prassi operative di gruppo, quali la definizione da parte della *holding* di linee strategiche, di programmi finanziari e produttivi del gruppo, l'approvazione preventiva dei *budget* annuali delle società eterodirette, la previsione di meccanismi di autorizzazione per l'esecuzione di operazioni straordinarie, mutui o finanziamenti e in generale per tutti gli atti e i contratti di maggiore rilevanza economica, finanziaria e patrimoniale. Ancora, la motivazione richiama la definizione da parte della *holding* di *policy* di gruppo, delle regole per l'acquisto di beni e servizi, per la gestione del personale, per la tenuta dei rapporti con enti istituzionali, nonché la costituzione di una tesoreria accentrata di gruppo (c.d. *cash pooling*) per una più efficiente gestione dei flussi finanziari finalizzata a ridurre i costi e gli oneri nei confronti del sistema bancario.

Muovendo dalla premessa metodologica della distinzione tra le fattispecie di “gruppo” e di “controllo azionario” (da intendersi in senso biunivoco in quanto, da un lato, vi può essere controllo interno senza gruppo e, dall’altro lato, seppur meno di frequente, può configurarsi un’attività di direzione e coordinamento fondata unicamente su un rapporto contrattuale, come previsto dall’art. 2359, n. 3), il tribunale analizza quindi i profili dell’onere della prova, che concernono: sia la questione generale dei vizi del bilancio impugnato, sia la specifica disciplina dei gruppi. Nel caso in esame, come è evidente, le due questioni sono connesse in quanto la prova della direzione e coordinamento determina necessariamente la prova delle violazioni delle regole sull’informativa contabile di gruppo allegata a fondamento dell’impugnativa, posto che in linea generale, in applicazione dell’art. 2697 il socio che agisce per la declaratoria di nullità del bilancio d’esercizio ha l’onere di dimostrare i fatti costitutivi delle proprie domande. Condivisibilmente la sentenza muove dalla portata delle presunzioni di cui all’art. 2497-*sexies* e dai relativi effetti sulle posizioni processuali delle parti: l’attore è assistito dalla richiamata presunzione *iuris tantum* la cui funzione è di assistenza della parte debole, in quanto estranea al rapporto di controllo ed alla gestione sociale, in una situazione di asimmetria informativa e quindi giocoforza in difficoltà nel provare le effettive ingerenze della capogruppo. Ciò determina una traslazione in capo alla società convenuta dell’onere di provare il mancato esercizio – da parte delle società in tesi capogruppo – di attività di direzione e coordinamento; tuttavia, poiché la prova ha ad oggetto un fatto negativo, deve applicarsi il consolidato orientamento di legittimità secondo cui “non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto, la relativa prova può esser data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, o anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo”.

3.5. *La gestione dei gruppi di società.* In sintesi. Il Gruppo è una tecnica organizzativa dell’impresa, articolata in un certo numero di centri giuridicamente autonomi e indipendenti, ma tutti assoggettati alla direzione e coordinamento del soggetto Capogruppo che li controlla.

Come noto, la riforma del diritto societario ha introdotto nel nostro ordinamento un insieme di norme, contenute negli artt. 2947 e ss., dirette a regolare la gestione dei gruppi di società secondo i principi ispirati alla trasparenza (prevedendo, ad esempio, la pubblicità mediante iscrizione nel registro delle imprese a cura degli amministratori della società sottoposta alla direzione e coordinamento) e un sistema di tutela rafforzato dei soci e dei creditori della società soggetta a direzione e coordinamento. All'esteriorizzazione del rapporto di Gruppo si accompagna la disciplina dell'informazione sui contenuti delle relazioni infragruppo e delle direttive impartite dal soggetto Capogruppo che rappresenta un punto nevralgico delle riforme del diritto societario, suscettibile di incidere in misura rilevante sul grado di tutela dell'interesse delle società del Gruppo, ed è protesa a risolvere il problema della *responsabilità della Capogruppo* nei confronti dei soci e dei creditori della società dominante.

Il legislatore del codice civile, tuttavia, come noto, non ha dato alcuna definizione dell'attività in esame.

La questione dell'assenza di una definizione risulta rilevante perché va ad incidere anche sull'oggetto della prova contraria nei casi in cui l'art. 2497-*sexies* stabilisce una presunzione a carico del soggetto tenuto per legge al consolidamento dei bilanci o che comunque eserciti il controllo ai sensi dell'art. 2359.

La mancanza di una definizione positiva dell'attività *de qua* ha reso pertanto necessaria un'opera interpretativa, da parte della dottrina e della giurisprudenza, che ne indicasse le connotazioni essenziali. Orbene, secondo un orientamento giurisprudenziale ampiamente diffuso, perché sussista la direzione e coordinamento “*non è sufficiente il controllo statico della società sottoposta, ma è necessaria un'attività di significativo e determinante condizionamento dell'autonomia gestionale della società controllata, concretantesi nell'esercizio di un insieme di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale e commerciale che attengono alla conclusioni degli affari sociali*”²⁶.

²⁶ *Ex multis*, Trib. Mantova, sez. II, 16 ottobre 2014, in *Società*, 12, 2015, 1405 ss.; Trib. Pescara, 2 febbraio 2009, in *Foro it.*, 2009, 2843; Trib. Palermo, 15 giugno 2011, in *Foro it.*, 2011, 3164.

È stato ulteriormente precisato che *“l’attività di direzione e coordinamento costituisce un’attività di fatto, giuridicamente rilevante, che si esprime principalmente come influenza dominante sulle scelte e determinazioni gestorie degli amministratori della società eterodiretta che ne sono i naturali referenti e destinatari; perciò per attività di direzione e coordinamento deve intendersi l’esercizio in concreto di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell’impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali; si tratta dell’espressione di un potere di ingerenza che si esplica attraverso un flusso costante di istruzioni impartite alla società eterodiretta che si traspongono in decisioni dei suoi organi”*²⁷.

Segnatamente l’attività di coordinamento realizza un sistema di sinergie tra diverse società del gruppo nel quadro di una politica strategica complessiva, estesa all’insieme delle società, mentre l’attività di direzione individua una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell’impresa ossia sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali.

Si evidenzia, inoltre, che l’attività direttiva rilevante ai fini dell’applicazione sia dell’art. 2497 sia dell’art. 2497-*bis*, è comunque quella che interferisce con la gestione dell’impresa e si ingerisce in essa²⁸.

Da essa emerge, in ogni caso, come l’attività in questione, e la responsabilità che dal suo esercizio abusivo può derivare, prescindono dall’esistenza di un controllo “ai sensi dell’art. 2359”, realizzandosi attraverso l’esercizio effettivo del potere di una società di dirigere e coordinare altre società secondo un progetto unitario²⁹.

In conclusione, in applicazione dei generali criteri di chiarezza, gli amministratori di una società controllata da altra società devono redigere il progetto di bilancio non sulla base di presunzioni legali

²⁷ Trib. Milano, 10 novembre 2014, n. 13179 in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*.

²⁸ Trib. Milano, 27 febbraio 2019, in *Società*, 2019, 99.

²⁹ Trib. Milano, 9 gennaio 2018, in *Notariato*, 2019, 59.

iuris tantum, bensì della situazione di fatto e pertanto devono dare informazione della relazione infragruppo solo ove l'attività di direzione e coordinamento sia stata "effettivamente esercitata".

4.

4.1. Secondo Trib. Torino, 11 gennaio 2022, n. 70³⁰, *l'esigenza di fornire informazioni in merito alle operazioni con parti correlate nella nota integrativa costituisce una declinazione del più generale principio di trasparenza del bilancio, poiché la conclusione di contratti con società collegate o controllate ovvero con persone fisiche in stretto rapporto con chi è tenuto alla redazione del bilancio può indurre il sospetto di conflitti di interesse e di scelte di favore, non del tutto adeguate e rispondenti all'interesse della società; sicché, il bilancio d'esercizio di una società di capitali, che violi i predetti principi declinati dagli artt. 2423, co. 2 e 2427, co. 1, n. 22-bis, c.c., è illecito ed è quindi nulla la deliberazione assembleare con cui esso sia stato approvato.*

4.2. *La fattispecie.* La società Beta s.p.a., costituita per l'esecuzione di trasporti, ne affida l'esecuzione anche a propri soci, che hanno il controllo congiunto e che nominano propri amministratori e sindaci quali organi di Beta.

Dal confronto tra gli affidamenti dei servizi di trasporto a favore dei soci che hanno il controllo di Beta e quelli affidati ai non soci emerge che sono praticate tariffe pregiudizievoli per Beta, cioè tariffe più onerose per Beta nei confronti di vettori soci, rispetto a quelle applicate ai vettori non soci, con conseguente pregiudizio per Beta, ad avviso del socio di minoranza Alfa s.r.l., per molti milioni di euro.

Secondo il Tribunale, la nota integrativa, con la mera indicazione della parte correlata, della tipologia generale delle operazioni poste in essere, dell'importo complessivo di tutte le operazioni riguardanti ciascuna parte correlata, risulta carente delle informazioni necessarie per la comprensione *degli effetti delle operazioni*, dell'impatto sul risultato economico dell'esercizio in termini di utili o per-

³⁰ In *Riv. dir. comm.*, 2025, II, 637.

dita. In presenza di operazioni con parti correlate, nella nota integrativa non è sufficiente precisarne la tipologia e l'importo e schematizzare le operazioni passive e quelle attive con la relativa parte correlata.

Quindi, se una società è gestita concludendo affari non a condizioni di mercato (e dunque, in una certa misura, a vantaggio della controparte, secondo logiche particolari) è necessario che tutti gli interessati (azionisti di minoranza, ma anche clienti, banche, fornitori, dipendenti, ecc.) siano posti in condizione di esserne informati, con indicazioni precise e ben dettagliate.

Di qui l'impugnativa da parte del socio di minoranza "Alfa" della deliberazione assembleare che ha approvato il bilancio "perché non presa in conformità della legge, specificamente in violazione degli artt. 2424 e 2427". In particolare, la nota integrativa del bilancio di Beta, sotto la rubrica *Informazioni sulle operazioni realizzate con parti correlate*, non fornisce le indicazioni previste dall'art. 2427, comma 1, n. 22-*bis*³¹.

Più in particolare, si legge nella sentenza, che pur avendo Beta realizzato operazioni con parti correlate non concluse a normali condizioni di mercato, la nota integrativa, sotto la rubrica "Informazioni sulle operazioni con parti correlate" esponeva solo che "La società, in osservanza di quanto disposto in sede costituente e riportato nello statuto sociale, nel quale si è data deroga ai vincoli derivanti dal disposto dell'art. 2390, ha in essere relazioni commerciali anche con fornitori soci", senza fornire, rileva la sentenza, alcuna delle informazioni prescritte dall'art. 2427, comma 1, n. 22-*bis*, secondo cui la nota integrativa deve indicare le operazioni realizzate con parti correlate, precisando l'importo, la natura del rapporto e ogni altra informazione necessaria per la formazione del bilancio relativa alle operazioni, qualora le stesse non siano state concluse a normali condizioni di mercato.

³¹ Questa definizione è stata introdotta dal d.lgs. 3 novembre 2008, n. 173, attuativo della direttiva 2006/46/CE. A seguito della modifica introdotta dal d.lgs. n. 139 del 2015 l'obbligo di *disclosure* delle operazioni con parti correlate sussiste soltanto qualora queste siano rilevanti e non siano state concluse a normali condizioni di mercato. La descrizione delle operazioni con parti correlate concerne anche i bilanci redatti in forma abbreviata.

4.3. *Le difese della convenuta.* La convenuta “Beta” ha eccepito di aver provveduto: nello stato patrimoniale a riportare l’importo totale dei crediti e dei debiti verso le imprese collegate; nella nota integrativa ad indicare l’importo totale dei crediti e dei debiti verso le imprese collegate ai sensi dell’art. 2359, comprensivo di “debiti commerciali verso i soci che esercitano un’influenza notevole in quanto detengono una percentuale di capitale sociale maggiore di un quinto, nello specifico il 31,33%; nella relazione sulla gestione ad inserire uno specifico riferimento per evidenziare le operazioni con le parti correlate”.

Aggiungasi, secondo le difese della convenuta “Beta”, che la nota integrativa è stata integrata con la seguente informazione: “ai sensi del n. 22-*bis*, comma 1, dell’art. 2427, la società ha realizzato operazioni con parti correlate, così come definito dal Principio Contabile OIC 12 e dal Principio Contabile Internazionale IAS 2”.

La convenuta “Beta” ha quindi aggiunto di aver fornito indicazioni della tipologia di operazioni e dell’importo delle operazioni compiute con parti correlate, con uno schema per le operazioni passive e uno schema per le operazioni attive, contenente l’indicazione della parte correlata, la specificazione della qualità di socio di Beta o di società con componenti nel CdA, l’importo complessivo delle operazioni per ciascuna parte correlata.

4.4. *La decisione del Tribunale.* Le difese di Beta non hanno peraltro convinto il Tribunale che, lapidariamente, ha così statuito: “I dati forniti dalla nota integrativa non sono sufficienti ai sensi dell’art. 2427, comma 1, n. 22-*bis*, che richiede sia fornita ogni informazione relativa alle operazioni necessarie per la comprensione del bilancio, dovendo essere comprensibile l’*effetto delle operazioni* sulla situazione patrimoniale e finanziaria e sul risultato economico dell’esercizio”: come, d’altronde, prescrive in chiusura il n. 22-*bis*³².

D’altro canto, è evidente che una società che sottoscrive contratti con parti correlate sta operando secondo logiche particolari: di qui la necessità di chiare informazioni.

³² In termini analoghi si è espresso Trib. Napoli, 27 aprile 2014, in *Banca, borsa*, 2025, II, 149, con nota di G. LIACE, *Le operazioni correlate e l’informativa di bilancio*.

Quindi, a pena di invalidità della delibera di approvazione del bilancio, l'organo amministrativo deve indicare in nota integrativa le motivazioni che hanno indotto a porre in essere l'operazione e a concluderla con parti correlate, anziché con terzi, e ciò attraverso una dettagliata analisi comparativa dei prezzi (tra parti correlate e terzi fornitori), dei termini e delle modalità di pagamento e di ogni elemento economico, commerciale e contrattuale idoneo a giustificare le operazioni, non essendo sufficienti autoreferenziali definizioni prive di elementi a supporto³³.

4.5. *Analisi dell'art. 2427, n. 22-bis*. Riepilogando. L'art. 2427, al n. 22-bis, stabilisce che la nota integrativa deve indicare le operazioni realizzate con parti correlate³⁴, precisando l'importo, la natura del rapporto e ogni altra informazione necessaria per la comprensione del bilancio relativa a tali operazioni, qualora le stesse non siano state concluse a *normali condizioni di mercato*. Le informazioni – che debbono limitarsi esclusivamente alle operazioni con parti correlate rilevanti³⁵ (ex art. 2423, comma 4) – relative alle singole operazioni possono essere aggregate secondo la loro natura, salvo quando la loro separata evidenziazione sia necessaria per comprendere gli effetti delle operazioni medesime sulla situazione patrimoniale e finanziaria e sul risultato economico della società.

³³ App. Milano, 27 giugno 2018, in *Giur. comm.*, 2020, II, 869.

³⁴ P. MONTALENTI, *Le operazioni con parti correlate*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 319; M. STELLA RICHTER, *La nuova disciplina delle operazioni con parti correlate: profili di interesse notarile*, in *Studi e materiali* del Cons. naz. Notariato, 2011, 117; G. RACUGNO, *Commento all'art. 2427*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2018, 475; D. REGOLI, *Operazioni con parti correlate*, in *Trattato Donativi*, t. II, Milano, 2022, 1945, che si sofferma, in particolare, sui poteri e le responsabilità degli organi sociali coinvolti nell'applicazione della disciplina. Per quanto concerne le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, v. l'art. 2391-bis e art. 114 T.u.f., nonché le considerazioni di A. BLANDINI, *Società quotate e società diffuse*, Napoli, 2005, 316.

³⁵ Un'operazione con parti correlate potrebbe essere considerata rilevante anche qualora la sua entità non sia significativa dal punto di vista quantitativo, ma si ritenga che la relativa *disclosure* possa incidere sulle decisioni dei destinatari del bilancio: G. STRAMPELLI, *Commento all'art. 2427*, in AA.VV., *Le società per azioni*, diretto da Abbadessa e Portale, I, Milano, 2016, 2330, secondo il quale quando l'importo delle operazioni con parti correlate è rilevante, è da ravvisare comunque l'opportunità di dare conto di tali circostanze anche se le stesse sono state concluse a condizioni di mercato.

Tali operazioni sono ritenute pericolose dal legislatore in quanto possono essere concluse a condizioni differenti rispetto a quanto normalmente accadrebbe fra parti indipendenti. Le differenti condizioni possono riguardare non solo il prezzo, ma anche le motivazioni che hanno portato alla conclusione dell'operazione con una parte correlata invece che con terzi. Il legislatore non intende vietare tali operazioni, ma richiede solo che esse avvengano in completa trasparenza e con adeguata informazione.

Secondo lo *IAS* 24³⁶ una parte correlata all'entità che redige il bilancio è "una persona o un'entità che ha il controllo congiunto della società. È correlata anche la persona o l'entità che ha un'influenza notevole sulla società oppure il dirigente con responsabilità strategiche nella società stessa": quei soggetti che hanno il potere di determinare la pianificazione, la direzione e il controllo delle attività della società.

Secondo l'O.I.C. n. 12, Appendice G, per individuare le *normali condizioni di mercato*, si dovrebbero considerare non solo le condizioni di tipo quantitativo relative al prezzo e ad elementi ad esso connessi, ma anche le motivazioni che hanno condotto alla decisione di porre in essere l'operazione e a concluderla con parti correlate, anziché con terzi³⁷.

Il secondo comma dell'art. 2426 precisa che per la definizione di "parte correlata" si fa riferimento ai principi contabili internazionali adottati dall'Unione Europea.

Nello *IAS* n. 24 (§ 9) una parte correlata all'azienda che redige il bilancio può essere una persona o un'azienda:

a) una persona o uno stretto familiare di quella persona sono correlati a un'azienda che redige il bilancio se tale persona presenta una delle seguenti condizioni:

³⁶ L'art. 2426, comma 2, rimanda ai Principi Contabili Internazionali e, in particolare, allo *IAS* 24 per la definizione di parte correlata, di seguito riportata.

³⁷ Un esempio di operazioni con parti correlate, rispetto a cui ricorre l'obbligo di informativa, può essere quello di operazioni (cessioni/acquisti) tra parti correlate (imprese controllate/collegate) effettuate a prezzi di mercato, ma a condizioni di pagamento che non riflettono le normali condizioni di mercato, ovvero le condizioni che normalmente l'impresa sottoscrive con le altre controparti non correlate con cui intrattiene rapporti commerciali: cfr. E. SANTESSO, U. SOSTERO, *I principi contabili per il bilancio di esercizio*, Milano, 2016, 175.

(i) ha il controllo o il controllo congiunto dell'azienda che redige il bilancio;

(ii) ha un'influenza notevole sull'azienda che redige il bilancio;

(iii) è uno dei dirigenti con responsabilità strategiche dell'azienda che redige il bilancio o di una sua controllante.

b) un'azienda è correlata a un'azienda che redige il bilancio se si applica una qualsiasi delle seguenti condizioni:

(i) l'azienda e l'azienda che redige il bilancio fanno parte dello stesso gruppo (il che significa che ciascuna controllante, controllata e società del gruppo è correlata alle altre);

(ii) un'azienda è una collegata o una *joint venture* dell'altra azienda (o una collegata o una *joint venture* facente parte di un gruppo di cui fa parte l'altra azienda);

(iii) entrambe le aziende sono *joint ventures* di una stessa terza controparte;

(iv) un'azienda è una *joint venture* di una terza azienda e l'altra azienda è una collegata della terza azienda;

(v) l'azienda è rappresentata da un piano per benefici successivi alla fine del rapporto di lavoro a favore dei dipendenti dell'azienda che redige il bilancio o di un'azienda ad essa correlata. Se l'azienda che redige il bilancio ha un piano di questo tipo, anche i datori di lavoro che la sponsorizzano sono correlati all'azienda che redige il bilancio;

(vi) l'azienda è controllata o controllata congiuntamente da una persona identificata al punto a);

(vii) una persona identificata al punto a.i) ha un'influenza significativa sull'azienda o è uno dei dirigenti con responsabilità strategiche dell'azienda (o di una sua controllante).

È pur vero che i rapporti fra parti correlate sono aspetti ordinari delle attività commerciali e gestionali, ma è anche evidente che un rapporto con una parte correlata può avere un effetto sulla situazione patrimoniale-finanziaria e sul risultato economico dell'azienda. Infatti le parti correlate possono effettuare operazioni che le società indipendenti non effettuerebbero³⁸. Il risultato economico e la situa-

³⁸ Un'azienda che vende merci alla sua controllante al costo, potrebbe non vendere alle stesse condizioni ad altri clienti: operazioni con parti correlate possono

zione patrimoniale-finanziaria di un'azienda possono essere influenzati dai rapporti con parti correlate anche nel caso in cui non si verifichino operazioni con le stesse. La semplice esistenza del rapporto può essere sufficiente ad influire sulle operazioni dell'azienda con parti terze³⁹.

Il codice civile, all'art. 2391-*bis*, richiede – ma solo alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio – di indicare nella relazione sulla gestione ulteriori informazioni sulle operazioni con parti correlate⁴⁰.

non essere effettuate ai medesimi corrispettivi rispetto a quelli intercorrenti fra parti indipendenti.

³⁹ Per esempio, una controllata può interrompere i propri rapporti con una controparte commerciale a partire dal momento dell'acquisizione da parte della capogruppo di un'altra controllata che svolge la stessa attività della precedente controparte. In alternativa, una parte può astenersi dal compiere determinate operazioni a causa dell'influenza notevole in altra; una controllata può ricevere istruzioni dalla sua controllante a non impegnarsi in attività di ricerca e sviluppo. Per tali ragioni, la conoscenza di operazioni, saldi e rapporti in essere con parti correlate può incidere sulla valutazione delle attività di un'azienda ivi inclusi i rischi e le opportunità a cui l'azienda va incontro: cfr. E. SANTESSO, U. SOSTERO, *I principi contabili*, cit., 174.

⁴⁰ Cfr. L. ENRIQUES, *Mercato del controllo societario e tutela degli investitori*, Bologna, 2002; Cass., 28 marzo 2024, n. 8440, in *Foro it*, 2024, 6, I, 1838, ha precisato che in materia di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, la correlazione rilevante ai fini dell'applicazione delle regole volte ad assicurare la trasparenza e la correttezza sostanziale e procedurale delle operazioni con parti correlate va valutata fin dalla fase istruttoria, a nulla rilevando il venir meno dei requisiti necessari a qualificare una parte come correlata nel momento immediatamente precedente la fase decisionale; in particolare, Cass., 26 gennaio 2021, n. 1601, in *Riv. dott. comm.*, 2021, 2, 252, ha così statuito: in tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di "operazioni con parti correlate", sussiste la responsabilità dei sindaci ove, in occasione di tali operazioni omettano o esplichino in modo inadeguato il controllo su tutta l'attività sociale, poiché il dovere di vigilanza sancito dall'art. 2403 non è circoscritto all'operato degli amministratori, ma attiene al regolare svolgimento dell'intera gestione dell'ente ed è posto a tutela, oltre che dei soci, anche dei creditori sociali, in modo ancora più stringente nelle società quotate, considerata l'esigenza di garantire l'equilibrio del mercato (nella specie la S.C. ha rigettato il ricorso di un sindaco, sanzionato per omessa vigilanza in occasione di operazioni con parti correlate, non avendo rilevato significative carenze nel parere del previsto Comitato, pur potendo avvalersi degli strumenti informativi di cui all'art. 151 d.lgs. n. 58 del 1998); in argomento, v. G. RACUGNO, *La responsabilità dei sindaci in relazione all'art. 2427 n. 22-quater c.c.*, in *Giur. comm.*, 2025, II, 994.

4.6. *Inquadramento del contenuto della nota integrativa.* I passaggi della decisione del Tribunale evidenziano la necessità di procedere ad un inquadramento sistematico del contenuto della nota integrativa, sia sotto il profilo delle informazioni aggiuntive, che delle motivazioni delle valutazioni, al fine di comprendere gli effetti delle operazioni realizzate con parti correlate sulla situazione patrimoniale e finanziaria e sul risultato economico della società (art. 2427, comma 1, n. 22-*bis*), informazioni carenti nella fattispecie oggetto della nota integrativa sanzionata dal Tribunale.

Trattasi di *informazioni aggiuntive tipiche specifiche*⁴¹ previste appunto dal richiamato n. 22-*bis*, contrapponibili alle *informazioni aggiuntive tipiche generiche* previste senza indicazioni dal contenuto dall'art. 2423, comma 3, che il legislatore chiama genericamente "informazioni complementari".

I soci, con particolare riguardo agli azionisti di minoranza, ai dipendenti della società, ai creditori, ai terzi in genere e al mercato, debbono poter comprendere quali diversi risultati sarebbero emersi dal bilancio in assenza di operazioni realizzate con parti correlate, in particolare quale sarebbe stato il patrimonio netto, l'utile d'esercizio, la liquidità della società, i dividendi pagabili sulle azioni, nonché la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale⁴²: in sintesi un monitoraggio volto a verificare operazioni suscettibili di depauperare il patrimonio societario.

5.

5.1. Secondo Cass., 27 dicembre 2024, n. 2024⁴³, *se gli amministratori hanno l'obbligo, ex articolo 2427 n. 22-quater del codice civile, di indicare nella nota integrativa al bilancio la natura e l'effetto patrimoniale, finanziario ed economico dei fatti di rilievo avvenuti dopo la chiusura dell'esercizio, i sindaci, proprio perché il dovere di vigilanza*

⁴¹ E. BOCCHINI, *Diritto della contabilità delle imprese*, 2, *Bilancio d'esercizio*, Milano, 2021, 334.

⁴² Cfr. art. 3, comma 3, lett. b), d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (C.C.I.I.), cioè le condizioni di equilibrio patrimoniale, economico-finanziario.

⁴³ In *Giur. comm.*, 2025, II, _____.

loro imposto dall'articolo 2403 del c.c. si estende al regolare svolgimento dell'intera gestione sociale in funzione della tutela non solo dell'interesse dei soci ma anche di quello concorrente dei creditori sociali, non possono sottrarsi, a loro volta, al dovere di segnalare i fatti di rilievo avvenuti dopo la chiusura dell'esercizio, soprattutto in una situazione in cui gli stessi ne erano sin dall'inizio specificamente a conoscenza.

5.2. *Introduzione.* La responsabilità dei sindaci (di natura contrattuale)⁴⁴ ha principalmente il suo necessario presupposto nelle condotte di *mala gestio* degli amministratori⁴⁵, che abbiano determinato un danno per il patrimonio sociale in conseguenza della omissione di controllo incombente su quest'organo.

Ed in questo senso la Cassazione, 27 dicembre 2024, n. 34671, ha ribadito che il dovere di vigilanza imposto ai sindaci dall'art. 2403 del c.c. si estende al regolare svolgimento dell'intera gestione sociale in funzione della tutela non solo dell'interesse sociale ma anche di quello concorrente dei creditori della società e di tutti i terzi. In caso di inadempimento ai propri doveri, i sindaci sono responsabili verso la società e verso i terzi dei danni che ne possono conseguire.

Di conseguenza i sindaci non possono sottrarsi, al pari degli amministratori, al dovere di segnalare «la natura e l'effetto patrimoniale, finanziario ed economico dei fatti di rilievo avvenuti dopo la chiusura dell'esercizio» soprattutto in una situazione in cui gli stessi ne erano sin dall'inizio specificamente a conoscenza.

I fatti di rilievo in questione sono quelli – avvenuti dopo la chiusura dell'esercizio (che non incidono sui relativi valori, non richiedendo la modifica delle voci dello stato patrimoniale e del conto economico) che gli amministratori hanno l'obbligo, *ex art.* 2427 n. 22-

⁴⁴ Nei confronti dei soci *uti singuli* o dei terzi in genere la natura della responsabilità assume i caratteri della responsabilità aquiliana. All'azione contro i sindaci si applica, in quanto compatibile, la disciplina degli artt. 2393, 2393-bis, 2394-bis e 2395.

⁴⁵ Così, App. Palermo, 9 dicembre 1981, in *Fall.*, 1982, 248: «Il controllo di merito che i sindaci sono tenuti ad operare sulla gestione degli amministratori non va inteso come mera verifica della bontà o della opportunità delle operazioni sociali, ma piuttosto nel senso di un effettivo e frequente riscontro soprattutto della regolarità delle operazioni».

*quater*⁴⁶, di indicare nella nota integrativa al bilancio – suscettibili di modificare le “prospettive” della gestione sociale, la cui conoscenza può incidere (in senso positivo o negativo) sulla valutazione da parte del lettore del bilancio dei risultati dell’esercizio⁴⁷.

In tal senso si esprime anche il principio contabile nazionale OIC 29, par. 59, ai sensi del quale devono incidere sui valori di bilancio «quei fatti positivi e/o negativi che evidenziano condizioni già esistenti alla data di riferimento del bilancio, ma che si manifestano solo dopo la chiusura dell’esercizio», mentre sono oggetto soltanto di illustrazione nella nota i «fatti che indicano situazioni sorte dopo la data di bilancio, che non richiedono variazione dei valori di bilancio, in quanto di competenza dell’esercizio successivo».

5.3. *L’art. 2407 c.c.* Le vicende sottese alla decisione della Cassazione n. 36471/2024 prendono le mosse da un contenzioso che aveva visto paralizzare la pretesa creditoria di un collegio sindacale da parte del curatore della società fallita per avere il primo omesso, nella relazione al bilancio di propria competenza, la rappresentazione di una particolare operazione di acquisto/retrocessione azioni,

⁴⁶ Disposizione introdotta con il d.lgs. 18 agosto 2015, n. 139, in recepimento dell’art. 17, par.1, lett. a), della Direttiva 2013/34/UE. Antecedentemente queste informazioni dovevano essere date dalla relazione sulla gestione (art. 2428, comma 3, n. 5). In ogni caso, come ha chiarito la giurisprudenza, il bilancio non può essere considerato non veritiero o non corretto solo perché un’informazione che doveva essere data nel bilancio (cioè nella nota integrativa) sia stata data in un allegato (cioè nella relazione sulla gestione), o viceversa.

⁴⁷ Cfr. G. STRAMPELLI, *Diritto contabile*, Torino, 2022, 211: «Alla stregua di quanto affermato, ai sensi dell’art. 2323-bis, comma 4, *esulano certamente dall’ambito applicativo della norma in esame i fatti di competenza dell’esercizio cui si riferisce il bilancio ma conosciuti dopo la chiusura dello stesso*. Benché in base alla lettera dell’art. 2427, comma 1, n. 22-bis, possa sembrare che soltanto nella nota integrativa debba farsi menzione dei fatti accaduti dopo la chiusura dell’esercizio, è da ritenere, secondo la pacifica interpretazione accolta anche dai principi contabili nazionali e internazionali, che per delimitare la portata della norma si debba accertare se gli eventi verificatisi dopo la chiusura dell’esercizio producono conseguenza “di competenza” dell’esercizio in corso ovvero se siano il “riflesso” di fatti accaduti prima della chiusura dell’esercizio e che influiscono pertanto sulla determinazione del valore delle attività e delle passività esistenti a tale data». L’OIC 29, § 63, fornisce alcuni esempi di fatti successivi che richiedono un’informativa nella nota integrativa.

avvenuta dopo la chiusura dell'esercizio, ma destinata significativamente ad incidere sul risultato dell'esercizio.

La difesa del collegio sindacale risulta incentrata, da un lato, sull'art. 2423-bis, n. 4, che impone di tenere conto solo dei fatti *di competenza dell'esercizio*, dall'altro, sulla collocazione dell'art. 2427 n. 22-*quater*, secondo cui la nota integrativa deve indicare «la natura e l'effetto patrimoniale, finanziario ed economico dei fatti di rilievo avvenuti dopo la chiusura dell'esercizio», che chiarisce come tale onere ricada non certo sui sindaci ma sugli amministratori.

Il *decisum* della Cassazione parte dalla premessa che il dovere di vigilanza imposto ai sindaci dall'art. 2403 è configurato dalla legge con particolare ampiezza, poiché non è circoscritto all'operato degli amministratori, ma si estende al regolare svolgimento dell'intera gestione sociale in funzione della tutela non solo dell'interesse dei soci ma anche di quello concorrente dei creditori sociali e dei terzi⁴⁸: né, d'altra parte, riguarda solo il mero e formale controllo sulla documentazione messa a disposizione dagli amministratori, essendo conferito ai componenti del relativo collegio il potere-dovere di chiedere notizie sull'andamento generale e su specifiche operazioni quando queste possono suscitare perplessità, per le modalità delle loro scelte o della loro esecuzione, e, ove di tali scelte degli amministratori siano specificamente a conoscenza, di rappresentarle adeguatamente nelle proprie relazioni, nell'interesse dei creditori, della società, e di tutti i terzi che con la stessa vengono in contatto.

Di qui l'eccezione di inadempimento ai loro doveri di sindaci eccepita dalla curatela, in via riconvenzionale ai sensi degli artt. 1218 e 1460, in relazione alla loro richiesta di compenso.

Nella fattispecie dunque alla responsabilità degli amministratori per violazione dell'art. 2427 n. 22-*quater* si accompagna la “responsabilità concorrente” dei sindaci, responsabilità per fatto proprio di tipo omissivo per *culpa in vigilando*. Gli amministratori hanno violato una norma in materia di bilancio e i sindaci, dal loro canto, non hanno vigilato con la diligenza professionale richiesta al loro ruolo.

⁴⁸ V., recentemente, Cass., n. 2350/2024; Cass., n. 2772/1999; Cass., n. 5287/1998; più recentemente, in tema di sanzioni amministrative, Cass., n. 1601/2021.

5.4. *L'art. 2427 n. 22-quater*. Passando ora all'esame della disposizione di cui all'art. 2427 n. 22-*quater* emerge che la "nota integrativa"⁴⁹ deve indicare la natura e l'effetto patrimoniale, finanziario ed economico dei *fatti di rilievo* avvenuti dopo la chiusura dell'esercizio, fatti che non incidono sui valori di bilancio, non richiedendo la modifica delle voci dello stato patrimoniale e del conto economico⁵⁰.

Tali fatti producono effetti sull'esercizio appena concluso oppure su quelli successivi. È necessario peraltro procedere ad una distinzione tra le due fattispecie.

La prima riguarda fatti rilevanti che possono rappresentare dei rischi futuri – o comunque che possono determinare delle perdite future – e che, nel contempo, trovano origine in operazioni evidenziate in bilancio e sono a queste strettamente correlate⁵¹. In tal caso tutte le informazioni disponibili vanno considerate ai fini della formazione

⁴⁹ L. DE ANGELIS, *Elementi di diritto contabile*, Milano, 2019, 147; E. BOCCHINI, *La nota integrativa*, in *Diritto della contabilità delle imprese*, 2, *Bilancio di esercizio*, Torino, 2021, 327; G. RACUGNO, *La nota integrativa*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, 292.

⁵⁰ La norma si riferisce ai fatti di rilievo verificatisi tra la data di chiusura dell'esercizio e quella di approvazione del progetto di bilancio da parte dell'organo amministrativo, suscettibili di modificare le prospettive della gestione sociale e la cui conoscenza può dunque incidere (in senso positivo o negativo) sulla valutazione da parte del lettore del bilancio dei risultati dell'esercizio precedente e dei numeri di bilancio in generale. Se il fatto si manifesta tra la data di redazione del progetto di bilancio e quella di approvazione da parte dell'assemblea e questo è di rilevanza assoluta, il progetto di bilancio deve essere opportunamente modificato: doc. O.I.C., *Principio contabile n. 29, Cambiamenti di principi contabili, cambiamenti di stime contabili, correzione di errori, fatti intervenuti dopo la chiusura dell'esercizio*, in *Principi contabili OIC* a cura di Fornaciari, Milano, 2017, 1125, che distingue tre tipologie di fatti intervenuti dopo la chiusura dell'esercizio: *a*) fatti successivi che devono essere recepiti nei valori di bilancio; *b*) fatti successivi che non devono essere recepiti nei valori di bilancio; *c*) fatti successivi che possono incidere sulla continuità aziendale. Cfr. G. STRAMPELLI, *Art. 2427*, in *AA.VV., Le società per azioni*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, I, Milano, 2016, 2337. Il monitoraggio sulla sostenibilità dell'indebitamento e sulla continuità aziendale, in generale, è ora affrontato, approfonditamente, da F. NIEDDU ARRICA, *I principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale nella prospettiva della tutela dei creditori*, Torino, 2016, 45 ss.

⁵¹ Ad esempio al fatto di venire a conoscenza della situazione di potenziale fallimento di un cliente da cui si vanta ancora un credito.

del bilancio, ai sensi del n. 4 dell'art. 2423-*bis* che prescrive si debba tener conto dei rischi e delle perdite di competenza dell'esercizio, anche se conosciuti dopo la sua chiusura.

Diverso è il caso, invece di eventi accaduti dopo la chiusura dell'esercizio che generano un'influenza rilevante sulla gestione futura che non sono riconducibili ad operazioni effettuate nel precedente esercizio. Tali fatti costituiscono elementi da inserire in nota integrativa che si giudicano utili ai fini di modificare o di rinforzare il giudizio sulla gestione che scaturisce dal bilancio d'esercizio⁵².

In ogni caso qualora gli eventi successivi alla data di chiusura del bilancio che pregiudichino, totalmente o parzialmente, la prospettiva della *continuazione dell'attività*, degli stessi deve tenersi conto nella redazione del bilancio⁵³.

5.5. *La fattispecie*. Il fatto storico attinente alla gestione, da cui è scaturita la contestazione della curatela di un comportamento specifico e negligente dei sindaci, può essere così sintetizzato.

In prossimità della chiusura dell'esercizio 2019 (22.11.2019), la società poi fallita aveva ceduto il pacchetto azionario ADH così iscrivendo a conto economico, per competenza, la posta attiva di € 1.900.023,00, che aveva consentito di chiudere l'esercizio sociale con l'esposizione di un significativo utile, salvo poi, a distanza di soli due mesi deliberare (alla riunione del C.d.A. 28.2.2000, cui erano presenti i componenti del Collegio Sindacale), un percorso di riacquisizione del medesimo pacchetto azionario, conclusosi con il riacquisto del 2.7.2020, il tutto senza che, dal punto di vista finanziario, fosse intervenuta alcuna movimentazione in entrata e in uscita.

Proprio grazie all'appostazione a conto economico della voce attiva di € 1.900.023, la società aveva potuto chiudere l'anno con l'esposizione di un significativo utile, mentre, in realtà, alla data di approvazione dello stesso bilancio (30.10.2020), si era verificato un evento (la retrocessione delle azioni) che, pur di competenza del-

⁵² In questi termini E. SANTESSO, U. SOSTERO, *I principi contabili per il bilancio di esercizio*, Milano, 2016, 172, nt. 60.

⁵³ O.I.C. n. 29, § 59; in senso coincidente IAS 10, § 15. Sul *going concern principle* nella redazione del bilancio, v., in luogo di molti, M. SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, Milano, 2017, 64.

l'anno 2020, aveva completamente azzerato la portata della posta attiva fondante il risultato positivo dell'esercizio 2019.

L'operazione aveva avuto così una grande incidenza sul conto economico del 2019, e, conseguentemente, sull'esposizione di un utile significativo di gestione di una società, che si trovava in una situazione finanziaria già deteriorata.

Assume, a questo punto, necessario rilievo l'informazione del bilancio di esercizio verso l'esterno, come si ricava dalla pubblicità che deve essere data al bilancio, entro 30 giorni dalla sua approvazione, presso il Registro delle imprese (art. 2435). L'informazione fornita da tale documento non è destinata a restare confinata nella sfera interna dell'ente: pertanto, la nota integrativa, e quindi le informazioni contenute nell'art. 2427 n. 22-*quater*, che costituisce una delle quattro componenti del bilancio di esercizio (art. 2423, comma 1), con la sua pubblicazione presso il Registro delle imprese è posta nella disponibilità non soltanto di quanti, tra i soci, non abbiano preso visione della documentazione depositata secondo l'art. 2429 presso la sede della società, né partecipato all'adunanza convocata per la sua approvazione, ma anche a quanti creditori (finanziatori, fornitori, lavoratori e terzi in genere) sono estranei all'iniziativa, ma abbiano, a diverso titolo, l'interesse a conoscerne la situazione economica, patrimoniale e finanziaria⁵⁴, al fine di avere consapevolezza della stabilità e solvibilità della società, nonché delle sue prospettive reddituali nel breve e lungo periodo⁵⁵.

5.6. *La decisione della Cassazione.* Di fronte ad un'operazione con queste caratteristiche (connotata dalla sua collocazione in prossimità della chiusura dell'esercizio e dalla celerità della stipula di due atti di cessione di contenuto eguale e contrario), i sindaci, posti a conoscenza del progetto della società di riacquisto delle azioni in oggetto, avrebbero dovuto darne rappresentazione nella loro relazione al bilancio, che era aggiornata al 10.6.2020, e però silente circa gli accadimenti successivi, i quali, pur di competenza dell'esercizio 2020,

⁵⁴ Cass., 2874/2006; Cass., 23976/2004; Cass., 8048/1996.

⁵⁵ Cfr. G. FIGÀ, TALAMANCA, G. MARTUCCI, *Il bilancio di esercizio*, in *La società per azioni*, *Trattato di diritto privato Iudica-Zatti*, Milano, 2025, 770.

sarebbero necessariamente dovuti essere illustrati ai fini di una corretta comprensione dei risultati del bilancio 2019.

Ne consegue, sempre ad avviso della Cassazione, che se gli amministratori hanno l'obbligo, *ex art. 2427 n. 22-quater*, di indicare nella nota integrativa al bilancio «la natura e l'effetto patrimoniale, finanziario ed economico dei fatti di rilievo avvenuti dopo la chiusura dell'esercizio» – e l'evento di cui è causa rientrava senz'altro in tali fatti determinando in modo significativo una diversa lettura dell'utile di gestione conseguito nell'esercizio 2019 – i sindaci, proprio perché il dovere di vigilanza loro imposto dall'art. 2403 si estende al regolare svolgimento dell'intera gestione sociale, in funzione della tutela non solo dell'interesse dei soci ma anche di quello concorrente dei creditori sociali, non possono sottrarsi, a loro volta, al dovere di segnalare i fatti di rilievo avvenuti dopo la chiusura dell'esercizio, soprattutto in una situazione in cui gli stessi ne erano sin dall'inizio specificamente a conoscenza.

5.7. *L'OIC 29*. Secondo questo principio contabile i «fatti di rilievo avvenuti dopo la chiusura dell'esercizio», che sono oggetto soltanto di illustrazione in nota integrativa e non devono essere recepiti nei valori di bilancio, sono quelli che indicano situazioni sorte dopo la data di bilancio, che non richiedono variazione dei valori di bilancio, in quanto di competenza dell'esercizio successivo. Un esempio significativo è costituito, secondo l'OIC 29 n. 63, da contenziosi (contrattuali, legali, fiscali) relativi a fatti sorti o operazioni effettuate dopo la chiusura dell'esercizio.

Per converso, se tra la data di formazione del bilancio e la data di approvazione da parte dell'organo assembleare si verificano eventi tali da avere un effetto rilevante sul bilancio, e che richiedono modifiche ai valori delle attività e passività in bilancio, in conformità al postulato della competenza, l'OIC 29 n. 63 stabilisce che gli amministratori debbono adeguatamente modificare il progetto di bilancio nel rispetto del procedimento previsto per la formazione.

Per quanto concerne i fatti successivi che possono incidere sulla *continuità aziendale* (*going concern*), lo stesso principio precisa che di essi deve tenersi conto nella redazione del bilancio anche là dove tali eventi non possano essere considerati manifestazione di circostanze già esistenti nel corso dell'esercizio precedente.

Il postulato della “prospettiva della continuazione dell’attività” (art. 2423-*bis*, comma 1, punto 1) costituisce un caposaldo nelle valutazioni di bilancio, che hanno senso solo nell’ottica della continuazione dell’attività aziendale. L’accertamento di una qualsiasi causa che impedisca la normale continuazione dell’attività di impresa determina infatti l’abbandono dei criteri di valutazione comunemente adottati e la sostituzione con criteri di liquidazione, allorché l’azienda non sia più un complesso funzionante con *entry value* produttivo di reddito e degradi invece a coacervo di beni destinati al realizzo diretto (*exit value* per onorare i debiti)⁵⁶.

5.8. *L’art. 25-octies c.c.i.i.* Secondo l’art. 2403, comma 1, il collegio sindacale vigila sulla osservanza della legge e dello statuto, nel rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento. L’art. 3, comma 3, c.c.i.i., integrando l’art. 2086, comma 2, c.c., considera *adeguati* gli assetti organizzativi⁵⁷ che consentono di: (i) rilevare squilibri di carattere patrimoniale, economico e finanziario, tenuto conto della specifica attività svolta dall’impresa; (ii) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive della continuità per almeno 12 mesi, nonché rilevare i segnali della crisi di cui al comma 4; (iii) ricavare le informazioni necessarie all’utilizzo del test pratico di cui all’art. 13, comma 2, c.c.i.i.

Un nuovo e specifico dovere dei sindaci, che può prendere le mosse anche dall’art. 2427 n. 22-*quater*, è stato introdotto dall’art. 25-*octies* del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14⁵⁸, che impone loro l’obbligo di segnalazione la anticipata emersione della crisi dell’impresa, segnalando prontamente all’organo amministrativo il verificarsi di condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne

⁵⁶ Cfr. M. TALIENTO, *Il bilancio d’esercizio: clausola generale, postulati e deroghe secondo la disciplina civilistica e i principi contabili*, in *Trattato delle società* di diritto da Donativi, III, Milano, 2022, 1658.

⁵⁷ S. FORTUNATO, *Assetti organizzativi dell’impresa nella fisiologia e nella crisi*, in *Giur. comm.*, 2023, I, 901.

⁵⁸ Aggiornato al d.lgs. n. 136/2024: c.d. terzo correttivo al c.c.i.i.

rendano probabile la crisi⁵⁹ o l'insolvenza oppure il ritardo del pagamento dei crediti tributari o contributivi. L'obbligo in questione a carico dei sindaci ("allerta interna") si affianca a quello a carico dei creditori pubblici qualificati ("allerta esterna") di cui all'art. 25-*novies*⁶⁰.

L'organo di controllo societario segnala all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di composizione negoziata (art. 12 c.c.i.i.), ossia l'esistenza di condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza e la ragionevole perseguibilità del risanamento dell'impresa.

Il presupposto oggettivo della composizione negoziata e della segnalazione da parte dell'organo di controllo, è quindi la presenza di una situazione definita di "pre-crisi", come quella "condizione di squilibrio che rende probabile la crisi"⁶¹.

La segnalazione deve essere motivata, va fatta per iscritto, è trasmessa con mezzi che assicurano la prova dell'avvenuta ricezione e contiene la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle iniziative intraprese.

La tempestiva segnalazione all'organo amministrativo della anticipata emersione della crisi, e quindi del rischio di crisi, prosegue il 2° comma dell'art. 25-*octies*, sono valutate ai fini dell'attuazione o emersione delle responsabilità previste dall'art. 2407 in capo ai sindaci.

⁵⁹ S. ADAMO, *I sistemi di allerta tra insolvenza, crisi e continuità aziendale dell'impresa*, in *Studi in onore di Sabino Fortunato*, III, Bari, 2023, 1735; E. LA MARCA, *Insolvenza, crisi e pre-crisi nel codice della crisi. A valle della emanazione del decreto attuativo della direttiva insolvency*, in *Liber Amicorum Vassalli*, Torino, 2023, 293.

⁶⁰ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 3, *Contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, Milano, 2023, 345; G. D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2022, 23; S. DI AMATO, *Diritto della crisi d'impresa*, Milano, 2022, 22; G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2021, 11; A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2021, 106.

⁶¹ Che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi: art. 2, comma 1, lett. a, c.c.i.i.

Laddove l'organo amministrativo rimanga inerte troverà applicazione il 2° comma dell'art. 2406, e financo l'art. 2409, comma 7.

6. Ad avviso del Tribunale di Milano, 3 giugno 2025⁶², la responsabilità dell'amministratore sussiste quando la condotta da lui tenuta ha causato un danno diretto al patrimonio della società attraverso operazioni che hanno comportato una perdita di valore del patrimonio o un indebitamento ingiustificato. Sebbene possa avere un impatto sulla trasparenza e correttezza della rappresentazione della situazione patrimoniale, economica, finanziaria, la violazione delle norme sul bilancio non cagiona un *danno diretto* al patrimonio della società, ma un effetto indiretto negativo che può eventualmente essere collegato ad altri pregiudizi, come la perdita di credibilità presso i creditori.

7.

7.1. Secondo Trib. Genova, 27.12.2022, Pres. M. Tuttobene⁶³, al fine di verificare la corrispondenza del bilancio ai principi contabili applicabili, viene disposta C.T.U. con il seguente quesito: *«Il CTU letti gli atti, acquisito dalle parti l'esito finale, anche se controverso, delle consulenze tecniche licenziate nelle cause relative all'impugnazione di bilanci di precedenti esercizi; Dica, per ciascuna delle articolate contestazioni al bilancio 2012 [2018], se lo stesso (inteso nella sua sintesi con la nota integrativa) si possa ritenere redatto secondo i criteri di chiarezza e verità, avuto riguardo alle deviazioni contestate in citazione dai principi detti; in ordine alle voci già oggetto di impugnazione per precedenti esercizi è autorizzato parere meramente adesivo alle precedenti consulenze, ovvero, sinteticamente critico».*

7.2. *L'esito della C.T.U.* In particolare, con riferimento ad un primo nucleo di doglianze sollevate dall'attore AGI, il CTU ha riscontrato una serie violazioni in forza delle quali si può concludere che il bilancio 2018 non sia stato redatto in conformità ai principi di

⁶² In RDS, 2025, 748.

⁶³ In *Giurisprudenza delle imprese*.

chiarezza e verità di cui all'art. 2423, 2° comma, da leggersi in combinato disposto con i principi elaborati dall'Organismo italiano di contabilità (OIC) i quali, pur non essendo fonte del diritto, hanno comunque funzione interpretativa e integrativa⁶⁴.

7.3. *Sul rendiconto finanziario.* Ci si riferisce, nel dettaglio, alle divergenze patrimoniali riscontrate dall'ausiliario, rispetto al rendiconto 2017, in «*almeno due rilevanti componenti numeriche del Rendiconto Finanziario*», vale a dire (i) il flusso finanziario dell'attività di investimento nonché (ii) il flusso finanziario dell'attività operativa, senza che dette differenze numeriche siano state esposte in nota integrativa come richiesto dal principio contabile sub. OIC 10 richiamato dal CTU e relativo agli adempimenti da adottare in caso di impossibilità di comparare due flussi finanziari⁶⁵.

7.4. *Fondi per rischi ed oneri.* Il CTU ha poi riscontrato analoghe carenze informative in relazione (i) alla posta contabile “*fondi per rischi ed oneri - altri fondi*” nonché in relazione (ii) alla composizione ed alle movimentazioni della voce di Conto Economico “*oneri diversi di gestione*”.

(i) In particolare, con riferimento alla posta “*fondi per rischi ed oneri - altri fondi*”, il CTU ha in primo luogo evidenziato una consistenza della voce fondi per rischi ed oneri inferiore rispetto a quella contabilizzata del 2018, con una differenza algebrica pari ad euro 236.991,00 che in bilancio risulta, per contro, riportata e giustificata solo per euro 156.991,00 e senza che la sezione dedicata della Nota Integrativa dica nulla sul punto.

In secondo luogo, il CTU ha evidenziato l'assenza di indicazioni circa la natura dei relativi accantonamenti, ed in particolare circa la composizione della voce “*rischi diversi*”, voce quest'ultima avente un incremento pari ad euro 880.000,00 rispetto al 2017, che costituisce «*la parte preponderante della voce “fondi per rischi ed oneri”*» (cfr. p. 14, Relazione CTU). Ciò rappresenta pertanto, ad avviso anche di questo Tribunale, una palese e non marginale violazione del princi-

⁶⁴ Cass. civ., sez. trib. 32544/2019.

⁶⁵ Sulla rilevanza di detta carenza in termini di difetto di chiarezza, cfr. Trib. Roma 9 aprile 2003.

pio contabile OIC 31, il quale non consente di iscrivere un fondo rischi ed oneri per “rischi generici”, concludendo pertanto nel senso che il bilancio 2018 non possa ritenersi redatto secondo i criteri di chiarezza e verità, atteso che «*un qualunque lettore del documento non ha la possibilità di comprendere le reali movimentazioni contabili intervenute nell'esercizio in questione, né le ragioni dell'accantonamento per rischi effettuato, né, tantomeno, a quali tipologie di rischi “diversi” potesse essere esposta l'azienda*» (cfr. p. 16, Relazione CTU).

(ii) Del pari, con riferimento agli oneri diversi di gestione, il CTU ha evidenziato una serie di lacune informative – peraltro, in parte già evidenziate da AGI in sede di assemblea – relative a movimentazioni e disinvestimenti intervenuti e che non consentono di comprendere appieno l'appostazione *de quo* e la variazione che la interessano.

7.5. *Credito da conferimento.* Ci si riferisce, in particolare, alla mancata iscrizione in bilancio, da parte di ATP, del credito da conferimento dalla stessa vantato nei confronti del socio ATP S.p.A., punto in relazione al quale il CTU ha correttamente concluso – aderendo alla tesi del CTU nominato per l'analisi dei bilanci precedenti – che nel bilancio oggetto della presente controversia (2018) il credito in questione non avesse titolo ad esservi appostato a causa di un'intervenuta compensazione infragruppo.

In particolare, il CTU ha correttamente rilevato che il credito non potesse trovare specifica rilevazione contabile 2016, vista la compensazione con imputazione contabile all'esercizio 2016, e correttamente non figurava più a bilancio già per l'esercizio 2017 e a maggior ragione nel bilancio 2018.

7.6. *Dettaglio delle ulteriori censure relative a:*

(i) all'errata rilevazione contabile del parco automezzi (con particolare riferimento alle insufficienti svalutazioni operate in bilancio, alla luce delle intervenute dimissioni di alcuni automezzi e visti i principi OIC 9 e 16);

(ii) all'errata rilevazione del magazzino ricambi (con particolare riferimento all'iscrizione delle rimanenze per valori sovrastimati e visto il principio OIC 13);

(iii) all'errata appostazione dei crediti verso altri (con particolare riferimento all'appostamento in bilancio di credito nei confronti di Regione Liguria per un servizio tuttavia non ancora prestato, in violazione del principio di competenza di cui all'art. 2423-*bis* ed ai principi OIC 11 e 12);

(iv) all'analisi dei rapporti con le parti correlate (con particolare riferimento alle condizioni *non* di mercato che caratterizzavano la locazione con ATP). Peraltro, in relazione a detta censura, occorre precisare che il CTU – al netto della questione circa il superamento o meno della situazione di non corrispondenza dei canoni ai valori di mercato – ha evidenziato nuovamente una lacuna in termini di chiarezza, non ritenendo le esplicazioni contenute nella nota integrativa sufficienti per la comprensione «*della reale natura delle operazioni intercorse nell'esercizio con parti correlate*» (cfr. p. 33-34, Relazione CTU).

8.

8.1. Secondo Trib. Bologna, 14 febbraio 2018⁶⁶ deve escludersi la compromettibilità in arbitri delle controversie aventi ad oggetto l'impugnazione delle delibere di approvazione del bilancio d'esercizio. Le norme disciplinano la contabilità sociale, con la finalità di assicurare la chiarezza e la precisione dei bilanci, non solo sono imperative, ma contengono principi dettati a tutela, oltre che dell'interesse dei singoli soci ad essere informati dell'andamento della gestione societaria al termine di ogni esercizio, anche dell'affidamento di tutti i soggetti che con la società entrano in rapporti, i quali hanno diritto a conoscere l'effettiva situazione patrimoniale e finanziaria dell'ente, e sono pertanto inderogabili, in quanto la loro violazione rende illecita, e quindi nulla, la delibera di approvazione.

8.2. *L'introduzione del giudizio.* Con atto di citazione, GL, in qualità di socio (di minoranza) della società ATP, conveniva in giudizio, innanzi al Tribunale di Bologna, la società ATP, proponendo impugnazione avverso la delibera con cui l'assemblea dei soci di ATP,

⁶⁶ In *Jus societario* 14 giugno 2018.

in data 26 aprile 2018, aveva approvato il bilancio relativo all'esercizio chiuso al 31 dicembre 2017, deducendo, quali motivi di illegittimità dell'impugnata delibera, *inter alia*, la violazione dei criteri contabili di veridicità, chiarezza e precisione di cui all'art. 2423, con conseguente richiesta di condanna della società al risarcimento del danno. L'attore, infatti, deduceva la sussistenza di vari vizi ed irregolarità, sostanziali e procedurali, vevoli, a suo dire, a rendere il bilancio inidoneo a fornire una rappresentazione chiara e corretta della situazione patrimoniale della società e del risultato economico di esercizio, così come richiesto dal citato art. 2423, comma 2, e, in particolare, esponeva che, già con PEC datata 23 aprile 2018, egli aveva contestato la regolarità del bilancio prima ancora della sua approvazione, chiedendo, senza tuttavia positivo riscontro, il rinvio della convocata assemblea che, invece, in data 26 aprile 2018, in sua assenza, si era comunque tenuta.

Lamentava, quindi, l'attore, quali vizi asseritamente invalidanti la delibera di approvazione del suddetto bilancio: *i*) l'omessa verifica preliminare, ai sensi dello Statuto sociale, dei titoli azionari per la corretta costituzione dell'assemblea; *ii*) la mancata menzione in nota integrativa e nelle relazioni di gestione e dei Sindaci delle controversie giudiziari e pendenti tra il sig. G. e la ATP; *iii*) la riduzione e la relativa ripartizione dei compensi degli amministratori, adottate in assenza di disposizioni dei soci in tal senso; *iv*) l'indicazione di acquisto di materiali semi-lavorati, invece di materie prime; *v*) l'errata classificazione e rappresentazione di alcune voci di bilancio; *vi*) l'indicazione delle spese legali e/o per consulenze sostenute in favore dell'avv. S.S. socio del sindaco V. e legale di fiducia dei Soci S.; *vii*) la divergenza dei dati occupazionali rispetto alle informazioni presso la Camera di Commercio; *viii*) l'omessa menzione della sostituzione del responsabile amministrativo della Società; *ix*) la taciuta indicazione di una serie di operazioni svolte dagli amministratori con parti collegate; *x*) la mancata iscrizione a bilancio degli importi da corrispondere al precedente CdA, così come da delibera assembleare del 27.4.2015; *xi*) l'illegittimità della nomina del nuovo CdA perché non ancora vigente la delibera di modificazione del numero degli amministratori.

Deducendo, infine, l'attore la lesione del proprio diritto ad essere adeguatamente informato dell'andamento societario, nonché l'abuso

del voto dei soci di maggioranza, chiedendo anche il risarcimento del danno conseguentemente patito.

8.3. *La posizione del convenuto.* Con comparsa di risposta ritualmente e tempestivamente depositata, si costituiva in giudizio la convenuta ATP, la quale, in via pregiudiziale, eccepiva l'incompetenza del Tribunale adito in ragione della clausola compromissoria di cui all'art. 25 dello Statuto societario, e, nel merito, contestava la fondatezza dei motivi di impugnazione *ex adverso* dedotti, chiedendo, altresì, la condanna dell'attore al risarcimento del danno per lite temeraria ai sensi dell'art. 96 c.p.c.

8.4. *La decisione del Tribunale.* Nel corso del giudizio, il Giudice, espletati gli incombeni di cui all'art. 183 c.p.c., disponeva c.t.u. contabile diretta ad accertare la “conformità del bilancio 2017 ai principi di redazione codicistici e contabili”, e, all'esito, all'udienza del 7 luglio 2020, previa reiezione delle ulteriori richieste istruttorie reiterate da parte attrice, fissava udienza di precisazione delle conclusioni.

Infine, all'udienza del 4 marzo 2021, il Giudice, sulle conclusioni precisate dai difensori delle parti, rimetteva la causa al collegio per la decisione, assegnando i termini di cui all'art. 190 c.p.c. per il deposito di comparse conclusionali e memorie di replica.

Motivi della decisione

Occorre in primo luogo valutare la fondatezza dell'eccezione pregiudiziale di arbitrato sollevata dalla società convenuta.

Come esposto in premessa, la società ATP ha tempestivamente eccepito l'incompetenza del Tribunale *ex adverso* adito, invocando la clausola compromissoria contemplata dall'art. 25 del vigente Statuto sociale che, testualmente, recita: “*Tutte le controversie che potessero insorgere tra la società ed i soci, gli Amministratori, i Liquidatori, i Sindaci in dipendenza dell'esecuzione o interpretazione del presente statuto, saranno rimesse al giudizio di un Collegio composto da tre Arbitri, amichevoli compositori, da costituirsi e regolarsi secondo le norme della Camera Arbitrale presso la Camera di Commercio della Provincia nella quale la società ha la sede legale. Si applicano gli articoli 34 e seguenti del d.lgs. n. 5/2003*”.

La clausola sopra riportata prevede sia il numero che le modalità di nomina di arbitri, oltre che il conferimento del potere di no-

mina a soggetto estraneo alla società per mezzo del riferimento al Regolamento della Camera Arbitrale della Camera di Commercio di Modena, sicché essa risulta valida e conforme al disposto di cui all'art. 34 Dlvo n. 5/2003.

La presente controversia non può rientrare nell'ambito di applicazione della clausola compromissoria in commento.

Come è noto, ai sensi dell'art. 806, 1° comma, c.p.c., "*Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge*".

Sul tema, la giurisprudenza di legittimità e di merito, con costante e consolidato orientamento⁶⁷, ha affermato che le controversie in materia societaria possono formare, in linea generale, oggetto di compromesso, con esclusione di quelle che hanno ad oggetto interessi della società o che concernono la violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi.

In particolare, l'area dell'indisponibilità deve ritenersi circoscritta quegli interessi protetti da norme inderogabili, la cui violazione determini una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte, quali le norme diretta a garantire la chiarezza, la verità e la precisione del bilancio.

In altre parole, l'indisponibilità del diritto costituisce il limite alla operatività della clausola compromissoria che, però, mantiene la sua efficacia con riferimento alle altre domande compromettibili, ovvero quelle che non investono direttamente la violazione dei principi inderogabili nell'interesse pubblico, di veridicità e chiarezza del bilancio.

Sono, quindi, esclusi dalla compromettibilità solo quei vizi capaci di pregiudicare il bene giuridico tutelato dalla chiarezza e veridicità del bilancio, posto a garanzia, non tanto e non solo dei singoli soci, ma anche della generalità dei consociati.

Sono pertanto inarbitrabili le impugnative di delibere di approvazione del bilancio⁶⁸.

⁶⁷ V. *ex multis*, Trib. Bologna, 18 ottobre 2019, n. 2254 e Cass. civ., sez. VI, IOrd., 5 febbraio 2018, n. 26962.

⁶⁸ Cass., 29 maggio 2019, n. 14665. Secondo L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, 2025, 27, "il diritto alla veridicità e correttezza della situazione patrimoniale e finanziaria della società non è fornito nell'attuale ordinamento societario dallo stesso tipo di tutela che connota i diritti indisponibili".

9. L'art. 2434-*bis* regola i profili procedurali dell'impugnazione delle deliberazioni di approvazione del bilancio d'esercizio assoggettandola a regole in parte difformi dalla disciplina generale in materia dettata dagli artt. 2377-2379-*bis*.

È preliminarmente opportuno dedicare alcuni cenni alla distinzione tra annullabilità e nullità della delibera di approvazione del bilancio, essendo ora espressamente ribadito dallo stesso comma 1 dell'art. 2434-*bis*, mediante il rinvio agli artt. 2377 e 2379, che entrambe le categorie di invalidità possono configurarsi in relazione a tale specifica delibera. Questa conclusione era peraltro già in precedenza pacifica essendo ampiamente condiviso in dottrina e in giurisprudenza (in conformità alla disciplina generale contenuta negli artt. 2377 e 2379) il principio secondo cui vizi di contenuto del bilancio danno luogo alla nullità della delibera, mentre vizi del procedimento all'annullabilità della stessa, fatta ovviamente eccezione per la mancanza della convocazione o del verbale che, data la loro particolare gravità, costituiscono cause di nullità ai sensi dell'art. 2379.

10. Venendo ora al dettato dell'art. 2434-*bis* è opportuno muovere dalla disamina del primo comma il quale, derogando al termine triennale previsto dall'art. 2379, comma 1, dispone che le azioni di cui agli artt. 2377 e 2379-*bis* non possono essere proposte nei confronti delle delibere di approvazione del bilancio dopo che sia stato approvato il bilancio dell'esercizio successivo. Non espressamente considerata dal legislatore è l'ipotesi in cui la società proceda alla contestuale approvazione di più bilanci successivi: sembra tuttavia preferibile la tesi che esclude la "meccanica" applicazione dell'art. 2434-*bis*, comma 1, che consentirebbe l'impugnazione soltanto di quello relativo all'esercizio più recente.

Il secondo comma dell'art. 2434-*bis* pone una limitazione alla legittimazione all'impugnazione della deliberazione assembleare di approvazione del bilancio prescrivendo che, qualora il soggetto incaricato della revisione legale dei conti abbia emesso un giudizio privo di rilievi, l'azione può essere proposta soltanto da tanti soci che rappresentino⁶⁹ almeno il 5% del capitale sociale. La limitazione ri-

⁶⁹ Congiuntamente: Trib. Milano, 14 maggio 2009, in Banca dati *De jure*.

guarda, dunque, soltanto i soci e non gli altri soggetti legittimati e che abbiano interesse all'impugnazione (*rectius* (come chiarito di seguito): alla dichiarazione di nullità) dell'approvazione del bilancio, ossia gli amministratori, i sindaci e i terzi⁷⁰.

Deve ritenersi che il limite all'impugnazione valga esclusivamente per l'azione di nullità della delibera di approvazione del bilancio e non anche per quella di annullamento. Resta fermo, come ribadito dalla relazione al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, che qualora il potere di impugnativa del singolo socio venga meno per effetto del limite alla legittimazione di cui al secondo comma dell'art. 2434-*bis* egli può agire per il risarcimento del danno eventualmente subito per effetto dell'approvazione del bilancio, nell'ipotesi in cui nonostante il giudizio positivo emesso dal revisore il contenuto dello stesso sia viziato.

L'ultimo comma dell'art. 2434-*bis* dispone che «il bilancio dell'esercizio nel corso del quale viene dichiarata l'invalidità di cui comma precedente tiene conto delle ragioni di questa». Sul punto, occorre chiarire che non spetta al giudice stabilire gli adempimenti conseguenti alla dichiarazione di invalidità del bilancio in quanto essi non sono predeterminati dalla legge e variano in conseguenza del vizio riscontrato, essendo perciò rimesso agli amministratori definire i «rimedi» da attuare in conseguenza dell'invalidazione. Va da ultimo precisato che l'obbligo degli amministratori di attivarsi per la sostituzione del bilancio dichiarato nullo nonché di tener conto delle ragioni dell'invalidità nella redazione del bilancio dell'esercizio corrente sussiste a partire dal momento del passaggio in giudicato della sentenza.

Abstract

Lo scritto si sofferma sui vari profili che concernono la formazione e l'approvazione del bilancio d'esercizio, come pure sulla disciplina dell'invalidità della delibera di approvazione e relativa impugnazione, sulle connesse responsabilità degli amministratori, anche con riguardo alla sede arbitrale. Si allarga quindi all'esame dell'informazione contabile sui rapporti infragruppo e sulle operazioni con parti correlate.

⁷⁰ Trib. Milano, 17 agosto 2011, in *Società*, 2011, 1261 ss.

This paper examines the preparation and approval of annual financial statements, focusing in particular on the legal framework governing the invalidity of resolutions approving such statements and the grounds on which they may be challenged. It also considers directors' liability in this context, including in arbitration proceedings. The paper further addresses the disclosure of intra-group relationships and transactions, as well as transactions with related parties.

MARIANNA RINALDO

I DANNI ENDOFAMILIARI NEL PRISMA DELLE NUOVE FAMIGLIE

SOMMARIO: 1. La responsabilità civile come risposta agli illeciti commessi all'interno delle relazioni affettive. – 2. Il principio di immunità familiare e l'incomunicabilità con l'illecito. – 3. Il riconoscimento del danno endofamiliare. – 4. La natura della responsabilità da illecito endofamiliare. – 5. La qualificazione giuridica delle condotte empiriche sanzionabili. – 6. Brevi cenni processuali. – 7. Ha un prezzo l'infedeltà coniugale? – 8. L'infedeltà nelle unioni civili e tra i conviventi *more uxorio*. – 9. Quando ad essere peccaminoso è il pensiero e non le azioni.

1. Con l'espressione “danno endofamiliare”¹ ci si riferisce al pregiudizio subito da un componente della famiglia a causa delle condotte illecite tenute da altro componente della famiglia appartenente allo stesso nucleo. Le fattispecie ascrivibili sono fra loro eterogenee e possono interessare i rapporti fra i partners, siano essi co-

¹ In argomento la dottrina è molto vasta. Si v. tra gli altri: C. CICERO, *Responsabilità civile e tutela dei diritti coniugali: verso la configurazione del diritto al risarcimento del danno per violazione della serenità familiare*, in *Resp. civ e prev.*, 2007, p. 2449 ss.; G. BUFFONE, *L'illecito endofamiliare*, in *IlFamiliarista*, 19 marzo 2015; P. CENDON, *Dov'è che si sta meglio che in famiglia?*, 2015, *passim*; G. FACCI, *Il danno endofamiliare*, in *Fam. e dir.*, 2011, p. 1147 ss.; A.C. NAZZARO, *Danno endofamiliare e danni nei rapporti tra “familiari”*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 827 ss.; S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, *passim*; ID., *Illeciti familiari: nuove sanzioni*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 295; V. PILLA, *La responsabilità civile nella famiglia*, Bologna, 2006, *passim*; R. ROSSI, *I danni endofamiliari*, in *Il quantum nel danno esistenziale. Giurisprudenza e tabelle, Trattati*, a cura di P. Cendon, Milano, 2010, p. 387 ss.; ID., *Le regole dei risarcimenti dei danni eso ed endofamiliari*, Milano, 2017, *passim*; M. SESTA, *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2008, *passim*; M. SESTA e G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2009, *passim*.

niugi, uniti civilmente e conviventi *more uxorio*, nonché i rapporti fra i genitori e i figli².

Il dibattito sul c.d. danno endofamiliare è relativamente recente ed è conseguenza della permeabilità del sistema giuridico alle istanze sociali, fenomeno che nasce dalla necessità di adeguare la regola pre-cettiva ai cambiamenti della società. Il tema unisce, quindi, due grandi branche del diritto civile, quella della famiglia e quella dell'illecito³, considerate per lungo tempo dalla dottrina e dalla giurisprudenza come sistemi autonomi e non comunicanti. In entrambi gli ambiti è fortemente sentita la necessità di riportare a coerenza il sistema normativo con i principi costituzionali (artt. 2, 3, 29 Cost.) e sovranazionali (art. 8 CEDU) che proteggono la persona considerata nella sua individualità e nelle formazioni sociali, nella specie quella che sorge dalle relazioni familiari. In particolare, il diritto di famiglia⁴ risente di forti implicazioni etiche e della mutevolezza dell'organizzazione sociale in cui si realizza e si esprime ciascun soggetto, il quale abbisogna di rinnovate modalità e strumenti di protezione a salvaguardia delle nuove emergenti posizioni giuridiche soggettive. È evi-

² V. IVONE, *Profili di danno endofamiliare*, Torino, 2020, p. 10.

³ G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2009, p. 16 ss.; A. FRACCON, *La responsabilità civile fra coniugi: questioni generali e singole fattispecie*, in *Tratt. resp. civ. e pen. in famiglia*, a cura di P. Cendon, vol. III, Padova, 2004, p. 2801; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 605 ss.; T. MONTECCHIARI, *Violazione dei doveri familiari e risarcimento del danno*, Napoli, 2008, p. 184 ss.; F. NICOLUSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eu. E dir. priv.*, 2008, p. 929; M. PALADINI, *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 2005 ss.; M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. e succ.*, 2011, p. 14; R. PARTISANI, *Sulla risarcibilità del danno cagionato in violazione dell'obbligo di fedeltà coniugale*, in *Resp. comunic. e impr.*, 2003, p. 87; S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, *passim* e spec. p. 32 ss.; A. ASTONE, *Crisi coniugale e responsabilità civile*, in *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello, in *Tratt. dir. fam.*, vol. I, diretto da P. Zatti, Padova, 2011, p. 1813 ss.

⁴ Per una generale analisi sul diritto di famiglia v. tra gli altri: G. ALPA, *I principi generali e il diritto di famiglia*, in *Dir. fam. e pers.*, 1993, p. 261; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2014, *passim*; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Milano, 2020, *passim*; G. GIACOBBE, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, Torino, 2016, *passim*.

dente, che ha senso ripensare a nuove tutele in ambito familiare solo se viene costruito un idoneo tessuto rimediale che possa fronteggiare fattispecie di danno che fino a qualche decennio fa erano prive di alcuna rilevanza giuridica. In questo senso, si discute di responsabilità civile nelle relazioni affettive.

Preliminarmente, va evidenziata la difficoltà di stabilire i contorni definitivi e dogmatici dell'istituto. Le ragioni che rendono complesso poter assurgere il danno endofamiliare a categoria dogmatica unitaria sono da attribuire in via di prima approssimazione ai seguenti fattori. Intanto, il danno endofamiliare pare, più che altro, evocare una categoria dogmatica mutevole poiché legata ai cambiamenti della società ed alla evoluzione del concetto di famiglia dal codice unitario ad oggi. La diversità dei modelli familiari all'interno dei quali è possibile la realizzazione di un illecito endofamiliare impone, quindi, di stabilire se il danno assume rilevanza giuridica in ogni forma familiare o se sussistono, al riguardo, delle riserve. L'istituto abbraccia una serie di fattispecie eterogenee che afferiscono al rapporto giuridico tra i coniugi, tra gli uniti civilmente e tra conviventi nonché al rapporto tra i genitori e i figli. Nel contemporaneo arcipelago familiare non vanno, tra l'altro, trascurati tutti i rapporti affettivi genitoriali intenzionali e sociali che assumono rilevanza in virtù della adesione volontaria ad un progetto genitoriale e familiare comune anche in assenza *dell'ius sanguinis* e del legame biologico (figli nati da PMA; famiglie allargate).

Le diverse fattispecie si identificano per due elementi unificanti: l'esistenza di un rapporto di natura familiare tra danneggiante e danneggiato; la commissione dell'illecito da un familiare a danno dell'altro appartenente al medesimo nucleo. Tuttavia, la portata lesiva della condotta illecita può assumere un diverso disvalore a seconda del rapporto affettivo considerato. In argomento, si afferma che nel rapporto fra coniugi sussiste per taluni versi una maggiore flessibilità e disponibilità dei soggetti coinvolti in virtù di un generale principio di autoresponsabilità e di autodeterminazione delle proprie condotte. Questo dato ha da sempre disincentivato una pressante ingerenza statale nelle questioni riguardanti la sfera personale e intima dei soggetti. L'impostazione ha trovato conforto per lungo tempo in dottrina ove si è affermata l'agiuridicità dei doveri coniugali *ex art. 143*

c.c. e di conseguenza l'incoercibilità dei loro contenuti, facendo leva sull'argomentazione meramente letterale dell'uso della parola "dovere" anziché "obbligo", l'unica, quest'ultima, ad imporre una natura precettiva al vincolo⁵. La tesi è stata ampiamente superata da altra impostazione condivisa, che attribuisce valore di regola imperativa ai doveri coniugali oltre che quella di direttiva morale di particolare valore sociale. Tuttavia, residua la convinzione che qualsivoglia sanzione non possa scattare *ex se* dalla sola violazione dei doveri coniugali. Volendo fare un esempio, si pensi alla violazione dell'obbligo di fedeltà, il quale può risultare fonte di addebito *ex art.* 151, co. 2, c.c. solo qualora l'infedeltà risulti essere la causa primaria della separazione e non la mera conseguenza di una crisi già in atto da tempo⁶. Vedremo in proposito, che al pari di quanto sostenuto dalla giurisprudenza ai fini dell'applicazione delle sanzioni *ad hoc* disposte in materia di famiglia per il tempo della crisi matrimoniale, anche per l'accoglimento delle domande di risarcimento del danno endofamiliare, i giudici, sovente, hanno elaborato criteri, per così dire, "aggiuntivi" alla condotta illecita contraria al dovere coniugale, al fine di escludere l'automatismo risarcitorio. Per quanto concerne, invece, il rapporto tra i genitori e i figli i doveri dei genitori vengono considerati con una maggiore rigidità e inderogabilità a causa della responsabilità genitoriale⁷. Nondimeno, andranno differenziate le ipotesi in cui il genitore si sottrae totalmente alla responsabilità genitoriale perché ignora i figli negando loro non soltanto il riconoscimento ma anche l'assistenza morale e materiale, dalle altre ipotesi in cui il genitore pur avendo riconosciuto e assunto consapevolmente il proprio ruolo, causi ai figli (o tramite loro ai terzi) un danno. In proposito, da ultimo, si discute animatamente del danno da omesso con-

⁵ V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, I, Milano, 1991, p. 117 ss.; A. SPANGARO, *La responsabilità per violazione dei doveri coniugali*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. Sesta, 2008, Torino, p. 83 ss.

⁶ Cass. civ., 29 aprile 2024, n. 11394 afferma che la violazione degli obblighi derivanti dal vincolo coniugale costituisce causa di addebito della separazione a meno che il coniuge cui sia ascritta la violazione provi l'anteriorità della crisi coniugale. Di tutto questo la sentenza deve dare conto nella motivazione.

⁷ A. MENDOLA, *Il danno da privazione del rapporto genitoriale e le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Dir. fam. e pers.*, 2019, p. 905 ss.

trollo di uso dei social da parte dei minori⁸, ovvero dei genitori separati che assumono un atteggiamento ostativo al sereno rapporto tra il figlio ed *ex partner* per es. evitando qualsiasi contatto con quest'ultimo al punto da dare vita al conosciuto fenomeno di c.d. alienazione parentale⁹. È evidente che ognuna di queste fattispecie assume un disvalore sociale e giuridico differente tale da incidere in sede di liquidazione del danno ed in combinazione con la gravità dell'offesa ed il peso del pregiudizio sofferto, sul *quantum*.

2. Il binomio “famiglia-responsabilità” ha fatto il proprio ingresso nell'ordinamento domestico solo a partire dagli anni 2000, quando la giurisprudenza ammise una generale tutela risarcitoria contro il danno endofamiliare. Ragioni sociali, culturali, etiche, dogmatiche e giuridiche avevano cristallizzato un principio di immunità a favore della famiglia, secondo il quale tutto ciò che accadeva nel perimetro delle mura domestiche era in qualche modo sottratto alla giurisdizione, se non nei limiti delle sanzioni tipiche previste dalla disciplina familistica. Se volessimo utilizzare un'antica espressione popolare diremmo che “*i panni sporchi si lavavano in casa*”, proprio per evidenziare la forte impermeabilità della famiglia rispetto alle regole della responsabilità civile¹⁰. L'approccio ermetico non deve stupire. Esso è rappresentativo del modo in cui si manifestava la famiglia fino alla metà del secolo scorso: era tradizionalmente considerata un gruppo chiuso governato dalle rigide regole della *patria potestas*, per effetto della quale il *pater familias* assumeva le decisioni esercitando la propria *auctoritas* verso la moglie e la prole¹¹. Nell'originaria im-

⁸ Tribunale Brescia, sez. I, 4 marzo 2025, n. 879.

⁹ Il fenomeno dell'alienazione familiare non è nuovo ed ha vissuto in giurisprudenza luci ed ombre (Cass. civ., 24 marzo 2022, n. 9691 che pare disconoscere il fenomeno). Si permetta il rimando a M. RINALDO, *Principio di bigenitorialità, conflitto di coppia e sindrome da alienazione parentale*, in *Dir. pers. e fam.*, 2013, 871 ss.

¹⁰ F. FINOCCHIARO, *La ricerca di tutela per la parte più debole non deve generare diritti al di là della legge*, in *Guida dir.*, 2002, p. 52.

¹¹ Il modello di famiglia istituzionale bene viene descritta in A. CICU, *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 3 ss.; ID., *Il diritto di famiglia, Teoria generale*, 1914, *passim*.

postazione codicistica, la comunità familiare veniva concepita quale organismo organizzato gerarchicamente e finalizzato al perseguimento di interessi superindividuali e finanche pubblicistici, sicché la relativa disciplina era precipuamente orientata a salvaguardare l'unità familiare sino a sacrificare le libertà ed i diritti fondamentali del singolo componente, in nome di un asserito "interesse superiore"¹². In altre parole, si voleva evitare che il gruppo familiare potesse essere messo a rischio dalle spinte disgregatrici derivanti dagli interessi del singolo membro. La famiglia del tempo veniva descritta nelle poche ma eloquenti parole del Maestro C.A. Jemolo, il quale la intese come «un'isola che il mare del diritto può solo lambire»¹³.

Alle ragioni culturali, antropologiche e sociali, altre di natura giuridica avallavano l'immunità familiare dalla responsabilità civile. Intanto, quest'ultima si prestava ad essere strumento prevalentemente rivolto alla riparazione dei pregiudizi patrimoniali ed estraneo alla protezione di situazioni di natura esistenziale e familiare. Ulteriormente, il diritto di famiglia si considerava come una *lex specialis* rispetto alla regola generale di cui all'art. 2043 cod. civ., con la diretta conseguenza che la risoluzione di tutte le problematiche familiari dovevano trovare regolamentazione nell'ambito del libro I del Codice Civile grazie alla propria disciplina *ad hoc*: la condotta lesiva di un coniuge ai danni dell'altro, legittimava il danneggiato a promuovere esclusivamente la separazione, il divorzio, la misura dell'assegno di mantenimento, l'addebito della separazione oltre che alle sue conseguenze in campo successorio e via dicendo. Infine, e come già evidenziato, il testo letterale dell'art. 143 c.c. che qualificava le situazioni giuridiche soggettive passive all'interno della famiglia come "doveri" e non "obblighi", escludeva la giuridicità del vincolo.

Avveduta dottrina non tardò a rilevare forti criticità verso l'impostazione tradizionale¹⁴. Negare aprioristicamente il ricorso allo strumento risarcitorio avrebbe comportato, principalmente, conse-

¹² F. MENGONI, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in AA.VV., *La famiglia crocevia della tensione tra "pubblico" e "privato"*, Milano, 1979, p. 286.

¹³ C.A. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, III, (1948-1949), Napoli, 1949.

¹⁴ P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 438 ss.

guenze paradossali e gravemente discriminatorie in contrasto con i principi di uguaglianza e di giustizia sostanziale di cui agli artt. 2 e 3 Cost: fattispecie che avrebbero in astratto integrato e qualificato un comportamento illecito e risarcibile *ex art.* 2043 c.c., tali non sarebbero state se in concreto consumate all'interno della famiglia¹⁵. Senza escludere che taluni individui, avvalendosi del loro vincolo di coniugio o di consanguineità, avrebbero potuto arrecare (magari volontariamente) danno sapendo di sfuggire ad ogni possibile responsabilità. Le sanzioni *ad hoc* proprie degli istituti familiari non venivano, oltretutto, considerate idonee per proteggere gli emergenti interessi familiari. In particolare, gli strumenti della separazione e del divorzio nonché l'addebito e l'assegno, avendo una impronta di preminenza assistenziale, non avevano alcuna funzione di riparazione del pregiudizio sofferto.

3. L'orientamento restrittivo risultò maggioritario per tutto il secolo scorso, entrando lentamente in crisi grazie ad importanti cambiamenti a livello ordinamentale, all'incessante contributo della dottrina che negli anni formulò numerose riserve sul dogma della inapplicabilità delle norme generali in materia di responsabilità civile in caso di illecito perpetrato all'interno della comunità familiare ed, infine, della giurisprudenza dalla cui esperienza empirica ha elaborato, nell'ultimo ventennio, grandi rivoluzioni ermeneutiche in ambito della responsabilità civile con particolare riferimento al danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.)¹⁶.

L'ingresso della Costituzione nell'ordinamento italiano è stato decisivo nell'interpretazione del concetto di famiglia¹⁷ e nell'approccio sull'ammissibilità del risarcimento. La norma cardine in materia

¹⁵ G. ALPA, M. BESSONE e V. CARBONE, *Atipicità dell'illecito*, Milano, 1993, p. 1 ss.

¹⁶ C. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, p. 104 ss.; C. PETTA, *Alcune considerazioni sulla natura giuridica della responsabilità da illecito endofamiliare e sulla sua estensibilità all'interno della famiglia di fatto*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, p. 107 ss.; G. VETTORI, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Pers. fam. e succ.*, 2007, p. 197 ss.

¹⁷ P. STANZIONE, *Rapporti personali nella famiglia: l'esperienza europea*, in *Familia*, 2001, p. 1097.

di famiglia e l'unica a darne una definizione espressa si rinviene nell'art. 29 Cost., la quale la intende come società naturale fondata sul matrimonio. La locuzione "società naturale" – che rimanda a una dimensione di anteriorità sociale dei diritti familiari precedente al loro espresso riconoscimento nell'ambito del diritto positivo – ha dato appiglio ad una visione restrittiva della famiglia da intendersi come quella che "naturalmente" consente la continuità della specie, mediante l'unione di un uomo e una donna destinata alla procreazione. L'impostazione, tra l'altro, è – *prima facie* – apparsa rafforzata dall'ulteriore dato espresso della prescrizione costituzionale, la quale aggiunge che la famiglia è società naturale "fondata sul matrimonio". La previsione, secondo un'interpretazione letterale, si traduceva in un riconoscimento esclusivo della famiglia legittima, una sorta di valvola di chiusura verso qualsivoglia forma di legame affettivo differente da quello coniugale¹⁸. Una interpretazione assiologica-valoriale ha restituito un concetto di famiglia più coerente ai principi costituzionali¹⁹. È innegabile che l'era delle grandi riforme in ambito familiare (L. sul divorzio n. 898/1970; riforma del diritto di famiglia n. 151/1975; L. sulla procreazione medicalmente assistita n. 40/2004; L. sulla filiazione n. 219/2012) ha inciso profondamente nell'analisi concettuale della nozione di famiglia, modificandone la struttura, i principi e l'organizzazione. Ciascun componente della relazione affettiva si pone in perfetta uguaglianza e pari dignità, in modo che ciascuno possa legittimamente aspirare al totale riconoscimento e alla realizzazione dei propri diritti fondamentali della persona come singolo e come membro della formazione sociale familiare.

Determinante fu, infine, la *vis expansiva* della giurisprudenza²⁰ che si andò formando negli anni '80 e si cristallizzò prima con le sen-

¹⁸ Secondo S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Bari, 2015, p. 25 «la storia ha progressivamente costruito il matrimonio come unica area all'interno della quale fosse possibile dare legittimità istituzionale all'amore».

¹⁹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, *passim*.

²⁰ G. FACCI, *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 125 ss.; E. NAVARETTA, *Corte Costituzionale e il danno alla persona "in fieri"*, in *Foro it.*, 2003, I, p. 2201 ss.

tenze gemelle del 2003²¹ e poi con le Sezioni Unite del 2008²² a favore dell'ampliamento di nuove voci di danno non patrimoniale risarcibile (danno morale soggettivo, danno biologico, danno esistenziale) sofferto a causa di condotte illecite lesive di diritti fondamentali della persona²³. È in questo clima di rinnovata evoluzione ermeneutica che i “nuovi danni” all'interno della famiglia hanno assunto rilevanza.

Antesignana dell'illecito endofamiliare fu la pronuncia della Cassazione del 10 maggio 2005, n. 9081²⁴. Seguì qualche anno dopo

²¹ Cass. civ., 31 maggio 2003 nn. 8827 e 8828, in *Danno resp.*, 2003, p. 818 e ss., con nota di F.D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate: la Corte di Cassazione e il danno alla persona*.

²² Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972/26973/26974/26975, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U. 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5*, Milano, 2005. La sentenza è stata ampiamente commentata. Cfr. F.D. BUSNELLI, *le sezioni unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 97 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 21 ss.; P. PERLINGIERI, *L'onnipotente art. 2059 c.c. e la tipicità del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 592 ss.; A. SCALISI, *Danno della persona e ingiustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 147 ss.; P. VIRGADAMO, *Danno non patrimoniale e “nuova ingiustizia conformata”: le “quattro stagioni” dell'art. 2059 c.c. in attesa della Corte Costituzionale?*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 598 ss. V. anche Cass. civ., sez. un., 19 settembre 2009, n. 18356, in *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 94 ss.

²³ F. GAZZONI, *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 73 ss.; ID., *L'art. 2059 c.c. e la Corte Costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 1292 ss.; ID., *Alla ricerca della felicità perduta (psicofavola fantagiuridica sullo psicodanno psicoesistenziale)*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, p. 691.

²⁴ Cass. civ., 10 maggio 2005 n. 9801, *Giur. it.* (2006), 4, p. 691. In tale occasione, il Tribunale di Palermo rigettava la domanda con la quale la moglie, parte attrice, dopo aver ottenuto dall'autorità ecclesiastica la dispensa dal matrimonio e dallo stesso Tribunale la sentenza di divorzio per inconsumazione, aveva chiesto che l'ex coniuge fosse condannato al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale subito a causa della sua condotta illecita e contraria ai canoni di lealtà, correttezza e buona fede, per non averla informata prima delle nozze delle sue condizioni fisico-psichiche o della sua *impotentia coeundi* e per avere omesso dopo il matrimonio, di sottoporsi ad opportune cure per evitare che le sue condizioni di salute fossero conosciute da terzi. La Corte territoriale, in conformità al giudice di prime cure, rigettava il ricorso mentre la Cassazione capovolse le precedenti pronunce sostenendo che in generale, la sessualità costituisce uno degli essenziali modi

altra fondamentale pronuncia nel 2011²⁵, la quale statuuì sulla pregiudizialità dell'addebito, precisando che l'assenza di addebito della separazione non risultava preclusiva di separata azione per il risarcimento del danno. Confermata, anche, la natura giuridica vincolante dei doveri coniugali precisando che ove la violazione cagioni la lesione di diritti costituzionalmente protetti, è possibile che integri gli estremi dell'illecito civile (art. 2043 c.c.) e dia luogo al risarcimento dei danni non patrimoniali (art. 2059 c.c.). Il presupposto per la fondatezza della pretesa risarcitoria è, dunque, la necessaria sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della struttura dell'illecito aquiliano: la condotta illecita, l'ingiusta lesione di interessi tutelati dall'ordinamento, il nesso causale e l'esistenza del concreto pregiudizio patito dal titolare dell'interesse leso.

L'apertura al riconoscimento del disvalore giuridico delle condotte illecite commesse in ambito familiare e idonee ad arrecare pregiudizio al singolo componente del nucleo, ha condotto a delineare nuove linee di indagine in materia sia sul piano sostanziale che su quello processuale. Se fino agli albori del nuovo secolo la domanda che si poneva di consueto il giurista era volta a comprendere se i danni endofamiliari fossero risarcibili, attualmente gli interrogativi si sono indirizzati sull'esigenza di definire la natura del danno; di individuare le condotte – tipiche o atipiche – idonee ad integrare l'ille-

di espressione della persona umana, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Costituzione impone di garantire. Pertanto, nel caso di specie, il coniuge che aveva omesso di informare l'altro coniuge prima del matrimonio delle proprie disfunzioni sessuali, tali da impedire l'assolvimento dell'obbligo coniugale, aveva commesso un illecito derivante dalla lesione del diritto fondamentale del coniuge a realizzarsi pienamente nella famiglia, nella società ed eventualmente come genitore.

Prima di questa data, talune decisioni isolate si erano mosse, seppur in linea di principio, sulla configurabilità della responsabilità risarcitoria: Cass. civ., 19 giugno 1975, n. 2468, in *Rep. Foro it.*, 1975, v. *Matrimonio*, p. 288; Cass. civ., 26 maggio 1995, n. 5866; Cass. civ., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Danno resp.*, 2000, p. 835.

²⁵ Cass. 4 maggio 2011 n. 18853, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 1, p. 174, con nota di E. GIACOBBE, *A. Trabucchi: un "profeta" inascoltato!*; *ivi*, 2012, 4, p. 1447; con nota di C. PETTA, *Infedeltà coniugale e responsabilità civile: la risarcibilità dell'illecito endofamiliare nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, p. 105 ss.

cito; di delineare le caratteristiche e i limiti di risarcibilità del danno; di individuare gli strumenti processuali applicabili al fine di comprendere se la domanda di risarcimento del danno endofamiliare possa essere avanzata anche nel giudizio di separazione (o di divorzio) o se piuttosto debba essere presentata in un separato giudizio²⁶.

4. L'orientamento prevalente della giurisprudenza ritiene che l'illecito endofamiliare rientri a pieno titolo nell'alveo dell'illecito aquiliano, configurando un'ipotesi di responsabilità *ex art. 2043 c.c.*²⁷. A bene vedere, non sono mancate voci discordanti²⁸, le quali hanno rilevato che l'illecito endofamiliare non operi tra estranei nella comune vita di relazione, ma solo tra i coniugi o tra genitori e figli: deve sussistere un determinato rapporto giuridico (familiare) tra soggetto attivo e passivo tale per cui si realizzi l'inadempimento di specifiche regole da comportamento, diversamente da quanto accade nella responsabilità *ex delicto* ove sussiste l'estraneità tra danneggiante e danneggiato²⁹. Non è configurabile, dunque, la generica infrazione del precetto *alterum non laedere* in quanto la violazione dei doveri familiari discende dall'inadempimento di uno specifico obbligo (di assistenza, di collaborazione e di fedeltà) derivante dalla legge secondo il disposto di cui all'art. 1173 c.c., per cui si fa legittimo rimando all'art. 1218 c.c.³⁰ e, dunque, alla responsabilità con-

²⁶ Prima del d.lgs. n. 164/24, correttivo della Riforma Cartabia del 2022 v.: F. DANOVÌ, *Gli illeciti endofamiliare: verso un cambiamento della disciplina processuale?*, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, p. 293 ss.; L.G. AMBROSINI, *La responsabilità del genitore "inadempiente": accordi fra genitori e poteri dal giudice, anche alla luce della l. n. 219/2012*, *ivi*, 2013, p. 1133 ss.; C. PIRRO, *Art. 709-ter c.p.c.: note sull'esercizio della potestà genitoriale*, in *Giur. it.*, 2013, p. 843 ss.; D. AMRAM, *Cumulo dei provvedimenti ex artt. 709-ter e 614-bis c.p.c. e adempimento dei doveri genitoriali*, in *Danno e resp.*, 2012, p. 783 ss.

²⁷ Cass. civ., 19 novembre 2020, n. 26383.

²⁸ A. NICOLUSSI, *Obblighi di protezione e responsabilità*, cit., p. 960 ss.

²⁹ E. GIACOBBE, *A. Trabucchi: un "profeta" in ascolto*, cit., p. 169 ss.; M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., p. 17; G. VETTORI, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 200 ss.

³⁰ La disputa sulla natura della responsabilità da illecito endofamiliare è stata efficacemente trattata da G. CARAPEZZA FIGLIA, *Violazione dei doveri coniugali e il-*

trattuale³¹. La ricostruzione, tuttavia, pare incontrare i limiti dell'a-contrattualità del negozio matrimoniale e della non patrimonialità della prestazione in contrasto con l'art. 1174 c.c. Per superare tali riserve è stata avanzata la tesi della natura mista dell'illecito endofamiliare secondo cui la sua qualificazione giuridica dipende dal carattere patrimoniale o non patrimoniale dell'obbligo violato: nel primo caso, la qualificazione sarà contrattuale (es. se sussiste violazione dell'obbligo di contribuire ai bisogni economici della famiglia); nel secondo caso, sarà extracontrattuale (es. se scaturisce dalla violazione dell'obbligo di fedeltà)³². Altra tesi, invece, evoca la categoria giuridica degli *Shutzpflichten* elaborata dalla dottrina tedesca, la quale rimanda all'inadempimento di obblighi di protezione (artt. 1173, 1175, 1218 c.c.)³³.

5. *La qualificazione giuridica delle condotte empiriche sanzionabili.* – La qualificazione giuridica delle condotte empiriche sanzionabili pone non poche difficoltà ermeneutiche. La scelta di sanzionare le sole condotte tipiche restringe il sindacato del giudice favorendo la funzione razionalizzatrice del diritto, al fine di evitare che l'atipicità diventi fonte di confusione nella individuazione delle situazioni giuridiche soggettive giuridicamente rilevanti. In sintesi ed in riferimento al rapporto coniugale, si dovrebbe riconoscere la risarcibilità del danno non patrimoniale per le sole ipotesi tipiche integranti le violazioni consumate all'interno della famiglia e sanzionate nella normativa civile e penale (es., la violazione del dovere di coabitazione ex artt. 146, 151 e 153 c.c. unitamente all'art. 570 c.p.; il dovere di reci-

lecito civile: l'esperienza italiana, in *Revista facultade de Direito e Ciência Política*, p. 33 ss.

³¹ G. DI ROSA, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Famiglia*, 2008, p. 3 ss.

³² G. OBERTO, *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, Milano, 2006, p. 16.

³³ L. MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, Torino, 2013, p. 31 ss.; A. NICOLUSSI, *Obblighi di protezione e responsabilità*, cit., p. 960 ss.; C. RIMINI, *Il danno conseguente alla violazione dei doveri matrimoniali*, in *Fam. pers. e succ.*, 2010, p. 620 ss.

proca assistenza e quello di mantenimento di cui agli artt. 143, 145, 151 c.c. ed eventualmente artt. 575, 172 c.p.; la violazione dell'obbligo di fedeltà *ex art.* 143 c.c., che trovava tutela nell'art. 560 c.p. dichiarato incostituzionale). L'argomentazione andrebbe se non altro bilanciata con la più ampia necessità di preservare la ragionevolezza ed equità di giudizio e la giustizia sostanziale del caso concreto. Quest'ultima esigenza verrebbe soddisfatta solo concedendo all'interprete un margine discrezionale più ampio nella valutazione concreta delle condotte familiari per le quali, comunque, non può essere minimizzata la complessità delle dinamiche interne al nucleo familiare e come tale la difficoltà da parte di un soggetto estraneo e terzo di comprenderne il reale disvalore. La questione è, tra le altre cose, particolarmente anodina per le convivenze di fatto ove non sussiste nella L. n. 76/2016 una regolamentazione tassativa del rapporto personale tra partners. Aderendo alla tesi della tipicità dovremmo addivenire alla conclusione, a mio modo di vedere da non condividere, di dovere escludere la convivenza *more uxorio* dalla risarcibilità del danno endofamiliare e finanche i rapporti di fatto (e non genetici) che si fondano sulla genitorialità intenzionale e sociale.

Piuttosto, l'argine per evitare il rischio di legittimare la deriva punitiva di condotte immorali (ma lecite) tali da risarcire pregiudizi bagatellari ed irrisori, è quella di circoscrivere la gravità dell'offesa e della non futilità del danno entro una soglia minima di rilevanza, sul presupposto, però, che ad essere leso sia un interesse fondamentale della persona.

6. Il d.lgs. n. 164/24, correttivo della Riforma Cartabia del 2022 riscrive l'art. 473-*bis* c.p.c. estendendo il rito speciale per persone, minorenni e famiglie anche alle domande di risarcimento del danno conseguente alla violazione dei doveri familiari. La novella ha una duplice portata: 1) ai giudizi per il risarcimento del danno endofamiliare sarà applicato il c.d. rito famiglia; 2) stante la coincidenza del rito, le domande di risarcimento del danno saranno oggetto di unico giudizio insieme alla istanza di separazione, di divorzio, di scioglimento di un'unione civile, di regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale. L'iter processuale viene senza dubbio semplificato riducendone i costi economici e la durata. Sarà la prassi a

dimostrare se queste stesse ragioni incentiveranno la conflittualità tra i coniugi mediante azioni fondate su elementi di scarsa rilevanza che non giustificano il diritto al risarcimento del danno.

La quantificazione del pregiudizio non patrimoniale derivante da offese endofamiliari rappresenta uno degli aspetti più complessi del giudizio. Non esistono automatismi in grado di tradurre in termini economici la sofferenza derivante dalla lesione di un legame affettivo. La valutazione del giudice si fonda necessariamente su criteri equitativi³⁴. Il soggetto che agisce è tenuto ad allegare circostanze specifiche idonee a dimostrare come la lesione abbia inciso concretamente sulle sue abitudini di vita, sulle relazioni sociali o sulla salute psichica. L'assenza o la carenza di tali elementi possono portare ad una liquidazione meramente simbolica o, addirittura, al rigetto della domanda per assenza di prova. Anche sotto questo profilo, la responsabilità civile in ambito familiare si conferma come uno strumento selettivo, destinato a operare solo nei casi in cui il pregiudizio sia effettivamente dimostrato.

7. *Ha un prezzo l'infedeltà coniugale?* I cambiamenti sociali e il riconoscimento normativo dei nuovi modelli familiari inducono ad affermare che in ogni famiglia di diritto o di fatto è possibile configurare l'illecito endofamiliare. Ciò che rileva nel rapporto è la violazione del dovere di lealtà – presente in tutte le forme familiari – tale da minare il nucleo imprescindibile di fiducia reciproca che deve caratterizzare il vincolo. Tuttavia, le diverse situazioni di illecito (nel matrimonio, nell'unione civile e nella famiglia di fatto) non sono del tutto sovrapponibili.

Tra gli illeciti più discussi vi è sicuramente quello derivante dalla violazione dell'obbligo di fedeltà³⁵. La ragione è comprensibile, es-

³⁴ Nella prassi giudiziaria, uno strumento frequentemente utilizzato è rappresentato dalle tabelle elaborate dal Tribunale di Milano per la perdita del rapporto parentale, applicate in via analogica e con gli opportuni adattamenti. Tali parametri non vengono utilizzati in maniera automatica ma rappresentano un parametro orientativo, che deve essere calibrato tenendo conto della durata della condotta, dell'età del soggetto leso e dell'intensità del legame compromesso.

³⁵ G. FERRANDO, *Crisi coniugale e responsabilità civile*, in *Rapporti familiari e responsabilità civile*, a cura di F. Longo, Torino, 2004, p. 48 ss.; G.F. BASINI, *Infedeltà*

sendo quello maggiormente rappresentativo della difficoltà di ammettere l'ingerenza statale nella sfera più intima della persona.

La giurisprudenza subordina la responsabilità risarcitoria del coniuge infedele a due requisiti specifici: *a*) l'accertamento della lesione di un diritto costituzionalmente protetto dell'altro coniuge; *b*) la prova del nesso di causalità tra l'infedeltà e il danno che non potrà consistere nella mera sofferenza psichica derivante dalla percezione dell'offesa. La violazione dell'obbligo di fedeltà produce un danno risarcibile soltanto quando, per le sue modalità gravi, reiterate e offensive, si sia tradotta nella lesione di un autonomo bene giuridico tutelato, come la dignità, l'integrità psico-fisica, l'onore o la riservatezza del coniuge offeso³⁶. Per qualificare la condotta come illecita e tale da determinare la condanna del coniuge infedele al risarcimento del danno non è di per sé sufficiente la mera condotta fedifraga³⁷. È richiesto qualcosa di più rispetto alla mera inadempienza del dovere coniugale: il *quid pluris*³⁸ della lesione a diritti fondamentali della persona i quali, nella specie, potrebbero risultare pregiudicati nel caso in cui l'infedeltà si consumi in pubblico (per es. nell'ambiente di lavoro) oppure in maniera plateale tale da incidere sulla reputazione, sulla dignità del coniuge o sulla sua salute (per es. provocandogli uno stato

deltà matrimoniale e risarcimento. Il danno «endofamiliare» tra coniugi, in *Fam. pers. e succ.*, 2012, p. 97 ss.; L. OLIVERO, *Unioni civili e presunta licenza d'infedeltà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1, p. 212 ss.; M. RICCIO, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 585 ss.

³⁶ Cass. civ., 12 aprile 2024, n. 9934;

³⁷ Cass. civ., 1 giugno 2012, n. 8862, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 123 ss.; Cass. civ., 11 agosto 2011, n. 17193, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 777 ss.; Cass. 11 giugno 2008, n. 15557, in *Fam. pers. e succ.*, 2009, p. 778 ss.

³⁸ G. CARAPEZZA FIGLIA, *Violazione dei doveri coniugali e illecito civile: l'esperienza italiana*, cit., p. 36 che «Questa prospettiva ricostruttiva rischia, però, di produrre una degiuridicizzazione dei rapporti familiari, nonostante la proclamata giuridicità dei relativi doveri. Infatti, la lesione delle situazioni soggettive familiari resta di per sé priva di tutela risarcitoria, in un quadro normativo già caratterizzato dal depotenziamento degli ulteriori profili sanzionatori del diritto di famiglia. Un tale ingresso della responsabilità civile nell'area dei rapporti familiari rischia di esasperare la concezione contrattualistica della famiglia e di disperdere la specificità di tale formazione sociale a vantaggio di una considerazione esclusiva dei diritti individuali dei suoi componenti».

di depressione). Per converso, non rilevano i comportamenti di minima efficacia lesiva suscettibili di trovare composizione all'interno della famiglia in forza di quello spirito di comprensione, tolleranza che è parte dal dovere di reciproca assistenza³⁹.

In un contesto di ampliamento delle condotte illecite risarcibili si è spesso sentita l'esigenza di individuare dei criteri di imputazione della responsabilità tali da circoscrivere l'area di rilevanza giuridica dell'illecito endofamiliare. Al riguardo parte della dottrina ha elaborato dei criteri soggettivi che fondano la responsabilità civile sul dolo⁴⁰ (per es. si è parlato di dolo generico, per il quale non è necessario che il soggetto attivo abbia l'intento di procurare all'altro un determinato pregiudizio, ma è sufficiente la rappresentazione e la consapevolezza dell'evento dannoso). La giurisprudenza, invece, richiede piuttosto la gravità della lesione dell'interesse e la non futilità del danno. La violazione del dovere familiare rappresenta, infatti, il presupposto dell'azione ma non è sufficiente a fondare il diritto al risarcimento del danno. Nei rapporti familiari la conflittualità è spesso fisiologica, soprattutto nei momenti di crisi o di trasformazione del nucleo familiare. Tuttavia, non ogni comportamento astrattamente lesivo assume rilevanza giuridica. Il punto centrale dell'analisi consi-

³⁹ Cass. civ., 19 novembre 2020, n. 26383, cit., afferma che «La natura giuridica del dovere di fedeltà derivante dal matrimonio implica che la sua violazione non sia sanzionata unicamente con le misure tipiche del diritto di famiglia, quale l'addebito della separazione, ma possa dar luogo al risarcimento dei danni non patrimoniali ex art. 2059 c.c., senza che la mancanza di pronuncia di addebito in sede di separazione sia a ciò preclusiva, sempre che [tuttavia] la condizione di afflizione indotta nel coniuge superi la soglia della tollerabilità e si traduca, per le sue modalità o per la gravità dello sconvolgimento che provoca, nella violazione di un diritto costituzionalmente protetto, quale, in ipotesi, quello alla salute o all'onore o alla dignità personale». Nel caso di specie il risarcimento del danno da illecito endofamiliare era stato escluso in conseguenza della violazione da parte della moglie dei doveri coniugali, che avrebbe determinato nel marito uno stato depressivo dopo l'allontanamento della moglie dalla casa familiare, atteso che mancava la prova del nesso tra il tradimento subito e lo stato depressivo in cui l'uomo era caduto.

⁴⁰ Cfr. E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European tort law*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, p. 150; M. DOGLIOTTI, *La famiglia e l'altro diritto: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale*, in *Fam. e dir.*, 2011, p. 161 ss.; G. FACCI, *Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile*, cit., p. 583.

ste nell'individuare quando le condotte di un coniuge superano il confine del dissidio relazionale e si collocano nell'area dell'illecito civile. La giurisprudenza ha chiarito che assumono rilievo le condotte caratterizzate da sistematicità, consapevolezza e incidenza concreta sulla persona dell'altro familiare. L'assenza prolungata, il disinteresse totale, la svalutazione costante o l'ostacolo deliberato alle relazioni affettive significative non vengono valutati come singoli episodi isolati, ma come comportamenti complessivi, idonei a incidere sulla dignità e sull'equilibrio psico-emotivo del soggetto leso. Questo criterio consente di tracciare una linea di demarcazione chiara tra mero conflitto e illecito. Si considera, allora, indispensabile, da una parte, che alla luce del dovere di solidarietà l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità; dall'altra, che il pregiudizio non sia futile, ma abbia una consistenza giuridicamente rilevante. Il principio di solidarietà costituisce fondamento del dovere di reciproca assistenza ed impone alle parti uno «spirito di comprensione e tolleranza» dei comportamenti di «minima efficacia lesiva». Per meglio comprendere, mentre non è stata ammessa la riparabilità del danno derivante dalla mera inosservanza dell'obbligo di fedeltà, è stato considerato risarcibile il danno patito da una donna tradita platealmente in pubblico⁴¹. La misura del danno, inoltre, diventa un filtro ulteriore rispetto all'ingiustizia, sì che la riparazione è esclusa quando il diritto non viene leso in modo rilevante. Il danno va concretamente provato. Il dolore emotivo è, di regola, una componente inevitabile delle crisi familiari ma non ogni sofferenza può essere qualificata in termini di danno. Non basta "allegare" l'inadempienza e l'accertamento

⁴¹ Interessante la pronuncia del Tribunale di Venezia del 3 luglio 2006, il quale ha dichiarato la responsabilità extracontrattuale di un marito "scoperto" dalla moglie, in una strada di città, in atteggiamenti particolarmente confidenziali con un'altra donna. Egli reagiva violentemente procurando alla moglie lesioni fisiche. Nella motivazione, che ha condotto il Tribunale a riconoscere non solo il risarcimento del danno biologico per le lesioni fisiche subite, ma anche la riparazione del danno non patrimoniale a causa della violazione della dignità della moglie, è rilevante osservare come non sia posta in discussione la libertà del marito di coltivare un'altra relazione, fatte salve le conseguenze sul piano della separazione e, quindi, sulla eventuale pronuncia di addebito; ma siano censurate, invece, le modalità (in flagranza) con le quali la moglie ha preso atto del fallimento dell'unione, che hanno profondamente inciso sulla sua dignità.

non riguarda tanto la sofferenza subita quanto l'incidenza del comportamento sulla personalità, sulle relazioni sociali e sulla generale esistenza del danneggiato. Sulla prescrizione dell'azione risarcitoria, se di illecito extracontrattuale si tratta, il termine prescrizione è quello quinquennale *ex art. 2947 c.c.* Tuttavia, la difficoltà risiede nell'individuazione del momento iniziale di decorrenza della prescrizione, considerato che le dinamiche familiari spesso producono effetti istantanei o prolungati nel tempo che si possono manifestare in modo graduale e non immediatamente percepibile. La valutazione del caso concreto assume, pertanto, una particolare rilevanza soprattutto laddove non sia possibile isolare l'unico evento lesivo da cui fare decorrere il termine.

8. Sulla risarcibilità del danno endofamiliare riferito alle coppie unite civilmente non sussistono dubbi. Tuttavia, non può essere taciuto che il tenore per alcuni versi omissivo e meno formalistico della L. n. 76/2016 ha indotto gli interpreti a sollevare talune perplessità non soltanto sull'ammissibilità del risarcimento (ovvero altra sanzione) ma sulla natura stessa delle unioni civili che appaiono per taluni versi – mi si permetta la provocazione – un mero negozio di regolamentazione di soli rapporti patrimoniali. È evidente che l'impostazione non può essere accolta, non solo per il riconoscimento normativo e valoriale del pluralismo familiare ma perché è lo stesso legislatore ad avere improntato i rapporti personali delle parti dell'unione al principio di eguaglianza, parimenti al matrimonio⁴², recitando l'art. 1, co. 11, L. n. 76/2016 che «con la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri», i quali sono inderogabili. Ciononostante, non possiamo fare mistero del fatto che l'elencazione dei doveri rispecchia solo in parte quella enunciata dall'art. 143 c.c.⁴³, in quanto non viene espressamente citato l'obbligo di collaborazione nell'interesse della famiglia e viene stralciato l'obbligo di fedeltà.

⁴² R. TOMMASINI, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, *Famiglia e matrimonio*, I, a cura di T. Auletta, Torino, 2010, p. 431 ss.

⁴³ M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, 2^a ed., in *Codice civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012, p. 67.

Due omissioni, queste ultime, che fanno particolare scalpore poiché relative a doveri che più degli altri connotano tradizionalmente la famiglia e la cui mancanza svilisce, invece, il carattere solidaristico della “nuova” famiglia improntata, come quella coniugale, a finalità comuni.

In particolare, poi, l’assenza dell’obbligo di fedeltà ha suscitato non poche perplessità. La scelta non è apparsa come casuale, ma semmai frutto dall’atteggiamento errato di continua sfiducia e inaffidabilità che viene rivolto alle coppie omosessuali, in contrapposizione alla pretesa stabilità coniugale. Il dovere di fedeltà ha, da un po’ di tempo a questa parte, perso di importanza anche all’interno del rapporto coniugale e questo in ragione del cambiamento dei costumi sociali avvertito fin dalla riforma sul diritto di famiglia del 1975. Questo cambiamento normativo non ha fatto perdere valore all’obbligo di fedeltà, il quale rimane uno dei principi cardine su cui si fonda l’istituto del matrimonio, ma ne ha, inevitabilmente, attenuato gli effetti in caso di violazione. A più voci si è talvolta auspicata addirittura la totale eliminazione del dovere di fedeltà nel matrimonio a causa dell’attenuazione dei doveri coniugali in generale, dovuta probabilmente alle sempre più frequenti crisi tra i coniugi che trascendono nella separazione e nel divorzio. In questa visione, la fedeltà rappresenta una scelta individuale di ciascun componente della coppia che, come tale, non può subire l’ingerenza del potere ordinamentale ed essere sindacata in sede giudiziale. La mancata previsione dell’obbligo di fedeltà nell’ambito delle unioni civili andrebbe allora letta nell’ottica della presa d’atto del legislatore di affievolire il vincolo giuridico allo scopo di limitarne le conseguenze sanzionatorie, e consentire agli uniti di autodeterminarsi nelle proprie condotte.

In ogni caso, quello che emerge è la discrepanza formale tra la disciplina matrimoniale e quella degli uniti civilmente. Il dovere di fedeltà rappresenta nel matrimonio una regola di condotta imperativa, oltre che una direttiva morale di particolare valore sociale. Se si considera, poi, il suo significato concettuale, esso assume un valore ancora più pregnante⁴⁴. Nessuno oggi dubita che la fedeltà sia da intendersi non soltanto come astensione da relazioni extraconiugali,

⁴⁴ M. RINALDO, *Unioni civili e convivenze nell’era della codificazione delle “nuove” famiglie*, in *Dir. pers. e fam.*, 2017, p. 976.

ma quale impegno di ciascun coniuge, di non tradire la reciproca fiducia ovvero di non tradire il rapporto di dedizione non soltanto fisica ma spirituale tra loro. La nozione di fedeltà andrebbe assimilata a quella di lealtà, la quale impone di sacrificare gli interessi e le scelte individuali di ciascun coniuge che si rivelino in conflitto con gli impegni e le prospettive della vita comune. In questo quadro, l'infedeltà affettiva assume certamente connotati più ampi perché è legata ad un progetto familiare che esula dal retaggio storico della mera esclusività sessuale tra i coniugi, traducendosi nella capacità di sacrificare le proprie scelte personali a quelle imposte dal legame di coppia e dal sodalizio che su di esso si fonda⁴⁵. Sovrapponendo le argomentazioni al dato normativo inconfutabile nel quale viene stralciato l'obbligo di fedeltà per le coppie omosessuali, pare spontaneo evidenziare che il legislatore – implicitamente – abbia voluto affermare che tra le parti dell'unione possa esistere un rapporto “infedele” senza che ciò assuma rilevanza giuridica. Il risultato è che si svisciva il valore personale e giuridico di tali rapporti poiché vengono privati da un lato, del loro essenziale connotato affettivo e dall'altra, diventa difficili giustificare l'applicazione di rimedi giuridici sanzionatori in caso di sua violazione (compreso il risarcimento).

Il riconoscimento sociale e normativo della famiglia di fatto consente di accogliere l'ammissibilità del risarcimento endofamiliare in tale ambito grazie alla Cassazione del 20 giugno 2013, n. 15481 che ha statuito che la violazione dei diritti fondamentali della persona sarebbe configurabile anche all'interno delle unioni di fatto che abbiano le caratteristiche di serietà e stabilità, con la conseguente tutela accordata *ex art. 2 Cost.*, essendo la famiglia di fatto una delle formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'individuo⁴⁶.

⁴⁵ Cass. civ., 11 giugno 2008, n. 15557.

⁴⁶ In particolare, nel caso di specie il compagno dopo anni di convivenza, decideva di disattendere la promessa di matrimonio fatta alla partner, abbandonando la casa familiare per intraprendere una nuova relazione e privando costei ed il figlio da poco nato della necessaria assistenza morale e familiare. I giudici precizarono in questa occasione che l'intensità dei doveri derivanti dal matrimonio non può non riflettersi sui rapporti tra le parti nella fase precedente allo stesso, imponendo loro pur in mancanza di un vincolo coniugale, ma nella prospettiva di costituire quest'ultimo un obbligo di lealtà, correttezza e solidarietà.

La stabilità della convivenza, che è elemento essenziale anche ai fini dell'accoglimento della richiesta di risarcimento del danno, può risultare uno degli aspetti più problematici in termini probatori⁴⁷ soprattutto in presenza di convivenze relativamente brevi, non registrate ovvero qualora uno dei partners sia ancora legato dal vincolo coniugale o di unione civile (ancorché con un procedimento di separazione in atto). Ulteriori problemi sorgono, inoltre, in merito alla difficoltà di stabilire quando sussista una lesione della dignità del partner meritevole di tutela, non sussistendo una regolamentazione dei rapporti personali tra conviventi che diano traccia della giuridicità doveri così come intesi in sede coniugale e di unione civile. La questione, tra l'altro, ha diretta incidenza sulla tipicità o atipicità dell'illecito. È evidente che solo accogliendo la seconda tesi è possibile ammettere il risarcimento all'interno della famiglia di fatto in coerenza con l'art. 2 Cost., in combinato disposto con gli artt. 29-30 Cost., che tutela i diritti inviolabili della persona nelle formazioni sociali. Ciò che assume rilevanza e significatività è l'*affectio*, il quale sottende un affidamento reciproco rispetto ai vincoli di solidarietà ed affettività che derivano dalla convivenza. Ed è proprio siffatto affidamento reciproco il *discrimen*, rispetto a situazioni di mera coabitazione, che consente di configurare anche nelle coppie di fatto l'applicabilità delle regole della responsabilità civile in ipotesi di lesioni intrafamiliari.

9. A fronte della proliferazione di nuove voci di danno, a chiosa, è opportuna qualche riflessione. Intanto, è bene domandarsi se dinanzi alla sentita necessità di proteggere maggiormente i singoli componenti della famiglia (la quale induce ad un ampliamento dell'area della responsabilità civile), non sussista anche la medesima esigenza di contenere, almeno in parte, il conflitto familiare e quindi il rischio che si cerchi di punire il partner per presunti torti non rilevanti. Andrebbe considerato che le ostilità verso il partner, spesso, sono frutto di più profonde sofferenze e delusioni personali interiori ed intime, tali da incentivare una violenta conflittualità tra gli stessi idonea a di-

⁴⁷ M. RINALDO, *La parità tra i modelli familiari. Un obiettivo lontano per la convivenza di fatto*, in *Dir. fam. e pers.*, 2023, p. 1877 ss.

ventare il canale ideale attraverso cui dare pieno sfogo alle frustrazioni che, “fisiologicamente”, sono presenti nella fase di fallimento di un progetto di vita familiare comune. Nondimeno, queste stesse frustrazioni non sempre sono fonte di danno giuridicamente inteso. Il rischio che si avverte dinanzi a questo potenziale fenomeno è che si possa innescare una deriva punitiva-moralistica del risarcimento in ambito familiare, atteggiamento che il giurista deve prevenire ed evitare.

La prassi conferma questa preoccupazione ogni qualvolta la condotta pregiudizievole assume connotati nuovi che si sviluppano e consolidano man mano che la società muta e con essa anche le modalità di incontro e comunicazione tra le persone. Sovente, il passaggio dalle relazioni “fisiche” a quelle “virtuali” è stato dirompente. In argomento, la giurisprudenza è stata chiamata a valutare la risarcibilità derivante dal tradimento *online*⁴⁸, definito in dottrina come «infedeltà ingiuriosamente casta»⁴⁹. Il problema è comprendere se è possibile giustificare una sanzione giuridica per l’infedeltà morale, così legittimando la risposta punitiva dell’ordinamento per il pensiero “infedele” anziché per la condotta attiva integrante adulterio. È evidente che il problema si pone solo qualora non sussista il consenso fra partner ad intrattenere relazioni “aperte” o che convogliano in atteggiamenti non consueti. Se l’infedeltà è intesa come sinonimo di lealtà, dovremmo ammettere il risarcimento anche in assenza di unioni sessuali extraconiugali. Il tipo di progettualità comune che i partners hanno definito espressamente o tacitamente è elemento di valutazione importante al fine di qualificare come illeciti i comportamenti umani. La condotta “bianca” ma sleale, per esempio, andrebbe contestualizzata al fine di valutare se la stessa sia atti-

⁴⁸ In Tribunale Busto Arsizio, 5 febbraio 2010, l’infedeltà è stata dimostrata alla luce dell’ampia corrispondenza intrattenuta via e-mail dal ricorrente con persone di sesso femminile con le quali aveva condiviso per vari anni, in costanza di matrimonio, le proprie fantasie erotiche e le proprie esperienze sessuali. Tale corrispondenza, che avveniva all’interno di una Community su Internet, consentiva uno scambio di opinioni tra conoscenti virtuali protetti da un nickname e di materiale fotografico.

⁴⁹ L. OLIVERO, *L’infedeltà virtuale. Italia e Francia a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 510 ss.

vità occasionale o possa invece celare dipendenze ossessive, per esempio mediante l'uso compulsivo di materiali erotici/pornografici e tali da avere una incidenza negativa diretta sulla vita affettiva e di relazione con l'altro partner. Laddove le condotte conservino una soglia minima di tollerabilità, si dovrebbe propendere per l'agiuridicità delle relazioni familiari; dimensione, quest'ultima, che – sulla base del rispetto del principio della dignità delle persone e delle loro intime opzioni – deve pure poter conservare un ambito privatissimo in alcun modo scalfibile dall'autorità del diritto, che dovrebbe intervenire nel modo meno invasivo e per oggettive esigenze di tutela irrinunciabili. In presenza di condotte lesive della dignità, violente, aggressive e che possano minare l'integrità psico-fisica del compagno e la serenità familiare, il giudice non può abdicare al suo ruolo di garante dei diritti, in questo caso, fondamentali della persona. Ciononostante, la famiglia deve conservare la prerogativa di essere luogo di espressione e realizzazione dell'individuo nella propria vita di relazione, il che implica anche il diritto di conservare una sfera invalicabile di intimità. Stefano Rodotà affermava che il diritto deve evitare «ogni pretesa statalista di impadronirsi della vita amorosa delle persone»⁵⁰. Pertanto, la legge, pur perseguendo il meritorio scopo di porre rimedio ad ogni iniquità, non può rappresentare una intollerabile barriera all'autodeterminazione personale, privando l'individuo di quella libertà che fin dal principio si intendeva proteggere.

Abstract

Il contributo analizza l'istituto del danno endofamiliare oggetto di accesi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali in tempi relativamente recenti. Il fenomeno – che nasce dalla necessità di adeguare la regola precettiva ai cambiamenti della società – unisce due grandi branche del diritto civile, quella della famiglia e quella dell'illecito, considerate per lungo tempo come sistemi autonomi e non comunicanti. Dopo una breve excursus storico-giuridico sulle ragioni che hanno fondato l'immunità familiare dal risarcimento del danno per condotte illecite realizzate da un componente della famiglia verso altro componente dello stesso nucleo, si analizzano i

⁵⁰ S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, cit., p. 23.

vari fattori che hanno contribuito alla correlazione del binomio famiglia-responsabilità con particolare riferimento ai diversi modelli familiari.

This article analyzes the concept of intra-family damages, which has been the subject of heated scholarly and judicial debate in relatively recent times. This phenomenon – which stems from the need to adapt legal rules to changes in society – brings together two major branches of civil law: family law and tort law, which for a long time were regarded as autonomous and unrelated systems. Following a brief historical and legal overview of the reasons underlying the family's immunity from liability for damages resulting from wrongful conduct by one family member toward another, the paper analyzes the various factors that have contributed to the correlation between family and liability, with particular reference to different family models.

LUCA SITZIA

OLTRE LA RINUNCIA ALL'EFFETTO RISOLUTIVO.
SOPRAVVENIENZE E OPPONIBILITÀ
DELLA DICHIARAZIONE DI AVVALIMENTO
DELLA CLAUSOLA RISOLUTIVA ESPRESSA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La clausola risolutiva espressa come strumento di selezione convenzionale del rischio dell'inesecuzione. – 3. La dichiarazione di avvalimento e la ragione concreta dell'effetto risolutivo. – 4. Presupposizione, causa concreta e opponibilità della dichiarazione di avvalimento. – 5. I criteri di selezione della sopravvenienza qualificata. – 6. Tra neutralizzazione del rischio e stabilizzazione dell'assetto dissolutorio. – 7. I limiti della formula giurisprudenziale della "rinuncia" all'effetto risolutivo. – 8. Dall'opponibilità sostanziale alle ricadute processuali. – 9. Rilettura critica della giurisprudenza in tema di "rinuncia" all'effetto risolutivo già prodotti. – 10. Conclusioni.

1. La formula della "rinuncia", anche tacita, all'effetto della clausola risolutiva espressa¹ ricorre non di rado in giurisprudenza,

¹ Per i contributi specificamente dedicati all'istituto, nel quadro di una bibliografia che si intreccia con quella in materia di contratto in generale e risoluzione per inadempimento, si vedano, sin d'ora, F.D. BUSNELLI, *Clausola risolutiva espressa*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 196 ss.; M. COSTANZA, *Clausola risolutiva espressa*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988; M. GRONDONA, *La clausola risolutiva espressa*, Milano, 1998; M. COSTANZA, sub *art. 1456*, in L. NANNI, M. COSTANZA, U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento. Artt. 1455-1459*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2007, p. 44 ss.; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1459*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Piero Schlesinger diretto da Francesco Donato Busnelli, Milano, 2007, sub *art. 1456*, p. 593 ss.; M. TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale. La clausola risolutiva espressa*, in U. CARNEVALI, E. GABRIELLI, M. TAMPONI, *Il contratto in generale. VIII, 2. La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Mario Bessone, XIII, Torino, 2011, p. 148 ss.; F. SARTORI, *Contributo allo*

allo scopo di spiegare situazioni molto diverse, semplicemente accomunate dall'incompatibilità della condotta del contraente fedele con la volontà di affidare la sistemazione dei propri interessi all'assetto dissolutorio riconducibile all'operatività del meccanismo di risoluzione stragiudiziale di cui all'art. 1456 c.c. Risultano in tal modo ricondotte sotto un'unica etichetta tanto l'eventualità in cui il diritto di provocare la risoluzione sia volontariamente dismesso dal titolare prima di essere stato efficacemente esercitato, quanto l'eventuale convergenza dei comportamenti delle parti verso la prosecuzione del rapporto originario a fronte di un effetto risolutivo già verificatosi.

È soprattutto questa seconda area a porre le questioni più delicate²: se la dichiarazione *ex art. 1456 c.c.* ha già prodotto lo scioglimento del contratto, non sembra appropriato discorrere di rinuncia, espressa o tacita, quasi che al creditore fosse riconosciuto il potere di disporre unilateralmente della reviviscenza del rapporto.

Per altro verso, la pretesa irreversibilità assoluta dell'effetto risolutivo non si concilia con quelle ipotesi nelle quali la successiva evoluzione del rapporto renda non più giustificata, sul piano funzionale, la perdurante rilevanza della dichiarazione quale fondamento dell'assetto dissolutorio. Il saggio si propone di verificare se tali vicende, entro limiti rigorosi, possano essere ricostruite non in termini di revoca, rinuncia o nuovo contratto, ma come possibile integrazione di una fattispecie sopravvenuta che incida sulla perdurante opponibilità della dichiarazione di avalimento³.

studio della clausola risolutiva espressa, Napoli, 2012; M. DELLACASA, *La clausola risolutiva espressa*, in *Trattato del contratto*, diretto da Vincenzo Roppo, V, Rime-di-2, Milano, 2022, p. 391 ss.

² Al tema è dedicata la monografia di L. PASCUCCI, *Ritrattazione della volontà risolutoria e reviviscenza del contratto*, Torino, 2013. Per un'analisi della giurisprudenza in tema di c.d. «rinunciabilità dell'effetto risolutivo», si veda R.S. BONINI, «Rinunciabilità dell'effetto risolutivo». *Un principio da ridimensionare*, Pisa, 2017.

³ Sulla distinzione tra rilevanza, efficacia e opponibilità del fatto negoziale, G. VETTORI, *Opponibilità*, in *Enc. giur.*, XXIV, 1999. Sulla necessaria interferenza tra vicende sostanziali della risoluzione e successiva dimensione processuale, v. M. MAGGIOLO, *Eccezione di risoluzione, dichiarazione di risoluzione e accertamento giudiziale della risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2025, p. 299 ss., il quale osserva che l'articolazione di atti e comportamenti successivi all'inadempimento «impatta sulla non improbabile fase successiva, che è il processo ci-

2. Quella contemplata dall'art. 1456 c.c. è una tecnica convenzionale di anticipazione e selezione del rischio dell'inesecuzione contrattuale⁴ che consente al creditore di sottrarsi all'incertezza dell'attesa e di riorganizzare la propria sfera economica senza dover attendere che il protrarsi dell'indugio pregiudichi la soddisfazione dell'interesse⁵. La clausola risolutiva espressa costituisce parte integrante del regolamento contrattuale: per suo tramite il contratto incorpora un programma di gestione convenzionale del rischio di mancata attuazione dell'assetto negoziale⁶, che l'eventuale successiva dichiarazione di avvalimento è destinata ad attivare⁷. Sembra, pertanto, corretto ravvisare una sequenza funzionale nella quale la pattuizione *ex art. 1456 c.c.*, oltre a individuare i contorni del mancato adempimento rilevante ai fini della risoluzione⁸, così da escludere un sindacato giudiziale sulla non scarsa importanza dell'inadempimento⁹,

vile», dando luogo a «diverse combinazioni di azioni, di eccezioni, di vicende delle une e delle altre».

⁴ R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*⁴, Torino, 2016, p. 1627 s.; F. SARTORI, *op. cit.*, p. 52 ss. La clausola risolutiva espressa non opera come mera deroga meccanica all'art. 1455 c.c., ma come tecnica di predeterminazione convenzionale dell'interesse creditorio rilevante e dell'incidenza del singolo inadempimento sull'economia del rapporto.

⁵ M. DELLACASA, *La clausola risolutiva espressa*, cit., p. 392, là dove afferma che «l'efficacia del rimedio risulta potenziata, in quanto il contratto si scioglie prima che l'inadempimento abbia pregiudicato gravemente l'interesse del creditore».

⁶ Sul punto, si rinvia all'analisi funzionale di A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO, M. COSTANZA, U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento. Tomo I, 1. Art. 1453-1454*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1990, p. 15 ss.

⁷ In una prospettiva coerente, M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, in *Trattato del contratto* diretto da Vincenzo Roppo, V, Rimesi-2, Milano, 2022, p. 562 s.

⁸ Sul piano ermeneutico, G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 554 s., osserva che l'individuazione dell'interesse concretamente violato attiene alla verifica del prodotto dell'autonomia contrattuale e impone al giudice un compito «di ermeneutica e non di controllo».

⁹ Tale è «il senso forte della clausola risolutiva espressa». In questo senso, per tutti, V. ROPPO, *Il contratto*³, in *Trattato di diritto privato* a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Milano, 2025, p. 840. La funzione dell'art. 1456 c.c., peraltro, non è quella di neutralizzare il parametro dell'art. 1455 c.c., bensì di sostituire al sinda-

opera una selezione dei rischi¹⁰ che le parti hanno inteso presidiare mediante l'attribuzione del potere stragiudiziale di scioglimento¹¹. In questo modo assurgono a rilevanza, nel regolamento, circostanze obiettive, riconoscibili nel contesto dell'operazione e ulteriori rispetto alla mera inesecuzione della prestazione dovuta, che contribuiscono a conformare l'operazione economico-giuridica perseguita dalle parti¹² e che operano come condizioni di razionalità dell'assetto negoziale complessivo¹³.

cato giudiziale *ex post* una valutazione convenzionale *ex ante*, seppure limitata all'ambito oggettivamente delineato dalla clausola e che lascia evidentemente impregiudicato il controllo su validità, interpretazione, buona fede e abuso del diritto, nonché sulla riconducibilità del fatto alla clausola stessa. A riguardo, già C.A. FUNAIOLI, *Effetti della clausola risolutiva espressa*, in *Foro it.*, 1949, IV, 2, c. 83; L. DERIU, *Clausola risolutiva espressa e gravità dell'inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 422 ss. Una parte della dottrina ha tuttavia sostenuto che, anche in presenza di una clausola risolutiva espressa, residuerebbero ipotesi in cui il sindacato sull'importanza dell'inadempimento dovrebbe ritenersi necessario. In questo senso, C. TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, Torino, 1997, p. 176 ss.; R. MONGILLO, *Inadempimento e risoluzione di diritto*, Napoli, 2012, spec. pp. 156, 195 e 201.

¹⁰ F. SARTORI, *op. cit.*, p. 52 ss.

¹¹ Nel senso di ritenere che la clausola risolutiva espressa crei «a favore della parte adempiente un diritto potestativo a provocare la risoluzione» e «che l'effetto dell'avveramento della clausola risolutiva espressa è rappresentato, non dalla automatica risoluzione del rapporto, ma da una facoltà di recesso unilaterale a favore della parte adempiente», già U. NATOLI, *Condizione risolutiva espressa e rapporto enfiteutico*, in *Foro it.*, 1944-1946, c. 571 s., al fine di evidenziare la distinzione con la condizione risolutiva. Circa la necessità che la clausola preveda espressamente l'attribuzione di tale diritto potestativo, M. COSTANZA, in L. NANNI-M. COSTANZA-U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento. Art. 1455-1459*, cit., p. 51 s. *Contra*, M. DELLACASA, *La clausola risolutiva espressa*, cit., p. 395, sulla base dell'assunto che «la risoluzione stragiudiziale costituisce un effetto legale della clausola (art. 1456, c. 2), e non un elemento della fattispecie (art. 1456, c. 1)»; A. SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, p. 148 ss.

¹² G. COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992, p. 127. Evidenzia il ruolo della clausola risolutiva come «veicolo di informazioni tra le parti» avente «un ruolo strategico nel propiziare impegno e cooperazione tra di esse», F. SARTORI, *op. cit.*, p. 60 s.

¹³ La clausola risolutiva espressa consente agli interessi che hanno indotto il creditore a contrarre di assumere «una consistenza oggettiva, in quanto vengono integrati nel regolamento contrattuale». In questo senso, efficacemente, M. DELLA-

Mediante la clausola risolutiva espressa l'autonomia privata compie una valutazione che rappresenta un'applicazione preventiva e convenzionale del criterio di risolubilità sotteso all'art. 1455 c.c. Il problema dell'importanza dell'inadempimento, dunque, non è eliminato, ma anticipato sul piano dell'autonomia privata, e tradotto in una valutazione convenzionale dell'incidenza della violazione sull'economia del rapporto¹⁴.

Inserendo la clausola nel regolamento contrattuale i contraenti assumono *ex ante* una posizione circa l'incidenza che l'inosservanza di determinate obbligazioni è destinata ad avere sull'assetto di interessi programmato¹⁵, con l'effetto di precludere la reiterazione giudiziale della valutazione sulla non scarsa importanza dell'inadempimento¹⁶. La sottrazione al sindacato del giudice discende dunque non dall'abbandono del parametro legale, ma dal fatto che esso è già stato applicato dalle parti entro un perimetro negozialmente definito¹⁷. L'autonomia privata provvede così a selezionare una determi-

CASA, *La clausola risolutiva espressa*, cit., p. 392, il quale allude all'eventualità che «una delle parti sia stata indotta a contrarre da motivi specifici – inerenti alla sua organizzazione, o all'attività svolta – in dipendenza dei quali anche un inadempimento oggettivamente lieve giustifica la scelta di risolvere il rapporto». Sul punto, anche L. BERTINO, *Le clausole sulla non scarsa importanza dell'inadempimento*, Padova, 2016, p. 51 e, in generale, sulla rilevanza ermeneutica dell'interesse all'adempimento secondo determinate modalità, G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 564.

¹⁴ In tal senso, M.G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995, p. 168, osserva che, mediante la clausola *ex art.* 1456 c.c., «le parti provvedono a fissare gli interessi rilevanti nell'economia del contratto e a valutare in via convenzionale l'incidenza di un determinato adempimento sul programma contrattuale», sicché «l'importanza dell'inadempimento risulta definita dagli stessi contraenti e limitata all'ipotesi considerata».

¹⁵ La disciplina della clausola risolutiva espressa presuppone una persistente correlazione tra inadempimento dedotto e interesse concretamente protetto dal contratto. Non a caso è stato osservato che la clausola *ex art.* 1456 c.c. costituisce strumento di «predeterminazione convenzionale non solo dell'interesse o degli interessi creditori, ma anche dell'importanza dell'inadempimento»: G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, cit., p. 171.

¹⁶ M. TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., p. 164 s.

¹⁷ Valorizza l'evoluzione del sistema verso «allargate possibilità di plasmare i rimedi», specie quando i privati siano in grado di «selezionare gli interessi rile-

nata area di rischio, attribuendole rilevanza e segnalandola come idonea a giustificare, in caso di attualizzazione, la dissoluzione del vincolo¹⁸. Nulla si oppone a che siffatta selezione convenzionale riguardi l'inosservanza di obbligazioni astrattamente accessorie: ciò non implica necessariamente l'elevazione delle stesse al rango di obbligazioni principali, né che la relativa inosservanza renda di per sé impossibile o inutile lo scambio¹⁹. Ciò che rileva è piuttosto la valutazione convenzionale dell'incidenza della violazione sull'affidabilità complessiva del programma negoziale²⁰. La clausola risolutiva

vanti» e di individuare «la migliore tecnica satisfattiva», M. MAGGIOLO, *Eccezione di risoluzione*, cit., p. 301 s., il quale rileva che anche i rimedi demolitori, come la risoluzione, presentano «svariati margini di elasticità» e richiedono una «intermediazione ermeneutica».

¹⁸ F. SARTORI, *op. cit.*, p. 60 s.

¹⁹ Opina diversamente, nel senso di ritenere che l'esclusione della valutazione giudiziale in ordine all'importanza dell'inadempimento dipenda dalla circostanza che le parti, col far riferimento nella clausola a obbligazioni e modalità di adempimento determinate, attribuiscono ad esse «carattere di essenzialità», P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, p. 69 s. Tuttavia, l'attitudine risolutoria convenzionalmente attribuita a una determinata inosservanza non coincide necessariamente con l'essenzialità dell'obbligazione o della modalità della prestazione cui essa si riferisce. Quest'ultima presuppone, infatti, che l'inesatto o tardivo adempimento comprometta in via tendenzialmente irreversibile l'idoneità della prestazione a soddisfare l'interesse dedotto nel contratto; la clausola risolutiva espressa può invece operare anche rispetto a violazioni che non rendano inutile la prestazione, ma che le parti abbiano ritenuto sintomatiche di un rischio di compromissione dell'operazione economica, anticipando convenzionalmente la soglia di tollerabilità dell'inadempimento. Ne consegue che la sottrazione al giudizio di gravità *ex art. 1455 c.c.* non implica, di per sé, l'applicazione della disciplina propria del termine o della prestazione essenziale.

²⁰ G. ANDREOLI, *Appunti sulla clausola risolutiva espressa e sul termine essenziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 72 ss., ora in *Id.*, *Scritti vari di diritto privato*, Milano, 1968, p. 47 ss., distingue l'ipotesi in cui le parti attribuiscano alla modalità cronologica della prestazione tale importanza da immedesimare la prestazione nel termine, da quella in cui esse aggiungano soltanto alla disciplina comune il meccanismo della risoluzione per autorità del creditore, senza rendere la prestazione tardiva necessariamente inutile. In termini particolarmente efficaci, L. DERIU, *Clausola risolutiva espressa e gravità dell'inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 424, osserva che altro è dire che, pattuendo la clausola, i contraenti intendano prescindere dalla gravità dell'inadempimento, altro è dire che tale valutazione, anziché essere successiva e giudiziale, divenga preventiva e concordemente operata dai contraenti.

espressa opera, allora, come strumento di anticipazione della soglia di tollerabilità dell'inesecuzione, consentendo al creditore di non assumere il rischio che anche violazioni non centrali, ma sintomatiche di una crisi del rapporto, evolvano in una compromissione più grave dell'operazione economica e dell'interesse ad essa sotteso²¹.

3. La circostanza che il legislatore richieda, ai fini della risoluzione, un atto con cui «la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva», dimostra che la specifica inesecuzione contrattuale contemplata dalla stessa non determina automaticamente l'incompatibilità della prosecuzione del rapporto. Essa apre, piuttosto, una fase nella quale il contraente *in bonis* è chiamato a valutare se l'inesecuzione specificamente dedotta e concretamente verificatasi renda attuale il rischio di insoddisfazione dell'interesse presidiato dalla clausola²², ferma restando la possibilità che quello

²¹ Questa ricostruzione trova conferma tanto nella disciplina dei contratti tipici quanto nella genesi dell'art. 1456 c.c., che non introduce una nozione autonoma di inadempimento "qualificato", ma consente alle parti di sottrarre al giudice la valutazione *ex art.* 1455 c.c., anticipando convenzionalmente la soglia di tollerabilità dell'inesecuzione.

Sul carattere strutturalmente dinamico del ritardo, v. G.G. AULETTA, *Importanza dell'inadempimento e diffida ad adempiere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 657, secondo cui, nell'ipotesi di ritardo, «se anche lo stesso è lieve», si tratta pur sempre di «una situazione provvisoria, che può essere sanata coll'adempimento prima che i suoi caratteri si modifichino, ma che può anche trasformarsi in ritardo grave o inadempimento assoluto». La mutevolezza propria del ritardo evidenzia l'esigenza di evitare che il creditore resti vincolato a un rapporto nel quale il protrarsi dell'indugio possa determinare la sopravvenuta inettitudine soddisfattiva della prestazione o il venir meno della situazione di occorrenza posta alla base della stipulazione. Sul particolare significato assunto dall'art. 1455 c.c. rispetto al ritardo, sia consentito il rinvio a L. SITZIA, *Importanza dell'inadempimento*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, Agg., X, Torino, 2016, p. 313 ss. Ritiene che l'inadempimento considerato dall'art. 1456 c.c. non sia diverso dall'inadempimento rilevante ai fini della risoluzione ordinaria, ma consista nella «situazione di mancanza della prestazione dalla scadenza dell'obbligazione in poi», destinata a venir meno per effetto del tardivo compimento della prestazione, G. ANDREOLI, *Appunti sulla clausola risolutiva espressa*, cit., p. 60 ss.

²² La scelta del legislatore di subordinare l'effetto risolutivo a una dichiarazione del contraente non inadempiente risponde all'esigenza di scongiurare automatismi contrastanti con l'interesse di quest'ultimo. A conforto dell'assunto può es-

stesso rischio sia neutralizzato dall'adempimento intervenuto prima dell'efficacia della dichiarazione²³.

sere addotta la Relazione del Guardasigilli sul libro «Delle obbligazioni», ove al n. 129, si legge che la parte che voglia avvalersi della clausola «deve dichiararlo all'altra», e che «a tutela del creditore si è evitato l'effetto automatico assoluto», in quanto «nell'atto in cui l'adempimento si verifica», esso «potrebbe non corrispondere più al suo interesse». Stando alle parole del Guardasigilli, egli può «rinunciare all'effetto della clausola risolutiva espressa non dichiarando di volersene valere». In precedenza, anche ai nn. 234 e 235 della Relazione al Progetto ministeriale sul Libro delle obbligazioni si motivava la scelta di non ritenere «l'inadempimento considerato nel patto commissorio espresso» sufficiente a «produrre di per sé la risoluzione» con la constatazione che il creditore poteva «avere interesse alla esecuzione del contratto anche dopo» che tale inadempimento si fosse verificato. Sul punto, G. PANDOLFELLI-G. SCARPELLO-M. STELLA RICHTER-G. DALLARI, *Codice civile. Libro delle obbligazioni*, illustrato con i lavori preparatori e le disposizioni di attuazione e transitorie, a cura della Commissione ministeriale per la riforma del codice civile, Milano, 1942, p. 259.

²³ La disposizione di cui all'art. 1456, comma 2, c.c. mira innanzitutto a sanare la distanza operativa rispetto all'istituto della condizione risolutiva, chiarendo che la clausola, a differenza di quest'ultima, non opera automaticamente. Per altro verso, individua il momento a partire dal quale il contratto deve ritenersi risolto, collocandolo nella data di pervenimento di tale manifestazione di volontà al destinatario, ai sensi dell'art. 1335 c.c. e non già nel momento in cui l'inadempimento si è verificato. In tal modo, il legislatore chiarisce che, pur sul presupposto dell'attuale inosservanza della specifica obbligazione contemplata nella clausola, la risoluzione si produce, anche sul piano temporale, quale effetto della dichiarazione del contraente *in bonis*. Ne discende che, fino al pervenimento della dichiarazione, la prestazione resta dovuta e l'adempimento permane giuridicamente possibile, e che l'adempimento anteriore agli effetti della dichiarazione, in linea di principio, è idoneo a privare di base funzionale l'esercizio del potere risolutivo. Sul punto, R. NICOLÒ, *Termine essenziale e mora debendi*, in *Foro it.*, 1944-1946, I, c. 933 ss., ora in *Id.*, *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, p. 527; G. ANDREOLI, *Appunti sulla clausola risolutiva*, cit., p. 60. *Contra*, ma nel quadro della nota ricostruzione in chiave sanzionatoria della risoluzione per inadempimento, G.G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 481 s. Sul diverso problema della definitività dell'inadempimento, G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, V, Rimesdi-2, Milano, 2022, p. 95 ss., il quale distingue il tema delle condizioni oltre le quali l'inadempiente non può più evitare la risoluzione mediante adempimento tardivo dal diverso problema qui affrontato. Nel primo caso, l'indagine presuppone la sopravvivenza del rapporto; nel secondo, il problema si pone dopo la produzione dell'effetto risolutivo e concerne la perdurante opponibilità della dichiarazione di avvalimento a fronte della sopravvenuta neutralizzazione del rischio presidiato dalla clausola.

Lo sfondo appena delineato consente di distinguere tra il presupposto del potere risolutorio e la causa dell'atto negoziale unilaterale recettizio²⁴ con cui, ai sensi dell'art. 1456, comma 2, c.c., la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola²⁵. Il primo coincide con la specifica inesecuzione qualificata dalle parti e si colloca all'interno del meccanismo ablativo tipico delineato dall'art. 1456 c.c.; la seconda consiste nell'attivazione dello scioglimento del vincolo contrattuale come strumento di gestione del rischio emerso a seguito del verificarsi dell'inesecuzione stessa²⁶.

Pertanto, ciò che sorregge l'attivazione del programma negoziale su iniziativa unilaterale non è semplicemente l'inadempimento dedotto nella clausola, ma l'idoneità dell'assetto dissolutorio a realizzare l'interesse perseguito in termini di gestione del rischio selezionato dal regolamento contrattuale²⁷.

La distinzione, chiaramente tracciata in dottrina, tra difetti genetici e difetti funzionali della causa, consente di evitare improprie sovrapposizioni tra invalidità e vicende del rapporto. Tuttavia, la nozione di causa può conservare una funzione esplicativa anche nella dimensione dinamica dell'operazione, quale criterio di valutazione della perdurante idoneità dell'assetto negoziale a realizzare la funzione economico-individuale perseguita²⁸. In questa prospettiva, la sopravvenuta eliminazione del rischio alla cui gestione era preordinata la dichiarazione negoziale di avvalersi della clausola risolutiva espressa, come vedremo, può incidere non sulla validità dell'atto, né sulla pro-

²⁴ G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 81.

²⁵ Nella prospettiva adottata, il riferimento alla causa vale a evocare la funzione concreta dell'esercizio del potere risolutorio nel quadro dell'operazione negoziale complessiva. Sul superamento della riduzione della causa al mero schema tipico e sulla valorizzazione dell'interesse concretamente perseguito, v. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, spec. p. 204 ss., 217 ss., 224 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2000, p. 452 ss.

²⁶ In questa direzione, F. SARTORI, *op. cit.*, p. 89 s.

²⁷ U. NATOLI, *Condizione risolutiva espressa e rapporto enfiteutico*, in *Foro it.*, 1944-1946, c. 571 s., evidenza che, a differenza di quanto accade nella condizione risolutiva in senso tecnico, nel caso della clausola risolutiva espressa «la risoluzione del rapporto avviene per effetto della volontà nuova di un solo soggetto».

²⁸ V. ROPPO, *Il contratto*³, cit., p. 358.

duzione originaria dell'effetto risolutivo, ma sulla perdurante opponibilità della dichiarazione di avvalimento, alla luce del venir meno della base funzionale che ne giustificava la conservazione²⁹.

4. A questo punto del discorso, la nozione di presupposizione può essere richiamata in chiave funzionale, quale criterio di emersione di circostanze che, pur non esplicitate nel regolamento negoziale, incidono in modo decisivo sulla razionalità dell'operazione economica³⁰. Tale impostazione poggia sull'idea che il motivo, quando non resti confinato nel foro interno del soggetto e si obiettivizzi nell'atto assumendo carattere determinante, cessa di rilevare come dato meramente psicologico e contribuisca a conformare l'assetto di interessi³¹. Il difetto o il successivo venir meno del presup-

²⁹ In generale, è stato osservato che i fatti sopravvenuti non provocano «alcuna alterazione nella struttura della fattispecie negoziale», ma incidono «unicamente sulla funzione dell'atto che è quella non solo di produrre gli effetti ma anche di farli durare». V. SCALISI, *Inefficacia*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, ora in *Id.*, *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2011, p. 110. Nella prospettiva qui accolta, tale rilievo non è richiamato per postulare una caducazione dell'effetto risolutivo già prodotto, ma per distinguere la produzione originaria dell'effetto dalla successiva opponibilità della dichiarazione di avvalimento.

³⁰ A riguardo, C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*³, cit., p. 422 ss., discorre di «principio generale di rilevanza giuridica di ogni elemento, fatto o circostanza che ha per le parti un'importanza determinante ai fini della conclusione, della permanenza o dell'esecuzione del contratto». In termini convergenti, A.M. BENEDETTI, *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, I Tematici, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano, 2021, p. 873, evidenzia come il termine «presupposizione» designi al tempo stesso un rimedio non tipico, radicato nel diritto vivente e «la ragione, o costruzione giuridica (o, appunto, principio), che ne giustifica l'esistenza, rinvenibile nel principio secondo cui un contratto non può continuare a produrre i propri effetti, o a esistere, avendo perduto la propria *Geschäftsgrundlage*». Una ricostruzione storica e sistematica della figura è offerta da A.M. SERAFIN, *La presupposizione. Genesi storica, categorizzazione differenziale e olismo contrattuale*, Napoli, 2021.

³¹ Per la ricostruzione della causa come funzione economico-individuale, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 170, 178 s., 182, 254, 370 ss. Sul punto, anche *Id.*, *Le anamorfofi del diritto civile attuale*, Padova, 1994, p. 314. C.M. BIANCA, *Diritto civile 3. Il contratto*, cit., pp. 452 s., 461 s. Nel senso di affidare l'individuazione del motivo rivelatore dell'interesse effettivamente caratterizzante il negozio al procedimento interpretativo, C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 298. Sul supera-

posto, in tale prospettiva, rivela una lacuna del regolamento³², nel senso che l'atto non contiene una disciplina adeguata rispetto alla circostanza che ne costituiva la base funzionale³³. La presupposizione può essere allora evocata come criterio di selezione della sopravvenienza rilevante, al fine di verificare se il venir meno della base funzionale dell'operazione³⁴ incida sul giudizio di rilevanza della dichiarazione di avvalimento.

mento del dogma della generale irrilevanza dei motivi e sulla presupposizione quale indice della possibile rilevanza giuridica di interessi non espressamente dedotti nel regolamento, C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997.

³² Con riguardo al superamento delle concezioni volontaristiche della presupposizione e alla necessità di distinguere il motivo rimasto esterno al regolamento dalla regola entrata nel contenuto contrattuale, A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, pp. 262 ss. e 276.

³³ A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 300, escluso che la rilevanza della presupposizione possa fondarsi su un vizio del volere o sulla mera rappresentazione psicologica dei contraenti, osserva come occorra piuttosto porre l'accento sul «raffronto tra la situazione di fatto nella quale i medesimi intendevano che il contratto incidesse e quella in cui effettivamente esso opera», nonché sulla «divergenza tra il tipo di assetto di interessi che il contratto era destinato a realizzare e quello che, per la configurazione datagli, risulta idoneo ad attuare». Discorre di uno «iato tra il piano di interessi cristallizzato nell'atto e quello in effetti decisivo nell'ambito della singola operazione» C. SCOGNAMIGLIO, *Motivo (nel negozio giuridico)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 474 s., il quale osserva che il controllo sull'esistenza della causa del singolo negozio si prospetta come analisi degli interessi (motivi leciti rilevanti) che con il negozio si sono voluti realizzare. L'A. evidenzia altresì che l'interferenza tra la nozione di causa e quella degli «interessi» dei contraenti non è «frutto di una sovrapposizione tra concetti destinati, invece, a restare distinti», ma rappresenta «il necessario momento di raccordo tra due elementi o profili che attengono entrambi alla valutazione, da parte dell'ordinamento, dell'atto di autonomia privata, che è sempre espressione oggettivata di specifiche finalità soggettive».

³⁴ Pur riconoscendo l'affinità tra presupposizione e causa concreta, pare condivisibile escluderne la sovrapposizione, poiché il venir meno del presupposto non incide sulla funzione giuridica del negozio in sé considerata, ma sulle basi razionali, economiche o ambientali sulle quali l'operazione era stata costruita. In questa direzione, C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, cit., p. 465; M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, p. 293 s. In giurisprudenza, Cass., 25 maggio 2007, n. 12235. Sulla difficoltà di tracciare il confine tra presupposizione e causa concreta, v. M. MAGGIOLO, *Presupposizione e premesse del contratto*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 876 s.

Il richiamo è particolarmente significativo anche con riguardo agli atti unilaterali, nei quali il motivo determinante può contribuire a disvelare la concreta funzione dell'atto³⁵, soprattutto quando esso operi all'interno di un assetto relazionale già conformato sul piano negoziale.

La giurisprudenza ha tradizionalmente escluso l'operatività della presupposizione rispetto ai negozi unilaterali recettizi, sul presupposto della incompatibilità strutturale tra la figura e un atto proveniente da un solo soggetto³⁶. Tuttavia, tale conclusione pare dipendere da una concezione volontaristica della presupposizione, fondata sulla comune supposizione delle parti³⁷, e oggi ampiamente ridimensionata dalla ricostruzione della figura in termini di allocazione del rischio, buona fede e razionalità dell'operazione economica³⁸. Tra-

³⁵ Sul punto, F. SANGERMANO, *Presupposizione e causa nel negozio testamentario*, Milano, 2011, p. 61 ss.

³⁶ Evidenzia il tradizionale orientamento giurisprudenziale volto ad escludere l'operatività della presupposizione rispetto ai negozi unilaterali recettizi, F. MACARIO, *La dottrina della presupposizione*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, V, Rimedi-2, Milano, 2022, p. 808 ss.

³⁷ Per una ricostruzione soggettiva fondata sull'idea che il regolamento contrattuale risulti integrato da una implicita volontà delle parti di subordinare la permanenza del vincolo alla conservazione dello stato di fatto presupposto, si vedano P. COGLIOLO, *La c.d. clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti*, in *Scritti vari di diritto privato*, I, Torino, 1917, p. 417 ss.; G. OSTI, *Clausola "rebus sic stantibus"*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 353 ss. In una diversa prospettiva, fondata sulla rilevanza del motivo individuale riconoscibile o addirittura condiviso dall'altro contraente, F. MARTORANO, *"Presupposizione" ed errore sui motivi nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, p. 81 ss., spec. p. 100 ss. Ravvisa nell'originaria assenza della circostanza presupposta un errore comune sul motivo comune, V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, p. 504 ss. e 518 ss.

³⁸ Nell'ambito del processo di oggettivizzazione della presupposizione, intesa come strumento di gestione delle sopravvenienze in termini di distribuzione e amministrazione del rischio contrattuale, M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, p. 63 ss., 273 ss. e 343 ss. Evidenziano l'attitudine della presupposizione, in mancanza di altri strumenti tipizzati o negozialmente concordati che consentano, ove possibile, l'adeguamento del contratto, a reagire al risultato inefficiente derivante dal mantenimento in vita di un vincolo ormai privo del presupposto su cui poggiava, M. BESSONE-A. D'ANGELO, *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 326 ss.; E. ROPPO, *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di «presupposizione»*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, p. 211 ss.; AND. D'AN-

sposta, con i necessari adattamenti, alla dichiarazione di avvalersi della clausola risolutiva espressa, tale prospettiva consente di qualificare il rischio presidiato dalla clausola non come movente individuale del creditore, ma come interesse oggettivato nel regolamento contrattuale e attualizzato dalla dichiarazione di avvalimento.

Se quest'ultima non è funzionalmente ordinata alla mera constatazione dell'inadempimento, ma alla protezione dell'interesse creditorio inciso dal rischio selezionato dalla clausola, la sopravvenuta neutralizzazione di tale incidenza può ripercuotersi sulla perdurante rilevanza della dichiarazione di avvalimento quale fondamento dell'assetto dissolutivo³⁹.

Una volta ricondotta la presupposizione a criterio di selezione della sopravvenienza rilevante, occorre allora domandarsi se e a quali condizioni i requisiti tradizionalmente elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza possano essere rilette in funzione della particolare struttura dell'atto previsto dall'art. 1456, comma 2, c.c.

5. La dottrina e la giurisprudenza⁴⁰ individuano tradizionalmente, quali requisiti della presupposizione, la comunanza⁴¹, la cer-

GELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, p. 191 ss.; C. CACCAVALE, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005, p. 43 ss.

³⁹ Dall'angolo visuale prospettato, la sopravvenienza non si atteggia quale negazione retrospettiva del fatto costitutivo originario, ma quale elemento che si inserisce in una fattispecie ulteriore incidente sugli effetti già prodotti. Sul punto, E. GRASSO, *La pronuncia di ufficio. I. La pronuncia di merito*, Milano, 1967, p. 256, secondo cui la formazione di fattispecie più ampie mediante l'inclusione di figure già rilevanti costituisce il risultato di una «integrazione delle unità giuridico-formali precostituite», suscettibile di attribuire alla nuova fattispecie efficacia «diversamente rilevante o addirittura impeditiva od estintiva dell'inclusa».

⁴⁰ Per l'individuazione dei criteri affinché una circostanza possa essere intesa come presupposto, Cass., 31 ottobre 1989, n. 4554, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1991, 2, p. 523, ove si «richiede: 1) che la presupposizione sia "comune" a tutti i contraenti; 2) che l'evento supposto sia stato assunto come "certo" nella rappresentazione delle parti (ed in ciò la presupposizione differisce dalla condizione); 3) che si tratti di presupposto "obiettivo", consistente, cioè, in una situazione di fatto il cui venir meno o il cui verificarsi sia del tutto indipendente dalla attività e volontà dei contraenti e non corrisponda, integrandolo, all'oggetto di una specifica loro obbligazione».

⁴¹ Cass. 17 dicembre 1991, n. 13578; Cass. 13 ottobre 2016, n. 20620; Cass.

tezza⁴², l'obiettività⁴³ e la rilevanza determinante della circostanza presupposta. Nella ricostruzione ormai prevalente, tali requisiti operano come criteri di selezione di circostanze di fatto o di diritto che, pur non esplicitate nel regolamento negoziale, esercitano una oggettiva incidenza sulla razionalità dell'operazione economica e sull'equilibrio dell'assetto di interessi concretamente programmato⁴⁴. Il presupposto non si identifica né con un mero motivo individuale, né coincide con la causa del negozio, ma integra piuttosto una situazione esterna al regolamento che ne sorregge obiettivamente la ra-

18 settembre 2009, n. 20245; Cass. 25 maggio 2007, n. 12235; Cass., 5 marzo 2018, n. 5112.

⁴² Su tale requisito, Cass., 9 febbraio 1985, n. 1064, in *Riv. dir. comm.*, 1985, p. 125 con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Presupposizione e comune intenzione delle parti*; e in *Foro it.*, 1986, 7, 1, c. 1981, con nota di A. ESPOSITO, *Presupposizione ed errore comune*; Cass., 4 agosto 1988, n. 4825, in *Foro it.*, 1989, I, c. 415; Cass., 14 gennaio 1998, n. 295, in *Riv. dir. lav.*, 1998, II, p. 366, con nota di G. PERA, *Dove sta il buon senso?*; e in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1999, II, p. 340, con nota di S. MORRONE, *Alcune considerazioni in tema di presupposizione e condizione risolutiva espressa*; Cass. 22 febbraio 2005, n. 3579; Cass., 14 giugno 2013, n. 15025; Cass. 13 ottobre 2016, n. 20620; Cass. 24 agosto 2020, n. 17615.

⁴³ Cass., 6 luglio 1971, n. 2104, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, p. 282; Cass., 9 maggio 1981, n. 3074, in *Foro it.*, 1983, I, c. 2128, con nota critica di A. GENTILI, *Presupposizione, eccessiva onerosità sopravvenuta e inesigibilità*; Cass., 11 novembre 1986, n. 6584, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2177, con nota di G. MASSA, *Di presupposizione, oneri reali e corrispettività*; e in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 1493, con nota di M. COSTANZA, *Oneri reali e adeguatezza del corrispettivo*; Cass., 3 dicembre 1991, n. 12921, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 2210, con nota di P. ODDI, *In tema di presupposizione*; Cass., 28 agosto 1993, n. 9125, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1601, con nota di N. COSENTINO, *Presupposizione e sopravvenuta inedificabilità dei suoli*; Cass., 5 gennaio 1995, n. 191, in *Foro pad.*, 1995, I, p. 11; Cass., 24 marzo 1998, n. 3083, in *Giust. civ.*, 12, I, p. 3161, con nota di C. CALDERONI, *"Presupposizione" e disciplina del contratto*; Cass., 3 dicembre 2009, n. 25401; Cass., 20 aprile 2018, n. 9909; Cass., 24 agosto 2020, n. 17615; Cass. 28 gennaio 2025, n. 1995.

⁴⁴ Appare condivisibile, sul piano del metodo, l'impostazione secondo la quale è «vano cercare nel diritto vivente lumi sulla natura della presupposizione, ben acclarata, invece, dalla più accreditata dottrina», essendo più proficuo concentrare l'indagine sui caratteri delle circostanze la cui alterazione la possa rendere operativa, allo scopo di circoscrivere il compito del giudice, specie di merito. In tal senso, A.M. BENEDETTI, *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, I, 2021, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano, 2021, p. 886.

zionalità⁴⁵. Ne consegue che tali requisiti debbano essere letti in chiave funzionale e non alla stregua di indici psicologici della volontà delle parti.

Il richiamo di tali requisiti rispetto alla dichiarazione di avvalimento di cui all'art. 1456, comma 2, c.c. non implica una trasposizione meccanica della presupposizione. Esso consente, piuttosto, di selezionare la sopravvenienza rilevante. Il criterio funzionale, dunque, non opera come autonomo parametro correttivo dell'effetto risolutivo, ma come criterio di identificazione della sopravvenienza idonea a concorrere alla formazione della fattispecie impeditiva dell'opponibilità della dichiarazione. Da qui l'impossibilità per la parte che si sia avvalsa della clausola di fondare sulla dichiarazione una pretesa incompatibile con la sopravvenuta neutralizzazione del rischio presidiato dalla clausola⁴⁶. La presupposizione rileva, dunque, non come autonomo rimedio caducatorio applicato all'atto unilaterale, ma come figura della sopravvenienza qualificata che si inserisce nella sequenza effettuale già prodotta dall'art. 1456 c.c. e ne modifica la rilevanza nei rapporti tra le parti⁴⁷.

Non è sufficiente rispondere all'interrogativo se la dichiarazione *ex art. 1456 c.c.* abbia prodotto l'effetto risolutivo; occorre chiedersi se e in che misura quel fatto negoziale continui a essere rilevante/opponibile nella sequenza successiva⁴⁸.

⁴⁵ A.M. BENEDETTI, *Presupposizione*, cit., p. 889.

⁴⁶ In questa prospettiva, utile G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, p. 151 ss., il quale avverte che non si può discutere di opponibilità e inopponibilità «come di entità reali», poiché tali espressioni indicano piuttosto che l'ordinamento, in presenza di determinati fatti, ricollega ad essi conseguenze rilevanti nella soluzione dei conflitti tra privati. L'A. precisa altresì che l'opponibilità è «caratteristica estrinseca al rapporto», attenendo al fatto da cui il rapporto origina e al grado di rilevanza che l'ordinamento attribuisce al titolo costitutivo.

⁴⁷ In termini più generali, la ricostruzione si colloca nella prospettiva che considera le fattispecie impeditive, modificative ed estintive non come meri «contrari» della fattispecie costitutiva, ma come strutture normative autonome e più complesse. Sul punto, E. GRASSO, *op. cit.*, p. 252 ss., spec. p. 254.

⁴⁸ Il rilievo del fatto può essere valutato su un piano diverso rispetto alla sua efficacia originaria. Sul punto, G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità*, cit., p. 51: «il

Su questa base, la comunanza può essere riletta come riferibilità obiettiva del presupposto al rapporto inciso dall'atto⁴⁹. Il rischio rilevante non coincide con una rappresentazione interna del creditore, ma con quello selezionato dalla clausola risolutiva nel regolamento contrattuale e obiettivato nell'economia del rapporto⁵⁰. In questo senso, la clausola risolutiva espressa opera come tecnica convenzionale di preventiva cristallizzazione delle ipotesi di scioglimento del vincolo, attraverso la selezione pattizia delle prestazioni la cui mancata esecuzione assume rilievo dissolutorio e la preventiva allocazione del rischio dell'inattuazione⁵¹. Nonostante la struttura unilaterale, la dichiarazione *ex art. 1456, comma 2, c.c.* opera su un assetto di interessi bilateralmente conformato dalla clausola risolutiva⁵².

rilevato esterno di un fatto non dipende dalla natura dei suoi effetti ma dalla relazione che si instaura fra di esso e l'ordinamento nel suo complesso».

⁴⁹ P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, Agg. VII, Torino, 2012, p. 467. Per una lettura della comunanza come criterio di lettura dell'assetto di rischio concretamente assunto dalle parti, M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 311 ss. In giurisprudenza già Cass., 3 dicembre 1991, n. 13578, pur muovendo dal lessico tradizionale della "base negoziale soggettiva", mostra una tendenza a concepire la comunanza non come identità psicologica di motivi, ma come rilevanza della circostanza nell'economia dell'affare.

⁵⁰ L'esercizio del potere risolutorio non è riducibile a una mera scelta soggettiva, ma resta correlato all'incidenza dell'inadempimento sull'economia concreta del rapporto. A riguardo, S. CHERTI, *Sulle clausole "di uscita" dal contratto. Contributo allo studio della risoluzione di diritto*, Torino, 2020, p. 109.

⁵¹ Sul punto, S. CHERTI, *Sulle clausole "di uscita" dal contratto*, cit., p. 98 ss.

⁵² Ci sembra significativo, a riguardo, il rilievo di S. CHERTI, *Sulle clausole "di uscita" dal contratto*, cit., p. 12 ss., il quale ravvisa nella caparra, nel termine essenziale, nella clausola risolutiva espressa e nella clausola penale dei «rimedi pattizi rinforzati», per il tramite dei quali le parti disciplinano *ex ante* l'eventuale fase patologica del rapporto, selezionando preventivamente gli inadempimenti rilevanti e le conseguenze loro riconducibili. Tali strumenti operano, infatti, come tecniche convenzionali di allocazione del rischio e di gestione preventiva del conflitto, idonee a «depotenziare l'*appeal* del ricorso al processo» e a produrre una modificazione giuridica che il giudice è chiamato piuttosto a constatare che a costituire. Appunto in questa chiave, il rischio rilevante non resta confinato nella rappresentazione soggettiva del contraente che si avvale della clausola, ma si oggettiva nel regolamento negoziale bilateralmente predisposto.

La certezza⁵³, a sua volta, assume valore come indice dell'assunzione, al momento della dichiarazione di avvalimento, della persistente idoneità del mancato adempimento ad incidere concretamente sull'interesse creditorio presidiato dalla clausola risolutiva. L'obiettività postula che il venir meno di tale incidenza non abbia a dipendere da un mero ripensamento della parte dichiarante, ma da circostanze esterne e non integralmente dominabili da essa⁵⁴. La dichiarazione *ex art.* 1456, comma 2, c.c. non instaura un rapporto sinallagmatico, né costituisce fonte di un'obbligazione da eseguire. Per questa ragione non è possibile trasferire senz'altro, sul terreno dell'atto unilaterale risolutorio, la tradizionale distinzione tra contenuto dell'obbligazione e presupposto, elaborata con riguardo alla presupposizione contrattuale. In questo diverso contesto, il presupposto rilevante non può coincidere con l'inadempimento contemplato dalla clausola, che rappresenta soltanto il fatto tipico di attivazione del potere risolutivo. Esso, piuttosto, deve essere individuato nella persistente idoneità della dichiarazione di avvalimento a fondare un assetto dissolutorio coerente con l'interesse oggettivato dalla clausola.

Se tale idoneità viene meno, malgrado la dichiarazione resti conforme allo schema legale al momento della ricezione, si pone un problema di perdurante opponibilità della stessa.

⁵³ La circostanza che «consapevolezza e comunanza non significano volizione né comportano che il presupposto sia determinante del consenso di una delle parti o di entrambe», è posta in luce da A.M. BENEDETTI, *Presupposizione*, cit., p. 889, «giacché non è la volontà, né esplicita né implicita, fonte della natura di presupposto del fatto o dell'evento su cui il contratto poggia la sua razionalità, ma è la sua idoneità a costituire la base senza la quale il contratto perde la sua razionalità». Nel senso che la certezza non debba essere intesa in senso naturalistico o assoluto, ma come affidamento oggettivato sulla normale permanenza o verifica della circostanza assunta quale base dell'operazione, Cass., 13 ottobre 2016, n. 20620.

⁵⁴ Per tutti, F. MACARIO, *La dottrina della presupposizione*, cit., p. 805. In senso coerente con tale impostazione, Cass. 28 gennaio 2025, n. 1995. Nella prospettiva di una lettura funzionale della presupposizione, si veda altresì Cass., 3 dicembre 2009, n. 25401, che qualifica il fatto presupposto come «circostanza esterna» costituente «specifico e oggettivo presupposto di efficacia del regolamento pattizio», attribuendo rilievo alla permanenza del contratto quale fonte «funzionalmente utile, sul piano economico-sociale, dell'attuato regolamento di interessi». Pur senza abbandonare il lessico tradizionale della figura, la pronuncia valorizza la relazione tra presupposto e razionalità concreta dell'operazione economica.

La rilevanza determinante, infine, consente di separare le sopravvenienze che incidono sulla base funzionale⁵⁵ dell'assetto dissolutorio dai semplici mutamenti di convenienza economica. La ragione della reazione dell'ordinamento, infatti, poggia sull'irrazionalità economica degli effetti dell'atto, tale da far concludere che questi non corrispondano alla sistemazione di interessi che l'atto mirava a realizzare⁵⁶.

Nei requisiti della presupposizione, purché intesi secondo la lettura proposta, possono dunque ravvisarsi i criteri per verificare la perdurante coerenza fra funzione concreta della dichiarazione e assetto dissolutorio da essa attivato, al fine di stabilire se la sopravvenienza concorra a integrare una fattispecie impeditiva dell'opponibilità della dichiarazione di avalimento⁵⁷.

6. Nella prospettiva accolta, la sopravvenienza qualificata che elida il rischio presidiato dalla clausola risolutiva espressa non incide retroattivamente sull'effetto risolutivo già prodotto, ma può concorrere, insieme alla clausola e alla dichiarazione di avalimento, alla formazione di una fattispecie ulteriore impeditiva dell'opponibilità della dichiarazione stessa. La verifica non riguarda, dunque, la mera convenienza della prosecuzione del rapporto, né la permanenza in astratto dell'effetto risolutivo, ma l'incidenza del fatto sopravvenuto sul rischio specificamente selezionato dal regolamento contrattuale e

⁵⁵ M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, cit., p. 314.

⁵⁶ Si esprime criticamente nei confronti di concezioni eccessivamente restrittive rispetto alla rilevanza del presupposto, M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, cit., p. 314, il quale, con riguardo all'ambito contrattuale, evidenzia come «richiedere che la sopravvenienza abbia colpito l'unico motivo che ha giustificato il contratto, nella prospettiva della parte pregiudicata, significa introdurre una limitazione ulteriore e non del tutto razionale, atteso che i motivi che muovono alla stipulazione di un contratto sono pressoché sempre ben più di uno soltanto».

⁵⁷ F. MACARIO, *La dottrina della presupposizione*, cit., p. 808. Nel senso di escludere la rilevanza d'ufficio della presupposizione, la cui allegazione resta rimessa alla disponibilità delle parti, Cass., 24 febbraio 2000, n. 2108. Afferma che la presupposizione non costituisce eccezione in senso lato, rilevabile d'ufficio, ma un'«eccezione in senso proprio», quale allegazione di un fatto impeditivo o estintivo del diritto fatto valere in giudizio, Cass., 30 marzo 2000, n. 3908.

attualizzato dalla dichiarazione. Evidentemente, occorrerà una verifica caso per caso, diretta ad accertare se il fatto sopravvenuto incida sul rischio specificamente presidiato dalla clausola risolutiva espressa oppure si limiti a rendere economicamente preferibile l'assetto economico-giuridico delineato dal contratto originario.

Si pensi, a titolo di esempio, a un contratto di appalto per l'allestimento di uno stand fieristico internazionale, nel quale una clausola risolutiva espressa preveda la risoluzione in caso di ritardo nella consegna dei materiali principali oltre una certa data, poiché il committente deve partecipare a una specifica fiera commerciale e il ritardo determinerebbe la perdita dell'occasione economica dell'evento. Laddove l'inosservanza temporale si verifici e il committente dichiari di avvalersi della clausola, ma immediatamente dopo l'ente organizzatore della fiera comunichi il rinvio dell'evento di un mese, rendendo ancora pienamente utile la prestazione dell'appaltatore, che offra immediata prosecuzione dei lavori, la funzione concreta della dichiarazione risolutiva, identificabile nell'esigenza di evitare la perdita dell'evento commerciale, verrebbe meno per sopravvenienza.

L'esempio chiarisce come non sia in gioco la mera convenienza della prosecuzione del rapporto originario, ma la neutralizzazione del rischio specificamente selezionato dalla clausola e attualizzato dalla dichiarazione⁵⁸.

Per altro verso, la sopravvenienza non può incidere sull'opponibilità di quest'ultima quando lo scioglimento abbia generato affidamenti qualificati o assetti sostitutivi. Si pensi al caso in cui, dopo la dichiarazione di avvalersi della clausola risolutiva espressa per ritardo nella consegna, il compratore abbia concluso un contratto sostitutivo con un terzo fornitore, riorganizzando la propria attività produttiva. Anche qualora sopravvenga una circostanza astrattamente idonea a rendere nuovamente utile la prestazione originaria, la

⁵⁸ Si pensi, invece, ad un contratto di fornitura di componenti industriali, assistito da clausola risolutiva espressa per il caso di ritardo oltre una certa soglia, fissata a tutela dell'interesse del compratore ad evitare interruzioni nella produzione. Qualora, successivamente alla ricezione della dichiarazione di avvalersi della clausola, il prezzo di mercato dei componenti aumenti sensibilmente, rendendo più conveniente ricevere la prestazione originariamente pattuita, la sopravvenienza non inciderebbe sul rischio presidiato dalla clausola (il fermo produttivo), ma unicamente sulla convenienza economica della prosecuzione del rapporto.

stabilizzazione dell'assetto alternativo impedisce di dedurre l'inopponibilità della dichiarazione di avalimento, dovendo prevalere l'esigenza di certezza.

Alla sopravvenienza si riconosce, dunque, non l'idoneità a caducare automaticamente lo scioglimento, né quella di fondare un ripensamento unilaterale del creditore, ma la capacità di concorrere alla formazione di una fattispecie ulteriore impeditiva dell'opponibilità della dichiarazione di avalimento, quando il rischio concretamente presidiato dalla clausola risulti integralmente eliso e non si siano consolidati affidamenti o assetti incompatibili con la prosecuzione del rapporto⁵⁹.

Non si tratta, dunque, di un controllo successivo avente ad oggetto la gravità dell'inadempimento, già convenzionalmente selezionata dalle parti, ma la perdurante opponibilità della dichiarazione di avalimento alla luce della sopravvenienza dedotta.

7. È ricorrente in giurisprudenza l'impiego dell'espressione "rinuncia" all'effetto della clausola risolutiva espressa tanto per alludere alla dismissione, anche tramite comportamento concludente, del diritto potestativo di cui all'art. 1456 c.c. non ancora esercitato, quanto per evocare una pretesa ritrattabilità, da parte del creditore, dell'esito dissolutorio già compiutosi in ragione degli effetti della dichiarazione di avalimento⁶⁰.

⁵⁹ Ritiene che col riconoscere la possibile operatività dell'interesse sopravvenuto delle parti alla prosecuzione del rapporto quale fatto impeditivo dell'effetto estintivo già prodottosi si finisca per negare la stessa verifica della risoluzione, L. PASCUCCI, *Ritrattazione della volontà risolutiva e reviviscenza del contratto*, Torino, 2013, p. 215 ss. Proprio tale rilievo, tuttavia, induce a ritenere preferibile una ricostruzione che non postuli né la mancata produzione dell'effetto risolutivo né la reviviscenza del rapporto, ma collochi la sopravvenienza sul diverso piano dell'opponibilità della dichiarazione di avalimento, ove venga meno la base funzionale che ne giustificava la conservazione.

⁶⁰ Sul punto, A. CALONI, *Risoluzione per inadempimento e comportamento contraddittorio. Autoresponsabilità e struttura del rimedio*, Milano, Torino, 2024, p. 65 ss. Una tendenza non dissimile emerge anche nella giurisprudenza formatasi in tema di diffida ad adempiere, sin da Cass., 23 aprile 1977, n. 1530, in *Foro it.*, 1977, I, c. 1913, con commento di A. LENER; e in *Giur. it.*, 1978, I, 1, p. 536. In senso contrario rispetto alla piena disponibilità degli effetti risolutivi stragiudiziali, pur

L'idea che il contraente *in bonis* possa rinunciare ad avvalersi della risoluzione già avvertasi per effetto della clausola risolutiva espressa, ripristinando il rapporto contrattuale estinto e accettando la prestazione offerta dalla controparte, ha suscitato forti perplessità in dottrina, giacché per comune convincimento la risoluzione ha luogo *ipso iure* una volta che la dichiarazione di avvalimento sia giunta a conoscenza del destinatario, con conseguente scioglimento del vincolo e liberazione delle parti dalle obbligazioni derivanti dal rapporto. Muovendo da tale premessa, si rileva che l'assetto dissolutorio, ormai perfezionatosi⁶¹, non è suscettibile di essere rimesso nella disponibilità del creditore. A tale contraente deve dunque ritenersi precluso di ritrattare la propria scelta, e provocare unilateralmente la reviviscenza del rapporto per tornare a pretendere l'esecuzione del contratto.

A sostegno di tale conclusione si richiama, in via diretta o analogica, il disposto dell'art. 1453, comma 2, c.c.⁶², quale punto di emersione dell'esigenza di tutelare l'interesse dell'inadempiente ad una stabile definizione della propria posizione contrattuale⁶³. Siffatta

nel diverso contesto della diffida ad adempiere e del rapporto con il recesso *ex art.* 1385 c.c., Cass., SS.UU., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Giur. it.*, 2009, p. 1114, con nota di G. SICCHIERO, *Indisponibilità dell'effetto risolutivo stragiudiziale del contratto (artt. 1454, 1456 e 1457 c.c.)*; in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 5, 2, p. 1073, con nota di E. LUCCHINI GUASTALLA, *Risoluzione del contratto e irrinunciabilità dell'effetto risolutorio*. Per un ridimensionamento dell'effettiva portata della pronuncia, C. DE MENECH, *Diffida ad adempiere e risoluzione "di diritto" ex art. 1454 c.c.*, in *Contratti*, 2013, p. 710; M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, 2013, p. 61; M. DELLACASA, *Il creditore può rinunciare alla risoluzione "di diritto"? Luci ed ombre di una regola giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 27 s.

⁶¹ F.D. BUSNELLI, *Clausola risolutiva espressa*, cit., p. 199, rileva che laddove la parte inadempiente venga a conoscenza della dichiarazione dell'altra di avvalersi della clausola, «la risoluzione del rapporto è ormai un fatto compiuto». L'A. evidenzia che la «dichiarazione suddetta [...] appare come la causa efficiente della risoluzione *ipso iure* del contratto (*rectius*: del rapporto consequenziale), dato che questa costituisce l'effetto immediato e diretto della dichiarazione stessa».

⁶² Sul punto, già E. ENRIETTI, *Art. 1456*, in *Commentario del codice civile. Libro delle obbligazioni* diretto da Mariano D'Amelio e Enrico Finzi, I, Firenze, 1948, p. 824.

⁶³ In questo senso, M. TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., p. 163; L. PASCUCCI, *Ritrattazione della volontà risolutoria*, cit., p. 98.

esigenza, si afferma, è avvertita anche con riguardo alle ipotesi di risoluzione stragiudiziale, e risulta anzi ulteriormente accentuata con riguardo al meccanismo dell'art. 1456 c.c., il quale, non prevedendo alcun termine decadenziale entro il quale il creditore debba rendere la dichiarazione di avvalimento della clausola, di per sé espone il debitore a una significativa incertezza⁶⁴.

Per altro verso, lo stesso ricorso alla figura della rinuncia, anche tacita, all'effetto risolutivo, è ritenuto insoddisfacente: innanzitutto, si rileva che «se oggetto di rinuncia è un diritto con soggetto passivo determinato, l'accettazione di questo è necessaria poiché si tratta di modificare, sia pure a suo favore, un suo rapporto giuridico»⁶⁵, cosicché dovrebbe escludersene l'operatività senza il consenso della parte contro cui è diretta⁶⁶; in secondo luogo si evidenzia come siffatta rinuncia sia sostanzialmente costruita su una *fiction iuris*⁶⁷ che imputa *ex post* al creditore una volontà abdicativa spesso difficilmente accertabile in termini rigorosi⁶⁸.

La prosecuzione del rapporto viene allora ricostruita come nuovo accordo ricostitutivo⁶⁹ o come negozio diretto a riprodurre la

⁶⁴ L. PASCUCCI, *Ritrattazione della volontà risolutoria*, cit., p. 100 s.; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 420. In ordine all'assenza di limiti temporali del diritto di provocare la risoluzione *ex art.* 1456 c.c., per tutti, F.D. BUSNELLI, *Clausola risolutiva espressa*, cit., p. 199, il quale evidenzia come esso possa «essere esercitato sinché ne sussistono i presupposti».

⁶⁵ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano* Vassalli, Torino, 1960, p. 301; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 136.

⁶⁶ In termini particolarmente significativi, G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 420.

⁶⁷ L. PASCUCCI, *Ritrattazione della volontà risolutoria*, cit., p. 307, la quale ritiene che la giurisprudenza, «pur mirabile nei suoi intenti», ricorra a tale costruzione negoziale in quanto «ancorata [...] al dogma tradizionale che la perdita di un "diritto" può verificarsi solo in forza di legge o di un atto di volontà».

⁶⁸ L. PASCUCCI, *Ritrattazione della volontà risolutoria*, cit., p. 307.

⁶⁹ A riguardo, M. COSTANZA, *Clausola risolutiva espressa*, cit., p. 2 ss., ad avviso della quale «per ripristinare il rapporto contrattuale, le parti dovrebbero manifestare un nuovo consenso inerente al medesimo regolamento di interessi. Se mai la rinuncia potrebbe far nascere in capo al destinatario un diritto di opzione, ma per il sorgere del rapporto contrattuale fra le parti sarebbe necessaria un'ulteriore

sistemazione di interessi originaria⁷⁰. La soluzione, pur coerente con l'idea che l'effetto risolutivo già prodottosi non sia unilateralmente disponibile dal creditore, non è tuttavia priva di difficoltà, in quanto postula, a tacer d'altro, una verifica volta a stabilire se tale accordo rispetti i requisiti di forma eventualmente prescritti per l'operazione considerata, nonché se sia idoneo a fungere da titolo giustificativo degli spostamenti patrimoniali successivi alla dichiarazione di avvalimento⁷¹.

In modo più convincente, si è osservato che la neutralizzazione della pretesa del creditore dovrebbe essere ricondotta alla buona fede e, in particolare, al divieto di *venire contra factum proprium*⁷²: il comportamento successivo del creditore, ove contraddittorio rispetto alla precedente dichiarazione⁷³, e idoneo a ingenerare nella

manifestazione di volontà». Nella stessa direzione, le considerazioni di D. CARUSI, *Clausola risolutiva espressa e rinuncia all'effetto risolutivo*, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 141 ss.; M. GRONDONA, *op. cit.*, p. 79; M. DELLACASA, *Caparra confirmatoria e disponibilità dell'effetto risolutivo*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 625; M. TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., p. 163 e G. IORIO, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, Milano, 2012, p. 295.

⁷⁰ La «confusione logica» insita nel «concetto di fatto eliminativo di una vicenda estintiva» è denunciata, in termini generali, da M. PROTO, *Termine essenziale e adempimento tardivo*, Milano, 2004, p. 119, posto che l'individuo può disporre dei fatti e non degli effetti, eliminare un effetto estintivo significherebbe soltanto porre in essere «una nuova situazione giuridica alla quale l'ordinamento riconduce effetti identici a quelli che erano ricollegati alla situazione originaria». Il rilievo dell'A. coglie efficacemente il limite delle ricostruzioni che postulano una rimozione dell'effetto estintivo già prodottosi; esso, tuttavia, non esclude che una fattispecie sopravvenuta possa incidere sul diverso piano della perdurante opponibilità della dichiarazione di avvalimento.

⁷¹ La problematica è esaminata da L. PASCUCCI, *Ritrattazione della volontà risolutoria e reviviscenza del contratto*, cit., p. 206 ss.

⁷² M. DELLACASA, *Il creditore può rinunciare alla risoluzione "di diritto"?*, cit., p. 48 s.

⁷³ A. CALONI, *Risoluzione per inadempimento e comportamento contraddittorio*, cit., *passim* e p. 189 ss., riconduce le fattispecie di comportamento contraddittorio a una regola di autoresponsabilità, idonea a integrare il regime legale dei rimedi risolutivi e a governare, secondo criteri di effettività, le ipotesi nelle quali la condotta successiva della parte incida sull'alternativa tra conservazione e scioglimento del rapporto.

controparte un affidamento sulla prosecuzione del rapporto, paralizzerebbe la pretesa di far valere l'effetto risolutivo mediante lo strumento dell'eccezione di dolo.

Si tratta di considerazioni sicuramente ben meditate che colgono un profilo essenziale: il meccanismo di cui all'art. 1456 c.c. non può essere trasformato in uno strumento di ripensamento potestativo del creditore, né può essere consentito a tale contraente di alterare arbitrariamente risoluzione e adempimento. Tuttavia, le soluzioni proposte non appaiono del tutto appaganti.

In primo luogo, la soluzione fondata sull'accordo attribuisce carattere dirimente al momento genetico dell'effetto risolutivo, traendone quasi automaticamente l'assunto della sua irreversibilità⁷⁴. Così facendo, però, rischia di assumere una concezione eccessivamente statica della risoluzione, la quale non si esaurisce in un dato storico⁷⁵, ma dà luogo a un assetto di interessi destinato a operare nel tempo e,

⁷⁴ Contro una simile alternativa rigidamente binaria, è utile il richiamo a E. GRASSO, *op. cit.*, p. 252, il quale critica la concezione che riduce il fatto impeditivo al mero inverso della fattispecie costitutiva, osservando che essa muove dall'assunto aprioristico secondo cui «l'inefficacia di una fattispecie non può dipendere che dal difetto della sua struttura»; al contrario, la legge può attribuire a un fatto l'attitudine «ad influire sull'efficacia di altro fatto solo *ab externo*». La prospettiva consente di distinguere tra avvenuta produzione dell'effetto risolutivo e successiva incidenza di una fattispecie ulteriore sulla perdurante opponibilità della dichiarazione di avvalimento. In termini convergenti, G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, p. 199, il quale afferma l'esistenza di fattispecie perfettamente integrate e tuttavia non produttive di effetti per l'incidenza di altre fattispecie, totalmente autonome, e S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Milano, 2010, p. 129 ss., ove distingue la mera controprova dalla prova di fatti impeditivi, modificativi o estintivi, osservando che quest'ultima riguarda «fatti diversi da quelli costitutivi provati dall'attore», e p. 145.

⁷⁵ Sul punto, persuasivo M. DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013, p. 6 ss.; e ID., *Il creditore può rinunciare alla risoluzione "di diritto"?*, cit., p. 49 s., il quale, richiamandosi alla teoria dei termini "sistematici" elaborata da A. ROSS, *La definizione nel linguaggio giuridico*, in AA.VV., *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. Scarpelli, Milano, 1976, p. 199 ss., osserva che espressioni quali "vincolo" o "risoluzione" non designano entità reali autonomamente esistenti, ma costituiscono strumenti linguistici di sintesi, idonei a collegare una pluralità di fatti condizionanti a una serie di conseguenze giuridiche.

come tale, valutabile alla luce della sua perdurante coerenza funzionale⁷⁶.

Per altro verso, la riconduzione del fenomeno al divieto di *venire contra factum proprium* coglie certamente il profilo della contraddittorietà della condotta e l'esigenza di tutela dell'affidamento, ma resta collocata su un piano esterno rispetto all'assetto prodotto dalla dichiarazione risolutoria. Essa si limita a paralizzare la pretesa del creditore in ragione della sua incoerenza comportamentale, offrendo una spiegazione reattiva, non strutturale, del fenomeno. Non spiega pienamente, invece, le ipotesi nelle quali il comportamento successivo delle parti non esprima soltanto contraddizione o affidamento, ma riveli il venir meno della ragione funzionale che aveva giustificato l'attivazione del meccanismo risolutorio. In tali casi, la questione non è se il creditore possa ritrattare l'effetto ablativo, né soltanto se il suo comportamento sia coerente o contraddittorio, ma se la sopravvenienza incida sulla perdurante opponibilità della dichiarazione di avvalimento quale fondamento dell'assetto dissolutorio, in quanto abbia neutralizzato il rischio selezionato dalla clausola.

L'insufficienza della categoria della rinuncia e, specularmente, della sola reazione alla contraddittorietà della condotta suggerisce dunque di spostare l'indagine sul piano della perdurante opponibilità della dichiarazione di avvalimento. Occorre verificare se la successiva evoluzione del rapporto, in ragione del venir meno della giustificazione funzionale dell'assetto dissolutorio, integri una fattispecie impeditiva dell'opponibilità della dichiarazione di avvalimento.

8. Nella prospettiva qui accolta, il riferimento alla "opponibilità" della dichiarazione non è impiegato nel senso tecnico proprio dei conflitti tra titoli concorrenti o delle vicende circolatorie, né sul presupposto di una posizione di "terzietà" della controparte rispetto al rapporto. Esso si giustifica, piuttosto, in ragione della struttura bifasica del meccanismo risolutorio: l'assetto dissolutorio è predisposto da un regolamento bilateralmente conformato, poiché la clausola seleziona convenzionalmente il rischio dell'inadempimento; la sua con-

⁷⁶ In una prospettiva coerente, L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012, p. 53 ss.; M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, cit., p. 560 ss.

creta operatività dipende tuttavia da un atto unilaterale di scelta e di spendita, mediante il quale il contraente interessato decide di far valere quel rischio come fondamento dello scioglimento. Le sopravvenienze successive non incidono allora sul titolo convenzionale dell'assetto, né sulla produzione originaria dell'effetto risolutivo, ma sulla permanenza delle condizioni che consentono di opporre la dichiarazione quale fondamento dell'assetto dissolutorio.

In questa accezione, l'opponibilità non designa una qualità ontologica dell'effetto già prodotto, ma un giudizio sulla perdurante forza del titolo nella sequenza successiva del rapporto⁷⁷.

Proprio questa precisazione produce conseguenze processuali rilevanti. Lungi dal postulare la configurazione di un'autonoma azione atipica di rimozione dell'effetto risolutivo, la questione può essere ricondotta alla deduzione di una fattispecie ulteriore, impeditiva della perdurante opponibilità della dichiarazione di avvalimento⁷⁸, deducibile nell'ambito degli ordinari giudizi di accertamento o di condanna aventi ad oggetto il rapporto contrattuale⁷⁹. Essa può venire in rilievo tanto in una domanda di accertamento della persistenza del rapporto o di adempimento, quanto in via di ec-

⁷⁷ G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit., pp. 145 e 158, ove l'opponibilità è ricondotta a un giudizio di prevalenza fondato non sugli effetti dell'atto, ma sulla diversa forza del titolo cui l'ordinamento attribuisce rilevanza.

⁷⁸ Sulla struttura autonoma delle fattispecie impeditive, modificative ed estintive, si veda, in generale, E. GRASSO, *op. cit.*, p. 254. La precisazione consente di evitare che la sopravvenienza sia intesa come fatto impeditivo della fattispecie risolutiva ex art. 1456 c.c., già perfezionata e produttiva dell'effetto dissolutorio. In questa direzione, cfr. A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, p. 319 s., spec. p. 180, nt. 163, il quale delimita la nozione di fatto impeditivo ai fenomeni che attonano alla perfezione della fattispecie, escludendone l'impiego per fatti esterni destinati a operare ab extra su effetti già prodotti. Nel caso qui considerato, la sopravvenienza rileva dunque come elemento di una distinta fattispecie sopravvenuta, incidente sulla perdurante opponibilità della dichiarazione.

⁷⁹ Sul persistente rilievo del processo anche nei casi di risoluzione stragiudiziale o di diritto, v. M. MAGGIOLO, *Eccezione di risoluzione*, cit., p. 315 s., il quale osserva che, a fronte dell'altrui reazione perentoria, «la coda giudiziaria è però sempre in agguato», essendo il ricorso alla giurisdizione imprescindibile quando si intendano ottenere risultati condannatori, restitutori o risarcitori, ovvero quando sussistano esigenze di incontestabilità, pubblicità o mero accertamento.

cezione, allorché una parte invochi la risoluzione come fatto impeditivo o estintivo della pretesa avversaria e l'altra deduca che, per effetto di una sopravvenienza qualificata, la dichiarazione produttiva dell'assetto dissolutorio è divenuta inopponibile.

Giusta la necessità di distinguere il piano sostanziale della struttura della fattispecie da quello processuale della sua introduzione nel giudizio, la qualificazione della sopravvenienza come elemento di una fattispecie impeditiva della perdurante opponibilità della dichiarazione di avvalimento non comporta la sua automatica rilevabilità d'ufficio. Sul primo piano, la sopravvenienza concorre a integrare una fattispecie ulteriore, idonea a impedire che la dichiarazione, pur avendo validamente prodotto l'effetto risolutivo, possa ancora essere opposta quale fondamento dell'assetto dissolutorio. Sul secondo piano, però, essa non opera come mera conseguenza giuridica di fatti già acquisiti al processo, né come semplice negazione del fatto costitutivo della risoluzione. La parte interessata non contesta, dunque, che la dichiarazione abbia originariamente integrato il meccanismo di cui all'art. 1456 c.c.; deduce piuttosto che, per effetto della sopravvenienza qualificata, quella dichiarazione è entrata a far parte di una più ampia sequenza fattuale alla quale l'ordinamento ricollega una diversa rilevanza⁸⁰.

Ne consegue che grava sulla parte interessata l'onere di allegare e provare il fatto sopravvenuto, la sua riferibilità al rischio selezionato dalla clausola e attualizzato dalla dichiarazione di avvalimento, nonché la sua idoneità a neutralizzare integralmente quel rischio, al di là di una mera sopravvenuta convenienza della prosecuzione del rapporto.

Alla medesima parte incombe altresì l'onere di allegare l'assenza di elementi incompatibili con la prosecuzione del rapporto, mentre spetta alla controparte dedurre e provare gli eventuali fatti contrari dai quali risulti la stabilizzazione dell'assetto dissolutorio, quali affidamenti qualificati, assetti sostitutivi o altre situazioni ormai consoli-

⁸⁰ In termini generali, G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità*, cit., pp. 145 e 158, osserva che il fatto contrattuale può assumere rilevanza come situazione-pre-supposto di ulteriori conseguenze giuridiche; il richiamo è qui funzionale a distinguere la produzione originaria dell'effetto dalla successiva rilevanza del titolo nella sequenza sopravvenuta.

date. La buona fede, in tale quadro, non opera come clausola equitativa di riapertura del giudizio sulla convenienza dello scioglimento, ma come criterio normativo di qualificazione dei fatti ritualmente allegati e provati, al fine di stabilire se la sopravvenienza dedotta sia idonea a integrare la fattispecie impeditiva dell'opponibilità della dichiarazione di avvalimento.

Restano pertanto ferme le ordinarie preclusioni allegatorie e istruttorie⁸¹: il fatto sopravvenuto idoneo a incidere sulla perdurante opponibilità della dichiarazione risolutoria deve essere introdotto tempestivamente nel *thema decidendum* e nel *thema probandum*, salvo che si tratti di fatto sopravvenuto in senso processuale, deducibile secondo le regole del giudizio in cui esso rileva.

9. La ricostruzione proposta consente di tornare criticamente su alcune decisioni tradizionalmente ricondotte alla categoria della rinuncia tacita all'effetto risolutivo. Emblematica, in tal senso, è Cass., 16 febbraio 1988, n. 1661, relativa a una complessa vicenda originata da un contratto di vendita di un fondo edificatorio, nel quale l'acquirente si era obbligato a realizzare, a proprie spese, alcune unità immobiliari da riservare al venditore, con previsione di clausole risolutive espresse⁸². Nel corso dell'esecuzione, l'originario acquirente trasferiva il bene a un terzo, il quale si accollava le obbligazioni derivanti dal contratto; successivamente, si verificavano ulteriori vicende traslative, sempre accompagnate da accolti. A fronte dell'inadempimento dedotto, il venditore agiva per la risoluzione; tuttavia, la sua condotta successiva, segnatamente l'adesione all'accollo e la prosecuzione dell'operazione con il nuovo soggetto, veniva ritenuta incompatibile con la volontà di avvalersi dell'effetto risolutivo. La Corte affermava così che il creditore che si sia avvalso della clausola risolutiva espressa può rinunciare, anche tacitamente, all'effetto risolutivo,

⁸¹ In termini coerenti, M. MAGGIOLO, *Eccezione di risoluzione*, cit., p. 316, valorizza la «non staticità del presupposto della risoluzione», osservando che essa rende «difficilmente eliminabile» il contenzioso destinato a sfociare nel processo.

⁸² Cass., 16 febbraio 1988, n. 1661, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 142 ss., con commento di D. CARUSI, *Clausola risolutiva espressa e rinuncia all'effetto risolutivo*; e in *Riv. not.*, 1989, I, II, p. 208.

ove tenga una condotta inequivocabilmente incompatibile con la volontà di farlo valere⁸³.

L'esito può anche essere condiviso; meno persuasiva è, però, la qualificazione in termini di rinuncia tacita. La sequenza fattuale non sembra descrivere una consapevole dismissione di un effetto già prodotto, bensì una riorganizzazione oggettiva dell'assetto esecutivo dell'operazione: assunzione dell'obbligazione da parte del terzo, adesione del venditore all'accollo, prosecuzione dell'affare⁸⁴. Ciò che viene in rilievo non è tanto una volontà abdicativa, quanto il venir meno della ragione pratica che aveva giustificato lo scioglimento. La categoria della rinuncia opera, dunque, come formula descrittiva di un fenomeno che può essere più coerentemente spiegato come emersione di una fattispecie sopravvenuta impeditiva dell'opponibilità della dichiarazione di avvalimento, nella misura in cui la successiva riorganizzazione dell'assetto esecutivo dell'operazione abbia neutralizzato la ragione pratica dello scioglimento.

In una zona ancora più ambigua si colloca Cass., 24 novembre 2010, n. 23824. La vicenda traeva origine da una transazione che prevedeva l'obbligo di consegnare entro breve termine tre autovetture, con clausola risolutiva espressa. A fronte della mancata consegna di uno dei veicoli, il debitore corrispondeva il relativo controvalore in denaro; il creditore accettava le due autovetture consegnate e la somma sostitutiva della terza. La motivazione non consente, tuttavia, di stabilire con sicurezza se tale accettazione si collochi prima o dopo la dichiarazione di avvalersi della clausola, che il creditore as-

⁸³ Si veda, in tal senso, la massima tratta da Cass., 16 febbraio 1988, n. 1661, pubblicata in *Riv. not.*, cit., p. 208: «il creditore che si sia avvalso della clausola risolutiva espressa può sempre rinunciare tacitamente all'effetto risolutivo qualora osservi un comportamento inequivocabile, che sia chiaramente incompatibile con la volontà di avvalersi dell'effetto risolutivo».

⁸⁴ A riguardo, A. CALONI, *Risoluzione per inadempimento e comportamento contraddittorio*, cit., p. 70 s., osserva che la pronuncia non è del tutto chiara, poiché la Corte definisce il contratto *inter partes* come permuta, ma fa riferimento all'adempimento da parte dell'acquirente degli obblighi di ristrutturazione; secondo l'A., la *ratio decidendi* occulta risiederebbe non tanto in una rinuncia all'effetto risolutivo, quanto nella stipulazione, da parte del creditore, di un accordo con un terzo, volto a produrre in capo a quest'ultimo le medesime obbligazioni gravanti sul primo acquirente.

sumeva di avere manifestato in sede giudiziale. La Corte, pur affermando che la dichiarazione *ex art. 1456 c.c.* può essere resa anche implicitamente e mediante atti processuali, escludeva l'operatività della clausola, valorizzando l'adempimento tardivo e l'accettazione della prestazione non conforme.

Proprio l'incertezza della sequenza temporale riduce la portata della decisione come precedente in tema di rinunciabilità dell'effetto risolutivo già prodotto. Se l'accettazione della prestazione sostitutiva è anteriore alla dichiarazione, non si pone alcun problema di rimozione di una risoluzione già verificatasi, ma soltanto di incompatibilità tra successiva invocazione della clausola e precedente accettazione di una prestazione ritenuta soddisfattiva. Se, invece, l'accettazione è successiva, il caso potrebbe essere letto non necessariamente come rinuncia in senso tecnico, ma come indice della sopravvenuta incoerenza funzionale dell'assetto dissolutorio. La sentenza assume, dunque, valore sintomatico più che fondativo: mostra la tendenza della giurisprudenza a ricondurre sotto l'etichetta unitaria della rinuncia fenomeni strutturalmente diversi.

Più lineare, ai fini qui considerati, è Cass., 10 marzo 2011, n. 5734. La vicenda riguardava un contratto preliminare di compravendita immobiliare, assistito da clausola risolutiva espressa, nel quale il promissario acquirente non aveva tempestivamente provveduto al pagamento del saldo e alla stipulazione del definitivo. Il promittente venditore aveva dichiarato di volersi avvalere della clausola e aveva agito per l'accertamento dell'avvenuta risoluzione. Successivamente, a seguito della rimessione in termini disposta dal giudice di primo grado, il promissario acquirente offriva il pagamento mediante assegno circolare, che il creditore incassava senza riserve, per poi impugnare la decisione invocando la già intervenuta risoluzione. La Corte valorizzava tale comportamento come rinuncia tacita all'effetto risolutivo⁸⁵.

⁸⁵ Nella motivazione di Cass., 10 marzo 2011, n. 5734 si legge che «nel contratto a prestazioni corrispettive, il contraente non inadempiente può rinunciare ad avvalersi della risoluzione già avveratasi per effetto della clausola risolutiva espressa, come pure della risoluzione già dichiarata giudizialmente; al riguardo, costituisce rinuncia all'effetto risolutivo il comportamento del contraente che, dopo essersi avvalso della facoltà di risolvere il contratto, manifesti in modo inequivoco l'interesse alla tardiva esecuzione dello stesso».

Anche qui la formula della rinuncia non coglie interamente la struttura del fenomeno⁸⁶. Il dato decisivo non è l'inadempimento in sé, ormai verificatosi e idoneo ad attivare il potere risolutivo, ma il rischio connesso al protrarsi del ritardo e alla mancata attuazione dell'operazione programmata⁸⁷. Quando il debitore offre integralmente il saldo e il creditore lo incassa senza riserve, la prestazione tardiva appare ancora idonea a soddisfare l'interesse creditorio, neutralizzando il rischio cui l'assetto dissolutorio era preordinato. L'accettazione dell'assegno, più che integrare necessariamente una rinuncia in senso tecnico, può allora essere letta come fatto sintomatico della sopravvenuta incompatibilità tra conservazione dello scioglimento e concreta funzione dell'assetto risolutorio, non già perché il creditore abbia unilateralmente "rinunciato" all'effetto, ma perché la dichiarazione già resa viene a inserirsi in una sequenza successiva che ne impedisce l'opponibilità come fondamento stabile dello scioglimento. Resta fermo che tale esito non opera automaticamente: esso presuppone l'assenza di affidamenti qualificati o assetti sostitutivi incompatibili e deve essere accertato nel giudizio.

⁸⁶ Sul punto, L. PASCUCCI, *op. cit.*, p. 248 s., rileva che la giurisprudenza, nel qualificare come rinuncia all'effetto risolutivo il comportamento incompatibile con la volontà di avvalersene e idoneo a ingenerare affidamento nella controparte, finisce per applicare, sia pure attraverso una finzione negoziale, il divieto di *venire contra factum proprium*. La rinuncia diviene così lo strumento tecnico mediante il quale si tutela l'affidamento dell'inadempiente contro il mutamento di rotta del creditore. V. anche p. 307, nt. 94.

⁸⁷ R. BONINI, «*Rinunciabilità dell'effetto risolutivo*», cit., p. 58 ss., spec. 60, constata che «anche questa sentenza della Cassazione riferisce l'idea della "rinuncia ad avvalersi della risoluzione già avveratasi" ad un caso in cui il creditore ha accettato l'adempimento spontaneamente offertogli (con l'invio dell'assegno circolare per il pagamento del saldo) dal debitore, e dunque la reviviscenza del contratto si prestava ad essere spiegata con la convergente manifestazione di volontà delle parti in tal senso». L'A. evidenzia inoltre che «il caso si caratterizza per ben due "rinunce" all'effetto risolutivo di fatto convenute tra le parti: la seconda è quella appena menzionata, la prima, relativa alla diffida ad adempiere, è implicita nella ripresa delle trattative al fine di individuare una nuova data per la stipulazione del contratto definitivo». Tale lettura, tuttavia, può apparire eccessivamente volontaristica, poiché costringe il fenomeno entro l'alternativa tra definitiva irreversibilità della risoluzione e nuova volontà negoziale, senza considerare che, nella specie, l'inadempimento non si presentava come definitivamente distruttivo dell'interesse creditorio.

La diversa impostazione qui proposta può condurre anche a soluzioni applicative non coincidenti con quelle cui potrebbe pervenire una lettura estensiva della rinuncia tacita. Si immagini un contratto di fornitura continuativa di componenti industriali destinati a una linea produttiva, assistito da clausola risolutiva espressa per il caso di ritardo nella consegna superiore a quarantotto ore, pattuita in ragione dell'interesse del compratore a evitare l'interruzione della produzione e la perdita di commesse già programmate. Verificatosi il ritardo, il compratore dichiara di volersi avvalere della clausola e conclude immediatamente un contratto sostitutivo con altro fornitore, riorganizzando la propria attività produttiva.

Successivamente, il prezzo di mercato dei componenti aumenta sensibilmente, sicché l'acquisto alle condizioni del contratto originario torna ad apparire economicamente più conveniente per il compratore. Il compratore riprende allora contatti con il fornitore originario e avvia trattative per un'eventuale prosecuzione dei rapporti commerciali. Secondo una lettura ampia della rinuncia tacita, tali interlocuzioni potrebbero essere valorizzate come comportamento incompatibile con la volontà di mantenere fermo l'effetto risolutivo. Nella prospettiva qui accolta, invece, esse non sono sufficienti a rendere inopponibile la dichiarazione di avvalimento.

Il rischio concretamente presidiato dalla clausola – l'interruzione della produzione e la perdita delle commesse – si era già attualizzato ed era stato fronteggiato attraverso la stipulazione del contratto sostitutivo. La sopravvenienza successiva incide soltanto sulla convenienza economica del rapporto originario, non sulla base funzionale dell'assetto dissolutorio. Inoltre, la riorganizzazione produttiva già realizzata integra un assetto alternativo consolidato, incompatibile con la configurazione di una fattispecie impeditiva dell'opponibilità della dichiarazione. Ne consegue che le successive trattative non potrebbero essere qualificate, di per sé, come rinuncia tacita all'effetto risolutivo, né impedire al compratore di opporre lo scioglimento già verificatosi.

Un utile banco di prova dei limiti della prospettiva qui proposta è offerto da Cass., 18 settembre 2024, n. 25128. Nel caso deciso dalla Corte, la sopravvenienza non appariva idonea a neutralizzare il rischio concretamente presidiato dalla clausola, né mancavano affidamenti incompatibili con la prosecuzione del rapporto. Si trattava di

un contratto di leasing avente ad oggetto un'autovettura, nel quale era prevista una clausola risolutiva espressa per il caso di furto del bene. A seguito del furto, la concedente dichiarava di avvalersi della clausola; successivamente, il veicolo veniva ritrovato e la concedente prospettava la prosecuzione del rapporto, per poi tornare a invocare la risoluzione a fronte del persistente inadempimento dell'utilizzatrice. La Corte ha escluso che la concedente potesse neutralizzare o rimettere in discussione l'effetto risolutivo già prodottosi, valorizzando la stabilità dello scioglimento e l'affidamento della controparte.

Il ritrovamento del bene non neutralizzava integralmente il rischio presidiato dalla clausola, che non si esauriva nella mera perdita materiale del veicolo, ma riguardava l'alterazione dell'equilibrio economico dell'operazione di leasing e l'assetto delle obbligazioni conseguenti allo scioglimento. Inoltre, il rapporto risultava ormai segnato dall'affidamento dell'utilizzatrice sull'intervenuta risoluzione. In tale contesto, la condotta della concedente si presenta come un ripensamento unilaterale, non come reazione a una sopravvenienza idonea a privare di giustificazione la conservazione dell'effetto risolutivo.

La giurisprudenza esaminata consente, allora, di distinguere. L'assetto dissolutorio resta fondato su una dichiarazione opponibile quando la sopravvenienza non incida sul rischio presidiato dalla clausola, quando si risolva in un mero ripensamento del creditore, ovvero quando si siano consolidati affidamenti o assetti sostitutivi incompatibili con la prosecuzione del rapporto.

10. Alla luce delle considerazioni che precedono, non ci sembra che il problema tradizionalmente ricondotto alla c.d. "rinuncia all'effetto già prodottosi della clausola risolutiva espressa" possa essere confinato entro i termini, troppo rigidi, dell'alternativa secca tra irreversibilità assoluta dello scioglimento e libera disponibilità dell'effetto da parte del creditore. Se la clausola risolutiva espressa viene in rilievo come tecnica convenzionale di selezione del rischio dell'inesecuzione e la dichiarazione negoziale *ex art. 1456 c.c.* si colloca all'interno di un assetto funzionalmente orientato alla gestione di quel rischio, appare più persuasivo spostare l'attenzione sul di-

verso piano della perdurante opponibilità della dichiarazione di avvalimento.

Muovendo da tali premesse, non è necessario postulare un nuovo accordo ricostitutivo del rapporto⁸⁸ o diretto a riprodurre una sistemazione di interessi identica a quella iniziale⁸⁹, soluzione che imporrebbe di verificare se il preteso nuovo accordo rispetti i requisiti di forma prescritti dalla legge per l'operazione considerata⁹⁰. È probabilmente anche per evitare tale difficoltà che la giurisprudenza ricorre alla formula della rinuncia⁹¹, pur in presenza di una convergenza delle parti sull'interesse a non rendere operativo l'assetto dissolutivo: in tal modo, essa tende a ravvisare nel contratto originario il titolo giustificativo degli spostamenti patrimoniali posti in essere successivamente alla dichiarazione di avvalimento.

Secondo la ricostruzione qui proposta, invece, la sopravvenienza qualificata in termini di presupposizione non rileva come fatto idoneo a travolgere automaticamente l'effetto già prodottosi, né come fondamento di un potere di ripensamento unilaterale del creditore, ma come elemento di una fattispecie ulteriore, impeditiva dell'opponibilità della dichiarazione negoziale di avvalimento, quando incida proprio sul rischio selezionato dalla clausola e at-

⁸⁸ In senso critico, L. PASCUCCI, *Ritrattazione della volontà risolutoria e reviviscenza del contratto*, cit., p. 215 ss.

⁸⁹ In questo senso, invece, M. COSTANZA, *Clausola risolutiva espressa*, cit., p. 2 ss., D. CARUSI, *Clausola risolutiva espressa e rinuncia all'effetto risolutivo*, cit., p. 141 ss.; M. GRONDONA, *op. cit.*, p. 79; M. TAMPONI, *La risoluzione stragiudiziale*, cit., p. 163; G. IORIO, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, cit., p. 295 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5. La responsabilità*², Milano, 2012, p. 346.

⁹⁰ G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1459*, cit., p. 422.

⁹¹ Si veda, in proposito, Cass., 16 febbraio 1988, n. 1661, cit., ove si legge che «la rinuncia al diritto di domandare la risoluzione per inadempimento di un contratto traslativo di diritti reali immobiliari non ha valore di rinuncia ad un diritto reale, ma ad un diritto personale il quale non muta natura per il fatto che la risoluzione abbia come effetto il ritorno del diritto reale nel patrimonio del precedente titolare, sicché per tale rinuncia non è richiesta la forma scritta *ad substantiam* ex art. 1350, n. 5, c.c., potendo la stessa desumersi da un comportamento della parte inconciliabile con la volontà di avvalersi della relativa clausola risolutiva».

tualizzato da tale dichiarazione. In tal modo, si evita tanto la stabilizzazione di un assetto dissolutorio ormai privo della base funzionale che ne giustificava la spendita, quanto il ricorso alla finzione della rinuncia o dell'accordo tacito di reviviscenza, preservando al contempo l'esigenza di certezza sottesa al meccanismo dell'art. 1456 c.c.

Abstract

Il presente contributo esamina le implicazioni giuridiche delle sopravvenienze alla dichiarazione di avvalimento della clausola risolutiva espressa, mettendo in discussione la tradizionale tendenza a ricostruire tali vicende nei termini di una rinuncia, espressa o tacita, alla risoluzione già prodottasi. Muovendo dalla funzione dell'art. 1456 c.c. quale meccanismo convenzionale di selezione e allocazione del rischio dell'inadempimento, l'indagine distingue tra la produzione dell'effetto risolutivo e la perdurante opponibilità della dichiarazione nei rapporti tra le parti, intesa come possibilità di far valere la dichiarazione quale titolo dell'assetto dissolutorio nonostante le circostanze sopravvenute. Queste ultime non eliminano retroattivamente l'effetto risolutivo già verificatosi, né attribuiscono al creditore un potere unilaterale di reviviscenza del rapporto contrattuale. Entro limiti rigorosi, esse possono tuttavia precludere l'opponibilità della dichiarazione qualora neutralizzino il rischio specificamente presidiato dalla clausola e non si siano nel frattempo consolidati affidamenti incompatibili o assetti sostitutivi meritevoli di tutela. La ricostruzione proposta consente così di superare tanto la finzione della rinuncia tacita quanto l'ipotesi di un accordo implicito volto a ricostituire il vincolo contrattuale – ipotesi spesso difficilmente conciliabile con i requisiti di forma propri del contratto originario – collocando il problema sul distinto piano della perdurante spendibilità dell'assetto dissolutorio alla luce delle condotte successive delle parti e delle sopravvenienze rilevanti.

This article examines the legal implications of supervening events following after a declaration invoking an express termination clause, challenging the traditional tendency to construe such situations in terms of an express or implied waiver of the termination already brought about. Proceeding from the function of Article 1456 of the Italian Civil Code as a contractual mechanism for selecting and allocating the risk of non-performance, the analysis distinguishes between the production of the terminat-

ing effect and the continuing enforceability of the declaration as between the parties, understood as the possibility of relying on that declaration as the legal basis of the termination arrangement notwithstanding subsequent events. Such events do not retroactively undo the termination already produced, nor do they confer on the creditor a unilateral power to revive the contractual relationship. Within strict limits, however, they may preclude reliance on the declaration where they neutralise the specific risk contemplated by the clause and no conflicting reliance interests or legally relevant substitute arrangements have meanwhile crystallised. The proposed reconstruction thus overcomes both the fiction of implied waiver and the notion of an implied agreement reinstating the contractual bond – a notion often difficult to reconcile with the formal requirements governing the original contract – by relocating the issue onto the distinct plane of the continuing enforceability of the termination arrangement in light of the parties' subsequent conduct and relevant supervening circumstances.

RILETTURE DEL PASSATO

CRISTIANO CICERO

IL DOLO NELLE PAGINE DI ANTONIO CICU,
PRECURSORE DELLA TUTELA DEL TESTATORE FRAGILE

1. Il volume di Antonio Cicu sul testamento è realmente un libro che sin d'ora è possibile definire fondamentale nell'evoluzione del diritto successorio moderno; un libro fondamentale che stava però rapidamente compiendo una parabola beffarda, indirizzata a un ingiusto oblio proprio dei libri quasi introvabili e che invece meritano di essere letti.

Intanto, alcuni cenni biografici: Antonio Cicu nacque a Sassari nel 1879, si laureò nel locale ateneo. La sua carriera ebbe inizio a Camerino, proseguendo a Macerata, a Parma, infine a Bologna, ove si sviluppò la gran parte e più nota attività del suo insegnamento e della ricerca. A Bologna, come è noto, gli fu dedicata la biblioteca giuridica di ateneo, tra i principali poli di ricerca giuridica internazionali. Dal 1947 fu socio ordinario dell'Accademia dei Lincei. Morì a Bologna nel 1962. Il Maestro è ricordato sia per gli studi in tema di diritto delle obbligazioni (ad es. con la ricerca su estinzione per confusione), di diritto di famiglia, dottrina per il vero quest'ultima da tempo superata – e non potrebbe essere diversamente – per l'evoluzione della stessa nozione di famiglia, inevitabilmente collegata all'evoluzione sociale, sia per le ricerche di diritto successorio in tema di testamento, di successione dei legittimari, di divisione ereditaria, ove il suo pensiero rimane una base di partenza importante per gli studi moderni. Di particolare interesse è il libro sul testamento, edito in origine nel 1945 e in seconda edizione nel 1951, all'alba della vigenza della nuova Carta fondamentale repubblicana. Sotto questo profilo si deve sottolineare la sua importanza per essere – unitamente al coevo volume di Calogero Gangi sulla successione testamentaria, edito in

seconda edizione nel 1952 – la prima sistemazione compiuta del negozio testamentario a seguito della vigenza dei nuovi valori costituzionali.

2. Spendo alcune brevi riflessioni inerenti all'analisi del testo, che spero siano utili al lettore che voglia accingersi alla lettura, cercando di sottolineare le tante pregevolezze e anche alcuni limiti dovuti fondamentalmente al momento storico della sua genesi. Intanto, non è un volume per così dire lungo, ma contenuto in un numero di pagine accettabilmente contenuto; pagine che tuttavia vanno lette con attenzione, posto che il libro tutto è fuorché superficiale. Le questioni vengono scavate e affrontate di petto, con la proposta di soluzioni che sovente – come suol dirsi – anticipano i tempi. La riflessione di Cicu, tenuto conto della redazione nell'immediatezza dell'entrata in vigore del codice vigente, parte quasi sempre dal raffronto col codice civile 1865 e tiene conto delle radici romanistiche. È un metodo assai positivo, perché permette al lettore di valutare lo sviluppo dell'ordinamento. Si percepisce invece sin da subito la mancanza di interesse per il dato comparatistico; erano anni, sia chiaro, di scarso interesse per la comparazione, relegata a semplice metodo e ancora lontana dall'acquisizione del rango di scienza autonoma. Va però per onestà intellettuale osservato come la comparazione perlomeno embrionale, limitata alle codificazioni europee, era ad es. presente nel testo poco sopra citato di Calogero Gangi.

Di non poco interesse, in specie se consideriamo il tempo di edizione del testo, è la parte iniziale in tema di concetto del testamento. Qui Cicu tra i primissimi espone la nuova visione di quello che oggi verrebbe comunemente chiamato il contenuto atipico del testamento, leggendosi con chiarezza che le disposizioni non patrimoniali di cui la legge consente possano essere contenute in un testamento restano efficaci anche se fatte con atto in cui non si contengono disposizioni patrimoniali. L'Autore giungeva in questo modo a riformulare il concetto di testamento seguendo una concezione di atto di ultima volontà che abbia oppure no ripercussione sui beni. Era a quei tempi una visione originale, sol che si consideri che non era del tutto sopita la disputa sul testamento come atto di disposizione di beni, pacificamente adottata nell'impero del codice

1865, sì che da alcuni si giungeva assurdamente a sostenere la validità della disposizione non patrimoniale purché il disponente aggranga almeno un qualsiasi minimo lascito di beni.

Meritevoli di essere studiate con attenzione sono le pagine dedicate alla revocabilità, con riguardo in particolare al possibile riutilizzo oggi delle antiche clausole derogatorie. La domanda è se il testatore redigendo un olografo possa vincolarsi per i propri futuri testamenti alla forma del testamento pubblico, dichiarando in altri termini di doversi considerare valido il solo futuro testamento redatto in una particolare forma. *L'escamotage*, in effetti, senza dubbio perlomeno limiterebbe il problema tra i più gravi oggi presenti in Italia in ambito testamentario, identificabile nell'uso di testamenti olografi falsi, e consisterebbe in una sorta di autotutela del testatore. Per certi versi, si tratterebbe di rendere nuova linfa proprio alle antiche clausole derogatorie. Con intelligenza, il Maestro scrive che considerare la validità della clausola in questione sol perché tende al medesimo scopo cui tende la revocabilità, ovvero sia la libertà di testare, è assolutamente illusorio. Potrebbe infatti essere volontà coartata proprio quella che è manifestata nel testamento in cui è la clausola o a cui essa si riferisce.

Di non poco interesse sono le pagine sul testamento collettivo, istituto oggi ritornato alla ribalta degli studiosi a seguito di una pregevolissima ricerca contemporanea. Il testamento collettivo è una fattispecie incerta, espressione di un ossimoro. Eppure, *de iure condendo* il divieto dovrebbe essere forse attenuato stante la sua utilità nei rapporti familiari. La nullità del testamento collettivo sarebbe insita nella tutela della spontaneità del volere e della libertà di revoca. Cicu, tuttavia, pone espressamente una domanda alla quale non è facile rispondere: se i testanti si accordano per disporre a favore di terzi oppure reciprocamente, consacrando la loro volontà in testamenti separati, si ricade nel divieto *ex art. 589 c.c. vigente*? La nullità sarebbe allora formale o sostanziale? Probabilmente, in una prospettiva di modernizzazione del nostro sistema successorio, il testamento congiuntivo dovrebbe essere ammesso seguendo quanto accade ad es. nel BGB col *Gemeinschaftliches Testament* circoscrivendolo ai soli coniugi ed ai "partners di vita" (§ 2265).

Non manca nel volume la trattazione sul divieto di patti successori. Trattazione che non si esprime più come accade negli altri testi

di quel tempo, con una sterile osservazione sulla *ratio* e la struttura dei patti, ma con alcune osservazioni inerenti all'esigenza di una devoluzione contrattuale della successione e l'osservazione di alcune figure negoziali valide ai confini del cennato divieto. In particolare, si affronta la questione della *donatio mortis causa*, che ancora oggi non è sopita nell'applicazione giurisprudenziale tanto che di recente la Corte di cassazione si è trovata a dover ribadire che è valida la donazione con clausola sospensiva di efficacia subordinata alla premorienza del donante (clausola *si praemoriar*). Se, infatti, aggiungerei, una caratteristica del negozio *mortis causa* è la sopravvivenza del beneficiario al beneficiante, tuttavia è da rilevare che qui manca l'altra caratteristica, ossia l'incidenza della morte sull'oggetto negoziale. Nell'ipotesi, l'oggetto del negozio si determina al momento dell'atto e in tale momento si verifica anche la disposizione del bene che ha carattere attuale e irrevocabile, ancorché l'effetto traslativo sia differito alla morte del donante. In altri termini, la sua validità si trae avuto riguardo all'idoneità del contratto a individuare, sin dal tempo della stipulazione, il bene donato, e dall'idoneità del contratto a creare un'aspettativa giuridicamente vincolante e protetta in capo al donatario.

3. Nel testo di Cicu, e qui entro nella discussione della questione che più in questa sede ci interessa, un capitolo importante è dedicato al testamento olografo. La dottrina liberale borghese francese del diciannovesimo secolo affermava che *le testament est le triomphe de la liberté dans le droit civil*¹. Certamente oggi la costituzionalizzazione del diritto successorio impone correttamente di respingere l'individualismo e di riconoscere al testamento la funzione di strumento complesso regolatorio di rapporti. Il testamento olografo è atto intimistico che esprime i moti dell'animo e racconta la storia dell'individuo. La sua genesi ha la radice in una storia movimentata; l'olografo nasce – perlomeno come lo conosciamo oggi – con la codificazione napoleonica. Salutato con enfasi dai non addetti ai lavori come uno strumento simbolo di libertà (libertà da chi o da cosa non era dato comprenderlo, tenuto conto della scarsa alfabetiz-

¹ R. TROPLONG, *Droit civil expliqué. Des donations entre-vifs et des testament*, I, Bruxelles, 1885, p. I.

zazione diffusa tra la popolazione in quegli anni), si passò tra gli studiosi da una iniziale diffidenza a una progressiva diminuzione della prudenza in favore di una enfattizzazione delle sue prerogative positive. Le argomentazioni dell'A. in tema di autografia, di autografia parziale, di data, di data falsa, di data erronea, di data mancante od incompleta, di pluralità di date, di sottoscrizione, sono a fondamento degli attuali orientamenti giurisprudenziali. Oggi, osservo, l'olografo sembra inadeguato rispetto alle esigenze contemporanee, e ciò con riferimento alla tutela del testatore fragile, in difficoltà a respingere le sollecitazioni e le pressioni di terzi, che se da una parte non riverberano in chiave di vizi del volere, e dunque impedendo un apparato rimediale di invalidità, tuttavia minano la più profonda genuinità del volere testamentario². La questione ovviamente non può essere risolta né abrogando la forma olografa, come è avvenuto in Olanda, e neppure limitando la capacità di testare delle persone anziane. La migliore strada da perseguire, allora, probabilmente inerisce – *de iure condendo* – all'introduzione del deposito obbligatorio dell'olografo, di cui già in sede di preparazione del codice 1865 si discuteva.

4. Un'annotazione io credo importante riguarda le pagine sul dolo testamentario. Cicu osservava, individuando il problema, che il codice lo include espressamente tra i vizi della volontà testamentaria ma senza altro aggiungere con riferimento al concetto e alla sua estensione. Come è noto il dato giurisprudenziale riferisce di un numero assai limitato di casi di annullamento della scheda testamentaria per incapacità naturale del testatore³. Soltanto un nutrito concorso di circostanze può consentire in concreto l'annullamento, posto che molte di esse se considerate singolarmente – ad es. l'età del testatore, una certa "stranezza" di comportamento, la sussistenza di malattie che non incidono direttamente sulle capacità mentali – non integrano il requisito normativo⁴. Tuttavia non può sottacersi per il diffondersi di

² M. RINALDO, *Sul testamento olografo redatto dalla persona fragile*, in *Riv. not.*, 2023, p. 1358.

³ Cass., 10 luglio 2014, n. 15815; Cass., 2 aprile 2014, n. 7732.

⁴ Cass., 19 febbraio 2018, n. 3934; G. PERLINGIERI, *La rilevanza del testo nell'individuazione dell'incapacità naturale di testare*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 281.

malattie senili che, pur non determinando una situazione di totale incapacità della persona, causano abitualmente menomazioni psichiche e riduzioni di capacità, con conseguenti debolezze decisionali ed affievolimenti della “consapevolezza affettiva”. Già da tempo in dottrina era stato sottolineato che l’anziano non è spesso in grado di leggere le relazioni con le altre persone nel quadro della sua storia personale, investendo in modo acritico su determinate figure, in assenza di capacità di discriminare tra il comportamento sincero e quello interessato⁵. Va con nettezza di conseguenza sostenuto che l’incapacità invalidante del testamento non può più essere identificata *sic et simpliciter* nei parametri rigidi dell’art. 591 c.c. Non va provata ai fini dell’annullamento l’assoluta incapacità naturale del testatore.

Si pone oggi più che mai il grave problema di dare rilevanza alla c.d. *undue influence*, tenuto conto della debolezza della persona anziana che pur non ricevendo minacce e magari neppure subendo un comportamento aggressivo non riesce a compiere una valutazione autonoma degli interessi e a decidere liberamente. L’ampliamento della nozione di dolo testamentario⁶ – fino a farlo divenire sinonimo di captazione, nell’accezione di abuso della situazione di minorità del testatore sì da fuorviarne la volontà – è uno sviluppo necessario dell’ordinamento, sol che si pensi ai c.d. testamenti suggeriti, ovverosia redatti dalle persone fragili, vulnerabili o facilmente condizionabili in ragione dell’età o di malattie, che li rendono esposti ad interferenze altrui ed alla c.d. suggestione testamentaria⁷. La tutela del testatore vulnerabile è questione che si incrocia certamente con quella della persona anziana. Il testamento è infatti atto dell’anziano, e la senescenza si caratterizza per il decadimento della consapevolezza affettiva⁸. In una situazione di debolezza psichica, la blandizia o il sug-

⁵ S. PATTI, *Il testamento olografo nell’era digitale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014 p. 1002; da ultima, M. CINQUE, *Testamento e affievolimenti della “consapevolezza affettiva”*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, p. 1239.

⁶ Sotto questo profilo, si osservi che l’art. 624 c.c. sul dolo testamentario non richiede espressamente i raggiri, come invece avviene nel dolo contrattuale *ex art.* 1439 c.c.

⁷ S. PATTI, *Il testamento olografo nell’era digitale*, cit., p. 1009; M. GIROLAMI, *I testamenti suggeriti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 568.

⁸ G. DE NOVA, *Il testatore anziano e la forma del testamento*, in *Jus*, 2017, 382;

gerimento vanno considerati sufficienti a configurare il vizio del consenso invalidante il testamento⁹. Va proposta una nozione più ampia di dolo rispetto a quella finora ricorrente in giurisprudenza, rilevando che l'idoneità dei mezzi fraudolenti usati deve essere valutata con criteri di larghezza nei casi in cui il testatore sia affetto da malattie senili¹⁰.

La pagina più lucida del *Testamento* di Antonio Cicu è quella ove si legge che in materia testamentaria devono avere rilevanza forme di inganno più tenui di quelle prese in considerazione nei contratti. L'es. formulato è quello oggi classico, di chi allontani il testatore dalle persone che ha care insinuando sospetti e malanimo verso di esse e dimostrando premure e attaccamento, in modo di riuscire a dominarne la volontà senza che il testatore lo avverta. A me pare di scorgere qui la visione della problematica dei c.d. testamenti suggeriti e dell'esigenza di tutela del testatore fragile, appena sopra accennata. Si spinge l'A. ad affermare che il dolo va valutato caso per caso, tenendo conto specialmente delle condizioni di salute fisica e mentale del testatore, della sua età, anticipando la dottrina che si impegna a studiare la tutela del testatore e gli ultimi arresti giurisprudenziali (Cass., 17 ottobre 2022, n. 30424) di oltre settanta anni.

5. Nella tutela della vulnerabilità¹¹ va perseguita l'esigenza di far emergere l'esigenza di protezione dell'uomo nella sua unicità di fronte alla complessità dell'ordinamento (la c.d. persona "reale", ove devono comparire le "sfaccettature dell'esistenza"¹²), in una progres-

M. CINQUE, *Capacità di disporre per testamento e "vulnerabilità" senile*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 362.

⁹ S. PATTI, *Invalidità del testamento olografo per mancanza di volontà: non occorre la prova di mezzi fraudolenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 1064.

¹⁰ S. PATTI, *Testamento della persona "vulnerabile", principio di conservazione e ragionevolezza*, in *Familia*, 2017, p. 637.

¹¹ Sul tema v. ora l'ampio studio di A.M. GAROFALO, *Testamento e vulnerabilità*, Napoli, 2024, *passim*.

¹² L'inciso era espressione di S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, p. 41; v. anche N. LIPARI, *Vulnerabilità esistenziale e strumenti di tutela*, in *Annali SISDiC*, 2018, fasc. 2, p. 1.

siva valorizzazione di capacità e di volontà della persona vulnerabile. Il concetto di vulnerabilità sfugge ad ogni ipotesi di definizione, essendo necessario evitare il confronto con astratti e presunti modelli di valutazione dell'altro, per approdare all'affermazione dell'unicità di ogni persona nella liberazione dal vuoto e freddo contenitore della normalità¹³. In materia testamentaria, la volontà storica del *de cuius* assume maggiore rilevanza che in campo contrattuale e l'idoneità dei raggiri e degli artifici a trarre in inganno il testatore e a creare in lui false rappresentazioni deve essere valutata con maggiore ampiezza di quanto accade in ambito contrattuale, ristrutturando per così dire la nozione di dolo testamentario e sganciandola rispetto a quella di dolo contrattuale. La tutela della vulnerabilità impone di rimeditare nel c.d. diritto delle persone il concetto di dolo, di minaccia, di *metus reverentialis* (valutandone l'applicabilità e l'efficacia invalidante al testamento), di incapacità naturale nell'ottica della centralità della persona nel nostro ordinamento.

Abstract

Nella tutela del testatore fragile, risultano lungimiranti alcune pagine del Testamento di Antonio Cicu. Il Maestro imponeva oltre settanta anni fa di ripensare la nozione di capacità di testare, superando la prova dell'incapacità assoluta, e la nozione di dolo, per una sua perimetrazione più ampia rispetto a quella finora ricorrente in giurisprudenza, rilevando che l'idoneità dei mezzi fraudolenti usati deve essere valutata con criteri di larghezza nei casi in cui il testatore sia affetto da malattie senili.

In protecting frail testators, some pages of Antonio Cicu's Will are far-sighted. Over seventy years ago, Cicu called for a rethinking of the notion of testamentary capacity and the concept of fraud, seeking a broader definition than previously accepted in case law. He noted that the suitability of fraudulent means used must be assessed with broad criteria in cases where the testator is suffering from senile illness.

¹³ Osserva AR. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, cit., 167, che "La persona è un *unicum* e le sue fragilità difficilmente possono essere collocate entro modelli astratti. Non esiste la persona insana di mente, ma esistono tante forme di fragilità mentale della persona; non esiste il testatore anziano, ma esistono tante vecchieie quanti sono i vecchi; non esiste la persona, ma esistono le persone".

ANTONIO CICU

PROF. ORDINARIO DI DIRITTO CIVILE NELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

TESTAMENTO

—
SECONDA EDIZIONE AUMENTATA
—



MILANO

DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE

7. Dolo. — Come per la violenza, così per il dolo, mentre il codice precedente non dava norma speciale in materia di testamento, il nuovo codice lo ha espressamente incluso fra i vizi della volontà te-

stamentaria, senza altro aggiungere. Da notare soltanto che mentre nel codice precedente il dolo non era causa di indegnità, nel nuovo codice lo è (art. 463 n. 4).

Sebbene potesse esser dubbio sotto il codice precedente se il dolo fosse da considerare come motivo di nullità del testamento, nondimeno la dottrina, conforme alla tradizione, non solo ammetteva nullità, ritenendo applicabili al testamento le norme che sul dolo il codice dava in materia contrattuale; ma ammetteva che l'applicazione dovesse esserne più larga, in quanto ammetteva che il dolo annullasse il testamento anche se non esercitato dal chiamato, e ammetteva pure come viziante la volontà la figura della captazione o suggestione che veniva considerata come forma attenuata di dolo.

Preparandosi il nuovo codice era stato nel progetto preliminare detto espressamente che « il dolo è causa di annullabilità della disposizione da chiunque sia adoperato ». La norma non è stata riprodotta nel progetto definitivo e nel codice, perchè la si è ritenuta superflua, in quanto si è osservato essere pacifico in dottrina e giurisprudenza che la limitazione della nullità al solo caso di dolo esercitato dall'altro contraente è inapplicabile agli atti unilaterali. Veramente si può dubitare se l'applicabilità sia da ammettere per tutti gli atti unilaterali, e specialmente per gli atti in cui la dichiarazione di volontà è rivolta ad un destinatario. Essa è inapplicabile ai testamenti perchè non avendo qui rilievo l'affidamento, e volendosi invece la libertà e spontaneità del volere, questa ne resta pregiudicata da chiunque il dolo sia esercitato.

Come abbiamo già riferito, parlando della violenza, il nuovo legislatore ha inteso accogliere l'opinione largamente diffusa che in materia testamentaria abbiano rilievo forme di inganno più tenui di quelle prese in considerazione nei contratti. Ciò è giustificato dalle ragioni ripetutamente accennate. Come non ha rilievo la inescusabilità dell'errore da parte del testatore, così non può darsi peso alla riconoscibilità dell'inganno con cui si è indotto il testatore a disporre. E inoltre da considerare che, poichè il dolo induce in errore, se il legislatore in materia contrattuale ha considerato il dolo come motivo di nullità indipendentemente dall'errore, e quindi anche se l'errore per se stesso non sia tale da determinare nullità, e se ha richiesto che il dolo sia esercitato dall'altro contraente, ciò è perchè non merita tutela giuridica chi si procura un vantaggio dolosamente. Nel testamento, ammesso che il dolo sia influente anche se esercitato da terzi non interessati, questa considerazione non giuoca: non è questione che di valutazione della libertà e spontaneità del volere del testatore. Riteniamo perciò che anche la semplice menzogna dolosa possa esser causa di nullità.

Per le stesse ragioni è da ammettere come motivo di nullità la captazione o suggestione. Si parla di captazione se il dolo è esercitato per indurre il testatore a disporre a proprio favore; di suggestione se a favore di terzi: non è tuttavia concorde la dottrina sulla distinzione. Comunque in ambedue i casi si ha un comportamento che tende con pressioni che non possano qualificarsi come violenza, con manifestazioni insincere di affetto, con menzogne a carico altrui, a predisporre il testatore a beneficiare se stessi o altri.

Il caso più comune è quello di persona che allontani il testatore di fatto e spiritualmente dalle persone che ha care, insinuando sospetti e malanimo verso di esse e dimostrando premure e attaccamento, in modo di riuscire, specie se concorre la convivenza, a dominarne la volontà senza che il testatore lo avverta. Come nella violenza, così anche qui, l'efficacia determinante del dolo o suggestione deve esser valutata caso per caso, tenendo conto delle circostanze, e specialmente delle condizioni di salute fisica e mentale del testatore, della sua età, della sua predisposizione a subire o meno la volontà altrui, etc.

Si è detto che suggestione o captazione non rientrano nella figura del dolo, posto che si ammette che non ne abbiano i requisiti, e costituirebbero quindi un vizio a se stante della volontà. In tal caso si dovrebbe escludere la loro rilevanza come motivi di nullità. Il vero è che si tratta di attenuazioni della figura del dolo: non è necessario qui che esso abbia quel grado che è richiesto per poter rendere annullabile un contratto.

L'art. 1439 capov. dispone che quando i raggiri sono stati usati da un terzo, il contratto è annullabile se essi erano noti al contraente che ne ha tratto vantaggio. Essendo connessa col principio dell'affidamento, questa norma non è applicabile in materia testamentaria.

L'art. 1440 codifica la distinzione fra *dolus causam dans* o *dolus incidens*, intendendo per incidente il dolo che non è tale da determinare il contraente al contratto, ma soltanto a offrire o accettare condizioni diverse da quelle stipulate: in questo caso il contratto non è annullabile, ma il contraente ingannato può chiedere risarcimento di danni. Nel testamento non si può avere risarcimento di danni; ma è ammissibile che, alla stregua dei concetti suesposti, anche il dolo incidente determini nullità.

L'INTERVENTO

ROBERTO CALVO

APPUNTI SULLA SEPARAZIONE DELLE CARRIERE MAGISTRATUALI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Ius dicere e requirere*. – 3. Autogoverno e “collegamento” correntizio. – 4. Epilogo.

1. Sia consentito dedicare quale osservazione a margine del recente dibattito sulla riforma costituzionale del Consiglio Superiore della Magistratura e sulla correlata separazione delle carriere dei magistrati, il cui esito referendario è a tutti noto. Non voglio da giurprivatista invadere spazi *ratione materiae* spettanti ai cultori del diritto costituzionale, quantunque mi sia capitato di udire qualche esperto difendere opinioni non sempre rischiarate dai raggi della onestà intellettuale, la quale dovrebbe essere l'irrinunziabile faro che dà luce al cammino dello studioso, qualunque siano le sue competenze e i suoi credo.

2. L'art. 104 Cost. si eleva ad autentico epicentro della riforma costituzionale respinta dalla volontà popolare.

Tale articolo è racchiuso nella Sezione I della Costituzione dedicata all'ordinamento giurisdizionale. Sofferamoci sull'aggettivo “giurisdizionale”, che richiama alla memoria il sostantivo “giurisdizione”. Il termine ha un fondamento arcaico – *dicere ius* –, che nella modernità significa “dire diritto”, cioè il pronunciare il *dictum* onde risolvere il conflitto d'interessi della vita quotidiana. Stiamo parlando di controversie ove i contendenti discutono movendo da posizioni di pari potere, anche quando una delle parti in causa sia lo Stato che agisce *iure privatorum*, ossia senza avvalersi della propria supremazia istituzionale.

Vi sono due soggetti, quindi, che chiedono al giudice civile, attraverso il ministero degli avvocati, la tutela delle proprie posizioni soggettivamente rilevanti. Tale giudice non interviene mai d'ufficio, ma su richiesta della parte interessata a ottenere un provvedimento di condanna, di accertamento o di modifica. Stiamo parlando di un'autorità pubblica che trova di fronte a sé colui che agisce, ossia l'attore che fa valere la pretesa, non potendo i consociati farsi giustizia privata. L'attore, che deriva da *actor* inteso quale soggetto che agisce in giudizio, viene dunque a esercitare il fondamentale diritto di azione garantito dall'articolo 24 Cost., che a sua volta ha una radice non soltanto illuministica, risalendo alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, ma anche giusnaturalistica. Il convenuto, in quanto vocato *in ius*, da par suo si difenderà contrapponendo alla domanda attorea i fatti estintivi, modificativi o impeditivi della stessa, potendo farsi anche attore in via di riconvenzione.

Nel sistema liberale, basato sulla separazione e indipendenza dei poteri statuali, v'è al centro di esso la persona (il cittadino) che non è più sottoposto (come lo era il suddito) al potere regio esercitato per grazia di Dio, ove anche la giustizia era emanata dal monarca tramite giudici di nomina regia. Nel sistema venato dalla separazione dei poteri chiunque può esercitare l'azione civile ad astrarre dal censo e lignaggio, vale a dire da tutti quegli *status* che, nell'antico regime distrutto dai rivoluzionari francesi, erano alla base delle divisioni sociali. Ci stiamo occupando di un processo dove spetta alle parti (*actor* e destinatario della *vocatio in ius*) produrre le prove orali e documentali atte a persuadere l'autorità giudicante, che soprassedie all'*iter* preordinato alla istruzione della causa, circa la fondatezza delle domande ed eccezioni in esso dedotte.

In definitiva, mediante il diritto di azione ogni persona è libera di chiedere al titolare del potere giurisdizionale il provvedimento idoneo a proteggere – come si diceva – diritti e interessi.

Poi abbiamo l'azione penale, nella quale è lo Stato che agisce attraverso l'ufficio del pubblico ministero. Il cittadino può sollecitarne l'intervento qualora l'ipotesi delittuosa sia procedibile dietro querela della parte offesa. In ogni caso è lo Stato che ha il monopolio dell'azione punitiva.

Occorre invero segnalare che il pubblico ministero non esercita la funzione giurisdizionale nei termini cui cennammo poco fa; a que-

sto ufficio non compete il *dicere ius*, essendogli riservata la diversa funzione requirente, consistente nell'indagare e, qualora sia stata suffragata o avvalorata dal punto di vista probatorio l'ipotesi di reato, nel chiedere il rinvio a giudizio dell'incolpato.

La funzione requirente è strutturalmente e naturalisticamente estranea alla giurisdizione. Una cosa è il *requirere* altro è il *ius dicere*. Ed il *requirere*, che è attività di polizia giudiziaria, può essere riservato alla competenza di autorità statuali inamovibili nominate dal titolare del dicastero della giustizia.

In Italia v'è commistione fra potere giudicante e potere requirente, assodato che ambedue fanno parte del potere giudiziario. Si tratta di una specificità (da molti ritenuta una stortura da altri una scelta di garanzia per il cittadino), tenuto conto della circostanza che, torniamo a ripetere, è estraneo al *requirere* il *dicere ius*.

Nell'ordine autonomo della magistratura convivono, secondo l'art. 104 Cost., due funzioni naturalisticamente e storicamente distinte, autonome tra loro oltre che indipendenti. Insomma, la magistratura, corpo unitario, si trova così strutturata in due rami (o "categorie"): giudici e pubblici ministeri, che vi entrano tramite un concorso unitario, godono di progressioni di carriera eguali e sottostanno al medesimo organo disciplinare e di governo burocratico (il Consiglio Superiore della Magistratura).

Ragion per cui, mentre il processo civile vive sulla contrapposizione tra parti private titolari – come siamo venuti affermando – di eguali poteri, rispetto alle quali il giudice occupa una posizione di piena terzietà, nel processo penale, al contrario, il requirente, che invoca la condanna dell'incolpato, appartiene al medesimo ordine del giudicante, pur facendo parte di altra "categoria". E la tratteggiata mescolanza, estranea appunto al processo civile (fatte salve le ipotesi marginali ove l'azione civile è eccezionalmente riconosciuta al pubblico ministero), è il vero tallone d'Achille della non solo formale o apparente autonomia del giudice dal titolare dell'azione penale.

3. Veniamo al già evocato Consiglio Superiore della Magistratura, che fu costituito dopo due lustri dall'entrata in vigore della Carta repubblicana.

I costituenti vollero assicurare che tale organo, cui spettano delicatissimi poteri direttivi della vita giudiziaria, non fosse segregato

dagli altri poteri statuali. Si pensò quindi di farvi entrare i componenti non togati e di assegnare la presidenza al Capo dello Stato.

L'art. 25 della legge n. 195 del 1958, più volte modificato, consente a ogni magistrato con dodici anni di carriera di candidarsi alle elezioni del suddetto organo di rilevanza costituzionale. Ciascun candidato (giudice o pubblico ministero) può dichiarare di “collegarsi” con altri candidati dello stesso collegio o di altri collegi.

Trattasi di un collegamento (o apparentamento) che finisce col mascherare, per mezzo di una malcelata ipocrisia istituzionale, il sistema delle liste elettorali, gestite e organizzate dalle associazioni di categoria, le quali – in modo tanto lecito quanto opaco – vengono così a spartirsi i seggi del *plenum*.

Di qui il collegamento con la militanza politica.

Di qui l'emarginazione dei magistrati giudicanti e requirenti, estranei all'apparentamento sindacale, dal c.d. autogoverno polarizzato dalla citata prassi spartitoria di matrice partitico-correntizia, che ha portato il Consiglio ad assumere, di fatto, una funzione impropria di rappresentanza sindacale-politica.

Il punto è allora così compendiabile: è o no tollerabile questa trasformazione del Consiglio Superiore della Magistratura per quel che attiene alla componente togata? In altre parole, è davvero giusto difendere a tutti i costi un sistema ove i magistrati del *plenum* direttivo vengono eletti attraverso un modello ampiamente sindacalizzato e polarizzato dall'appartenenza correntizia? O è forse meglio da un lato evitare la commissione organica fra requirenti e giudicante, dall'altro troncane grazie al sorteggio qualsiasi meccanismo di apparentamento sindacale?

Sono questi interrogativi di ingegneria istituzionale e costituzionale rispetto ai quali la logica partitica non è in grado di giocare un ruolo serio, posto che molti politici che anni addietro sostennero un certo modello riformatore, oggi abbracciano con *nonchalance* quello conservatore a presidio dello *statu quo*. Con buona pace per l'onestà intellettuale e il divieto di *venire contra factum proprium*.

4. Tempo fa un amico magistrato mi disse: ho preso la tessera di una certa corrente sindacale perché mi è stato detto che altrimenti ri-

schio di non aver appoggi a sostegno della mia posizione nel procedimento disciplinare a mio carico.

Capisco tale scelta. Non lo biasimo. Anzi, forse al posto suo avrei fatto altrettanto. Ma, al di là delle situazioni contingenti e personalissime, non è così che si difende l'indipendenza della magistratura, né il prestigio di cui dovrebbe diffusamente godere.

Abstract

È o no tollerabile questa trasformazione del Consiglio Superiore della Magistratura per quel che attiene alla componente togata? In altre parole, è davvero giusto difendere a tutti i costi un sistema ove i magistrati del *plenum* direttivo vengono eletti attraverso un modello ampiamente sindacalizzata e polarizzato dall'appartenenza correntizia? O è forse meglio da un lato evitare la commissione organica fra requirenti e giudicante, dall'altro troncata grazie al sorteggio meccanismo di apparentamento sindacale?

Is this transformation of the High Council of the Judiciary tolerable or not when it comes to the magistrate component? In other words, is it really right to defend at all costs a system where the magistrates of the governing plenary are elected through a model that is heavily unionized and polarized by factional belonging? Or is it perhaps better on one hand to avoid the organic commission between prosecutors and judges, and on the other hand to break up the union alignment mechanism through random selection?

RECENSIONI

GIUSEPPE CRICENTI, *Il mercato del ventre. Il caso della maternità surrogata*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2025, pp. 168.

Preliminarmente, riterrei utile dare brevemente conto dello stato dell'arte della questione della maternità surrogata, almeno con riguardo all'orizzonte italiano. Giova infatti chiarire fin da subito che, in Italia, la pratica della maternità surrogata è vietata dalla legge, ed è anche sanzionata penalmente¹.

Questo non significa che, in tal modo, i problemi siano risolti; basti osservare che la legge nulla dice a proposito del soggetto che di fatto nasce a seguito di una surrogazione di maternità. Come noto, infatti, queste pratiche sussistono in altre parti del mondo, ovvero in altri ordinamenti giuridici che, sul tema, hanno una posizione diversa da quella italiana, nel senso che ammettono – in maniera più o meno vasta – il ricorso alla gestazione per conto altrui. Questo diverso approccio riguarda sia Paesi europei, sia extraeuropei.

Per andare al concreto, i problemi sorgono allorché cittadini italiani fanno ricorso all'estero, laddove permesso, a pratiche di maternità surrogata, ottengono in quegli ordinamenti il riconoscimento del rapporto genitoriale con il soggetto nato (declino al maschile, ma con significati estesi anche al genere femminile; insomma, bambini e bambine) e poi cercano di far riconoscere anche in Italia il provvedimento così ottenuto.

¹ Art. 12, comma 6, legge 19 febbraio 2004, n. 40: “*Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana*”.

La questione è stata più volte portata all'attenzione dei massimi organi giurisdizionali (Corte costituzionale² e Corte di cassazione³), i quali hanno formulato una posizione così sintetizzabile: il divieto di ricorrere a pratiche di maternità surrogata, previsto dal nostro legislatore, fa parte del c.d. ordine pubblico, vale a dire esprime un principio valoriale inderogabile dell'ordinamento giuridico italiano. In altri termini, si tratta di una barriera insormontabile, che quindi preclude il riconoscimento dei provvedimenti emessi in altri ordinamenti. Si esclude così l'automatismo nell'istituire il rapporto genitoriale.

Allo stesso tempo, occorre trovare una soluzione per tutelare la posizione giuridica del bambino nato per effetto di quelle pratiche. Come si può inserire giuridicamente quel bambino nella cornice familiare dei c.d. genitori d'intenzione? La risposta viene ricavata dall'applicazione dell'istituto dell'adozione. Il genitore d'intenzione e, più esattamente, quel genitore che è estraneo al processo biologico di concepimento e di nascita del bambino può soddisfare il proprio desiderio di genitorialità adottando il bambino nato.

Deve però essere sottolineato che, al centro del ragionamento dei nostri giudici, si colloca soprattutto il diritto alla genitorialità del bambino, che in questo modo viene realizzato attraverso una verifica a posteriori circa l'effettiva possibilità di costruire, attorno a lui, un rapporto genitoriale ovvero un contesto familiare⁴.

Per altro verso, invece, in capo all'altro genitore d'intenzione viene riconosciuta la posizione genitoriale proprio in virtù della sua partecipazione al processo biologico di concepimento.

² Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33; Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, ove si legge che la pratica della maternità surrogata “*offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*”.

In arg. L. BOZZI, *Maternità surrogata, le ragioni del divieto e le proposte di regolamentazione: un cerchio che non si chiude*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022, 3322.

³ Cfr. soprattutto Cass., sez. unite, 30 dicembre 2022, n. 38162; in precedenza sempre Cass., sez. unite, 8 maggio 2019, n. 12193. Più di recente Cass., 3 gennaio 2024, n. 85.

⁴ In questo termini cfr. soprattutto R. SENIGAGLIA, *La circolazione dello status filiationis, discendente da pratica di maternità surrogata, costituito in Paesi Extra UE e in Paesi Intra Ue. Le ragioni di una soluzione differenziata*, in *Dir. fam. pers.*, 2024, 1291.

In questo modo, e pur con molti distinguo, i giudici italiani tentano di bilanciare i due valori in campo, ossia, da un lato, la tutela del bambino e, dall'altro lato, l'aspirazione alla genitorialità, che è sottesa alle pratiche di maternità surrogata.

La posizione che ho qui schematizzato ha suscitato varie reazioni⁵, alcune di apprezzamento⁶ ed altre di critica⁷, ma corrisponde al c.d. diritto vivente, ed è quindi un altro dato di fatto con cui confrontarsi.

Di tutto questo il libro non parla, o meglio non ne parla in maniera esplicita. Il discorso sviluppato da G.C. vola più alto, nel senso che svolge una serie di considerazioni di carattere giuridico, ma anche filosofico ed etico sul tema della maternità surrogata, senza entrare nello specifico della casistica applicativa, ovvero forense.

A mio avviso, si tratta di una testimonianza di grande sensibilità dell'autore, che, nella sua veste di magistrato (peraltro componente della Corte di cassazione), evita di prendere posizione su questioni che possono interferire con la sua attività professionale.

Per altro verso, però, la scelta di “volare alto” implica la messa in campo di un apparato culturale di grande spessore, che l'autore riesce a condensare in un volume agile e assolutamente piacevole nella lettura, soprattutto per chi è digiuno di queste tematiche. In questa prospettiva, a me pare di cogliere almeno due profili metodologici meritevoli di attenzione e di approfondimento.

Il primo di questi profili guarda al rapporto tra diritto e tecnica. L'evoluzione di quest'ultima nel campo che qui ci occupa ha spezzato il nesso tra procreazione e maternità (o, se preferiamo, genito-

⁵ Una ricognizione si legge in M. SESTA, *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, pp. 387 e ss.

⁶ G. RECINTO, *Le “istruzioni” per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità*, in *Fam. dir.*, 2023, p. 431; A. MORACE PINELLI, *La maternità surrogata lede sempre la dignità della donna. Le ragioni di un divieto che non confligge con la tutela del nato dalla pratica illecita*, in *Dir. fam. pers.*, 2023, p. 1278.

⁷ S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata: dialogando con Michele Sesta*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, p. 616; U. SALANITRO, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?*, in *Giur. it.*, 2022, p. 1831.

rialità), nel senso che – dal punto di vista tecnico – si può diventare genitori anche in assenza dell’atto procreativo, ovvero prescindendo dal fatto puramente genetico.

Le tecniche di riproduzione così consolidate divengono la base su cui si innestano delle dinamiche di mercato, nel senso che – a questo punto – i c.d. spiriti animali che contraddistinguono le relazioni socioeconomiche danno vita ad appositi meccanismi contrattuali, che organizzano – dietro corrispettivo – il fenomeno della genitorialità. Come è stato scritto in dottrina⁸, entrano in gioco appositi intermediari che propongono sul mercato non tanto un bambino, quanto una discendenza legale, cioè un “pacchetto” completo composto dal bambino più l’atto di nascita o la sentenza attributiva della genitorialità ai committenti.

Di fronte a questi fenomeni, come deve reagire il giurista? A me pare che qui si ponga un bivio: una prima scelta consiste nel collocarsi sul medesimo piano tecnico, che consiste nell’elaborare le soluzioni giuridiche idonee a consentire, a questi fenomeni di mercato, di funzionare in maniera efficiente. L’alternativa consiste invece nel ricordare che il giurista non è solo un tecnico, ma è anche una persona di cultura, chiamata non solo ad elaborare soluzioni operative, ma anche ad interrogarsi su valori e principi, nonché a valutare le dinamiche socioeconomiche alla luce di quei valori e di quei principi.

L’autore sposa decisamente questa seconda alternativa. Una parte del libro che mi ha colpito profondamente è quella in cui G.C. entra in dialogo con Richard Posner⁹, che – come ben noto – è una sorta di nume tutelare di quel filone di pensiero che si chiama analisi economica del diritto, ovvero *law and economics*. E qui è bello leggere che, con ferrea logica e sicura padronanza dei concetti, G.C. demolisce uno per uno i postulati sulla base dei quali Posner espone la propria visione della maternità surrogata, come se fosse un normale fenomeno di mercato.

Questa impostazione conduce il nostro autore ad una riflessione molto profonda sul concetto di diritto nel contesto in cui attual-

⁸ A. RENDA, *Ancora sulla surrogazione di maternità. Ragioni del divieto e tecniche di tutela del nato*, in *Eur. dir. priv.*, 2023, 284.

⁹ G. CRICENTI, *Il mercato del ventre*, Soveria Mannelli, 2025, 113 e ss.

mente viviamo; e questo è l'altro profilo che desidero mettere in luce.

Discorrendo di maternità surrogata, nonché del composito e multiforme quadro di interessi ed esigenze che ruotano attorno a questa pratica, G.C. coglie un nodo centrale, nella parte in cui sottolinea che, alla base di tali pratiche, si ravvisa una visione del diritto come mero strumento di soddisfazione di interessi individuali¹⁰. Semplificando in maniera provocatoria, io voglio essere genitore, la tecnica mi fornisce i mezzi per diventarlo, io voglio uno strumento giuridico per soddisfare questo mio obiettivo, del resto non mi importa.

In questa visione, imperniata sull'individualismo morale¹¹, ciò che viene meno è la dimensione relazionale del diritto¹², che invece contraddistingue la storia millenaria di questo concetto, a partire dalla sua origine etimologica (in latino *ius* da *iungere*, ovvero unire legare). In altri termini, il diritto è bilanciamento, contemperamento di interessi ed esigenze diverse, e qui penso che sia l'esperienza del giudice a far sentire la sua voce nelle pagine del libro.

La maternità surrogata è un esempio applicativo di questa concezione del diritto, proprio in quanto dimostra l'esigenza di contemperare una pluralità di fattori, che possono anche sfuggire alla dimensione prettamente individualistica del c.d. genitore d'intenzione. Questi altri punti di vista attengono al bambino che viene al mondo, ma anche alla donna gestante e partoriente; si tratta di un profilo trova ampio spazio nelle riflessioni dei nostri giudici.

Nella sua densità il libro offre molti altri spunti: ad esempio quello concernente l'eugenetica¹³, vista come possibile punto di approdo delle manipolazioni tecniche sottese alla pratica della maternità surrogata.

Insomma, per concludere, davvero un bel libro, che apre molte prospettive di indagine di riflessione.

ANDREA NERVI

¹⁰ Id., *op. cit.*, 43.

¹¹ Id., *op. cit.*, 53.

¹² Id., *op. cit.*, 59.

¹³ Id., *op. cit.*, 76.

FABRIZIO DEMARTIS, *I sistemi automatici di riconoscimento facciale nel procedimento penale. Tra possibilità di impiego e limiti ordinali*, Padova, Cedam, 2025, pp. 326.

L'irrompere nel processo penale del progresso tecnologico e il proliferare di nuovi strumenti e tecniche affidano all'interprete, in assenza di interventi legislativi *ad hoc*, un compito estremamente complicato. Le innovazioni che compaiono con frequenza sempre maggiore sulla scena processuale, infatti, rendono sicuramente più efficace l'attività di indagine ma, nel contempo, possono richiedere un significativo sacrificio per la persona coinvolta. E quindi, prima ancora di delineare uno statuto che concili gli interessi in gioco e individui un punto di equilibrio tra l'esigenza di accertare fatti penalmente rilevanti e la tutela dei diritti costituzionali, è necessario stabilire i requisiti che i nuovi mezzi tecnologici devono soddisfare per poter accedere al processo penale.

In questo contesto, il riconoscimento facciale rappresenta un caso paradigmatico poiché si presenta come una delle innovazioni più difficili da ricondurre negli schemi del codice di rito.

Fabrizio Demartis, nel suo volume, affronta con determinazione questo tema, indagandolo in maniera approfondita ed illustrandolo con precisione.

Il lavoro si caratterizza innanzitutto per una pregevole impostazione sistematica: la scelta di illustrare nel dettaglio il funzionamento dei meccanismi di riconoscimento facciale, stigmatizzando l'"opacità algoritmica", e la ricostruzione dell'incerto perimetro normativo nel quale si collocano, costituiscono infatti la premessa necessaria per risolvere, di volta in volta, le questioni sull'uso di questi sistemi nelle singole fasi del processo penale, dall'*incipit* al giudizio, secondo le peculiarità di ciascuna, ma anche nelle procedure incidentali e complementari.

È interessante notare poi come il costante raffronto con le categorie descritte nel codice dal legislatore consenta di far emergere le differenze e le affinità e descrivere l'apporto dei sistemi di riconoscimento facciale. Altrettanto pregevole – nella convinzione che, come si legge nelle conclusioni, *machina errare potest* – è l'attenzione riservata alla valutazione di tale contributo e ai possibili errori che può generare in assenza di un rigoroso e accurato controllo umano. Su questo versante, una solida conoscenza della categoria della prova scientifica permette all'autore di superare le insidie e le incognite della materia, anche superando convinzioni ormai obsolete.

Si può dire, insomma, che, il volume propone soluzioni originali, spesso radicali (come avviene quando si afferma che il riconoscimento facciale debba essere bandito dal catalogo dei mezzi di prova), ma sempre ben supportate da solide argomentazioni.

GUIDO COLAIACOVO

BRUNO CONCAS, *Pianificazione successoria e divieti di disporre*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2026, pp. 264.

Il nuovo libro di Bruno Concas è edito nella collana della Scuola di specializzazione di Camerino. L'Autore, già noto per la stampa del volume su *La rinuncia nei patti successori* (ESI, 2024), continua a percorrere il solco complesso e impervio dei nuovi studi di diritto successorio, volti a una modernizzazione e rivitalizzazione della materia.

Il volume si dipana in quattro capitoli: pluralità dei divieti e unità di *ratio* (capitolo I); l'area di operatività del divieto tra effetti prodotti e interessi perseguiti (capitolo II); il vincolo giuridico e l'impegnatività sociale dei patti successori obbligatori tra rilevanza e illiceità (capitolo III); gli atti esecutivi di patti successori tra causa e motivi (capitolo IV). Il *fil rouge* della ricerca è ben individuabile nella rivisitazione e rivalutazione dell'autonomia privata, nella valutazione della auspicabile devoluzione contrattuale dell'eredità e in una nuova centralità del negozio testamentario.

La ricerca è realmente l'apice degli attuali studi di diritto successorio, a seconda della visione è l'ultima e più alta oppure la prima e originaria del nuovo regime di ricerca delle successioni. Le idee presenti, sempre ben sviluppate e costruite, attengono al fondamento unitario della pluralità dei divieti di patti successori, alla distinzione tra atti *mortis causa* e atti *post mortem*, al rapporto tra patti successori e tutela dei legittimari, e, a partire dal capitolo III, alla riflessione sul vincolo giuridico dei patti successori. Nel capitolo IV, come accennato sopra, spicca la riflessione sugli atti esecutivi dei patti obbligatori, con particolare riferimento al testamento esecutivo, rispetto ad esso dando la preferenza alla disciplina del motivo illecito.

Un volume in conclusione prezioso, che delinea – parafrasando le parole dello stesso B. Concas – i confini del divieto di patti successori, rifuggendo da letture abroganti oppure volte a dare eccessive estensioni.

CRISTIANO CICERO

ALESSANDRA LEUZZI, *L'abdicazione volontaria alla proprietà immobiliare*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2026, pp. 136.

1. La ricerca di Alessandra Leuzzi tratta un tema attualissimo. L'entrata in vigore del codice civile del 1942 ha posto fine al contrasto interpretativo sulla rinunziabilità della proprietà immobiliare, con la codificazione nell'art. 827 c.c. del principio secondo il quale la proprietà dei beni immobili vacanti spetta allo Stato, conducendo gli interpreti a considerare sempre ammessa la rinuncia suddetta, nonostante l'assenza di una specifica norma permissiva.

Per lungo tempo la rinunciabilità del diritto di proprietà non era neanche posta in discussione. Anzi, secondo una parte della dottrina, il potere di rinunciare al diritto sarebbe una caratteristica propria dei diritti disponibili, espressione, appunto, dello stesso potere di disposizione tipico dei diritti patrimoniali, sebbene manifestantesi in senso negativo. Diversamente, in giurisprudenza in assenza di un'esplicita previsione legislativa avente ad oggetto la rinuncia al diritto di proprietà immobiliare, si è dubitato che il legislatore con l'introduzione dell'art. 827 c.c. abbia inteso addossare sullo Stato, quale conseguenza seppure indiretta dell'acquisto della proprietà, le responsabilità per la custodia del bene. Il campo di operatività della rinuncia dovrebbe essere limitato alle sole ipotesi previste dalla legge, che costituiscono fattispecie affatto diverse rispetto alla rinuncia abdicativa, se non altro in quanto accomunate dal fatto che, in seguito all'atto di rinuncia, la proprietà non rimane acefala, né si determinerebbe una *vacatio* nella titolarità del bene, ma piuttosto l'estinzione del diritto e la corrispondente riespansione della proprietà o l'accrescimento delle quote altrui.

2. Le Sezioni Unite (sent. 11 agosto 2025, n. 23093) hanno ammesso la rinuncia abdicativa al diritto di proprietà sui beni immobili.

Il *decisum*, sottolinea l'A., ha per così dire spiazzato la maggior parte degli interpreti e non appare condivisibile perlomeno certamente con riferimento alla disapplicazione del giudizio di meritevolezza. Le Sezioni Unite hanno aderito a quell'indirizzo dottrinale favorevole ad un'aprioristica ammissibilità dello strumento giuridico della rinuncia alla proprietà, affermando in modo inequivoco il principio di diritto in virtù del quale la rinuncia alla proprietà immobiliare espressa dal titolare trova causa, e quindi anche riscontro della meritevolezza dell'interesse perseguito, in sé stessa e non nell'adesione di un altro contraente, poiché la funzione tipica dell'atto è solo quella di dismettere il diritto, in quanto modalità di esercizio e di attuazione della facoltà di disporre della cosa accordata dall'art. 832 c.c., senza che abbiano rilievo interessi pratici del *dominus* diversi dall'intenzione puramente abdicatoria nonché la destinazione del bene e il suo eventuale acquisto da parte di altro soggetto, producendosi *ex lege* l'effetto riflesso dell'acquisto dello Stato a titolo originario, in forza dell'art. 827 c.c.

3. Suscita, invece, secondo A. Leuzzi, notevoli perplessità la soluzione interpretativa accolta dalle Sezioni Unite avente ad oggetto l'«eventuale indicazione del perimetro del sindacato giudiziale sull'atto» di rinuncia alla proprietà immobiliare.

È dunque precluso il sindacato sulla meritevolezza dell'atto di rinuncia che, invece, si imporrebbe *ex art.* 1322, comma 2, c.c., letto in combinato disposto con l'art. 1324 c.c., al cospetto di una figura, come quella in questa sede esaminata, rispetto alla quale se ne ponga in discussione la tipicità, poiché il profilo causale del negozio non ha già formato oggetto di valutazione positiva da parte del legislatore. E, in effetti, in tema di rinuncia alla proprietà non è dato riscontrare parametri normativi di riferimento tali da consentire l'individuazione di regole applicabili certe. In questo contesto, la meritevolezza, intesa come strumento che connota dall'interno le manifestazioni di volontà, conferendogli valutazione favorevole se in positivo gli interessi avuti di mira dal disponente attuano una funzione compatibile con i valori immanenti al sistema, assume rilievo fondamentale.

È ormai ampiamente (e per fortuna) superata la logica ottocentesca in cui si concepiva la proprietà unicamente come un insieme di

diritti e facoltà che assegnano al titolare un potere assoluto e illimitato sulla cosa, dovendosi per converso ritenere il diritto dominicale come una situazione giuridica soggettiva gravata (anche) da obblighi, doveri e da limiti esterni posti dalle norme obiettive per ragioni di ordine superiore, e cui è affidato l'assolvimento della "funzione sociale", che diviene pertanto fondamento giustificativo dell'attribuzione al privato dei poteri proprietari nonché criterio determinativo del contenuto della situazione. L'attribuzione del diritto, in altri termini, non è più incondizionata, essendo diventato dirimente a questi fini la considerazione del singolo in quanto membro di un organismo sociale.

Ed è proprio tale innovata considerazione dell'istituto proprietario, alla luce della funzione sociale, che induce a mettere in relazione la (generale e ammessa) facoltà di abdicazione con gli interessi dei terzi estranei all'autore dell'atto che nel concreto quest'ultimo finisce probabilmente per andare ad intaccare (cosiddetta teoria relazionale della proprietà) in un loro complessivo e ragionevole bilanciamento che, in assenza di un dato normativo esplicito, dovrebbe avvenire all'esito di un ponderato giudizio compiuto dall'interprete alla stregua dei principi generali di un ordinamento costituzionalmente orientato. Sul punto, pur potendosi convenire con le Sezioni Unite in ordine al fatto che l'applicazione diretta da parte del giudice del principio della «funzione sociale» sarebbe preclusa dalla riserva di legge relativa contemplata dal secondo comma dello stesso art. 42 Cost., non di meno tale principio continua a operare come necessario criterio di interpretazione o reinterpretazione della disciplina normativa proprietaria, al fine di accreditare o corroborare nuove ricostruzioni ermeneutiche delle norme, fino a giungere all'integrazione contenutistica delle stesse per farvi penetrare elementi dinamici di attuazione costituzionale di cui possano risultare carenti.

La pervasiva essenza funzionale e sociale della proprietà privata (immobiliare) dovrebbe allora orientare l'interprete nel compiere l'evocato giudizio di bilanciamento dei valori in gioco. Con la precisazione che una simile valutazione dovrebbe farsi in concreto con riferimento alla causa dell'atto di rinuncia e in relazione ad ogni singola fattispecie, avendo sempre di mira gli interessi effettivamente perseguiti dal rinunciante. E, mai come nella materia degli atti di rinuncia

– caratterizzati, questi ultimi, da una struttura per definizione unilaterale e, quindi privi, almeno dal punto di vista strutturale, di una contrapposizione di interessi – la ricerca del fondamento causale dovrà essere condotta spaziando al di fuori dell'atto posto in essere dal rinunciante, onde individuare altresì le sfere soggettive (direttamente o indirettamente) coinvolte nella produzione degli effetti della rinuncia medesima, cosicché l'interesse espresso nel negozio possa inserirsi nel più ampio sistema di interessi giuridici, e raggiungere quel grado di finitezza che valga a giustificare il programma negoziale. Alla luce di tali considerazioni secondo l'A. non pare condivisibile la prospettazione formulata dalle Sezioni Unite di un'unica causa costante dell'atto di rinuncia, tale da precludere (e da rendere del tutto irrilevante) il perseguimento di scopi pratici ulteriori che non siano quello meramente dismissivo.

4. Non resta allora che augurarsi, conclude A. Leuzzi, che sia il legislatore a intervenire quanto prima al fine di fornire una soluzione che riesca a dipanare davvero la problematica, se del caso rimodulando il vigente art. 827 c.c., in modo da trovare un diverso assetto di equilibrio nei rapporti tra pubblico e privato, e operando, dunque, una riforma di sistema in ordine al regime dei beni immobili vacanti e del correlato acquisto al patrimonio dello Stato, scegliendo i mezzi che riterrà più idonei a realizzare la tutela dei fini costituzionalmente necessari nella composizione della pluralità degli interessi in gioco.

CRISTIANO CICERO

ISABELLA MARTONE, *Liberalità indirette e tutela dei terzi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2025, pp. 248.

EMANUELA MOROTTI, *Atti gratuiti tra familiari*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2025, pp. 200.

1. Si tratta di due volumi che definirei “concreti”, trattando questioni che hanno una rilevanza giuridica importante e molto sentite nei rapporti sociali, firmati da due studiose giovani e già apprezzate nel panorama scientifico della nostra disciplina. Due ricerche che – pur portate avanti con metodi entrambi assai apprezzabili ma differenti – riguardano materie che si intrecciano, in tema di liberalità indirette la prima, e di atti gratuiti nei rapporti familiari la seconda.

Liberalità indirette e tutela dei terzi è – lo sottolinea l’A. – unaendiadi (ἕν διὰ δυοῖν, uno per mezzo di due), la quale riproduce i termini di un’annosa questione che sottolinea il rapporto tra le liberalità indirette e la problematica della circolazione giuridica. Il volume si dipana attraverso tre capitoli, inerenti ai caratteri fisionomici delle liberalità indirette, il primo, al controverso inquadramento delle liberalità indirette, il secondo, ai meccanismi di tutela degli interessi coinvolti nella circolazione giuridica, il terzo.

Entrando *in medias res*, l’A. discorre del c.d. “sistema del dono”, sottolineando come con l’espressione liberalità il legislatore suole riferirsi a un determinato effetto economico, consistente nell’arricchimento del patrimonio altrui in assenza di corrispettivo e per un interesse soggettivo del disponente, conseguibile di regola mediante contratto di donazione (p. 28). L’A. dialoga con la dottrina più autorevole (Giorgio Oppo, Biondo Biondi, L. Cariota-Ferrara, Pietro Perlingieri), e in genere in maniera esaustiva con la recente letteratura di riferimento. L’intento dichiarato, e condivisibile, è di rifuggire dal vuoto pragmatismo. La donazione è qualificata in

chiave di “istituto in pena”, sottolineando i due profili essenziali, identificabili nello spirito di liberalità e nell’arricchimento senza causa. Rispetto a questi come è noto è assente una definizione legislativa, sì che sono stati versati realmente fiumi di inchiostro quasi inutilmente, perlomeno forse fino alle due ricerche di Martone e Morotti oggetto di questa conversazione. Certamente, ciò che tendenzialmente si afferma è che lo spirito di liberalità è la causa comune a tutti gli atti di liberalità (p. 35). Sul punto, Isabella Martone rileva bene tuttavia come tale comune osservazione non spiega sul piano applicativo in che modo lo spirito di liberalità possa assurgere a profilo causale, esponendosi al rischio di disconoscere rilevanza alle liberalità diverse dalla donazione.

2. Ciò che interessa qui mi pare attenga all’inquadramento delle liberalità indirette (capitolo II, *Liberalità indirette e tutela dei terzi*). Viene bene sottolineato e descritto il meccanismo della interposizione di bene in nome altrui per il tramite dell’adempimento del terzo in funzione di liberalità indiretta; ulteriormente lo schema del contratto a favore di terzo, con la duplice relazione stipulante/promittente e stipulante/terzo; il *negotium mixtum cum donatione*; i rapporti patrimoniali nei modelli familiari; la rinuncia e la remissione. La domanda centrale da porsi è tuttavia inerente ai meccanismi di tutela, alla ricerca del “giusto rimedio” (capitolo III, p. 127 ss.). Osserva la Martone che le ripercussioni del concreto assetto di interessi come modulato dall’atto di liberalità schiudono uno scenario delicato. Per evitare correttamente trattamenti differenziati ingiustificati ed iniqui, è necessario ritornare sul sempre controverso rapporto tra donazione e liberalità indiretta. E ciò va fatto necessariamente, perché se la donazione porta con sé una compressione verso i terzi, acquirenti o creditori del beneficiario, viceversa non è così nella liberalità indiretta, la quale all’opposto rischia di far sopportare ai terzi un rischio non preventivamente percepibile e calcolabile. In ipotesi di donazione, posto che l’ordinamento rende edotti i terzi dei rischi dell’operazione, l’inopponibilità conseguente alla riduzione consente di considerare il bene donato come mai uscito dal patrimonio del *de cuius* (qui Martone richiama l’espressione di G. Amadio). Si sottolinea invece che nell’ipotesi di donazione indiretta

di immobile, la tutela non può essere assicurata da un'azione recuperatoria, perché si scadrebbe nell'irragionevolezza riconoscendo al legittimario diritti su un bene che non è mai entrato a far parte del patrimonio del disponente. In tema, rimane scolpito il pensiero di V. Barba, secondo il quale la tutela del legittimario è destinata a trasformarsi in tutela meramente creditoria ogni qual volta la liberalità sia realizzata mercé un atto che non importi un immediato trasferimento del bene dal disponente al beneficiario (p.134). Non viene male ulteriormente richiamare il pensiero di G. Perlingieri, per il quale i risultati dell'azione di riduzione possono differenziarsi a seconda della funzione delle singole liberalità e delle peculiarità dell'oggetto dell'attribuzione.

Neppure è assente nella ricerca di Martone l'indagine sul problema della garanzia patrimoniale dei creditori del legittimario leso o pretermesso (posizioni che peraltro non sono perfettamente sovrapponibili). Per il caso della lesione della legittima, l'ordinamento tutela il legittimario e tralascia la tutela dei loro creditori personali. La classe creditoria per opinione comune non dispone in tal caso delle azioni a tutela della conservazione della garanzia patrimoniale. Con riferimento alla revocatoria, l'esperimento dell'azione appare inutile perché seppure l'atto dismissivo fosse dichiarato inefficace verso i creditori, sul piano operativo nulla accadrebbe perché rimarrebbe indispensabile l'esercizio della riduzione; neppure la surrogatoria sarebbe utile e addirittura mancante del requisito dell'inerzia, posto che postulerebbe un legittimario inerte. L'unico strumento allora rimane l'impugnazione *ex art. 524 c.c.*

3. L'auspicio di Isabella Martone è condivisibilmente nel senso di una riforma strutturale del diritto successorio in un'ottica di ragionevolezza e proporzionalità riconoscendo una maggiore autonomia testamentaria. Certamente le regole sui legittimarî sono oggi superate e inidonee a regolare rapporti sociali sia personali sia economici profondamente modificati rispetto ai decenni passati.

Conclude benissimo la Martone rilevando che il giurista non dev'essere tanto custode di una tradizione ma soprattutto garante di una innovazione (p. 219).

4. Il volume di Emanuela Morotti si dipana lungo quattro capitoli. Il primo, sulla qualificazione degli atti gratuiti tra familiari, il secondo, su familiarità, affettività e rilevanza giuridica, il terzo, sui limiti della riconduzione all'obbligazione naturale, il quarto, sulla negozialità della prestazione familiare.

Già nell'introduzione, l'A. riesce a far comprendere al lettore la *fil rouge* della sua ricerca, insito nel rapporto tra affetto, solidarietà, diritto, che caratterizza i legami familiari. Indubbiamente, secondo la nostra tradizione la famiglia è un'isola solo lambita dal mare del diritto (seguendo l'insegnamento di A.C. Jemolo). E. Morotti tuttavia dando piena sensazione della maturità del proprio pensiero, revisiona questa visione, iniziando a interrogarsi circa la natura delle prestazioni di *facere* rese in ambito familiare. Si tratta di un fenomeno assai diffuso, tendenzialmente allocato nell'area della gratuità e ricondotto spesso ad es. alle obbligazioni naturali, più raramente, e maldestramente aggiungo, alla *negotiorum gestio*, oppure agli atti di cortesia. In realtà, questi ultimi riguardano atti tra estranei e non tra familiari, pur entrambi gratuiti (p. 26).

A partire dal capitolo secondo, si sottolinea come le prestazioni rese in ambito familiare siano espressione di solidarietà e non già fonte di obbligazioni giuridicamente rilevanti. Nei repertori per conseguenza non si rinviene alcun provvedimento che riconosca le prestazioni svolte in favore di un parente o di un affine. Appare evidente che allorché le prestazioni siano state svolte in maniera continuativa e pluriennale, la mancanza di riconoscimento è giudicata assai frustrante dal prestatore d'opera. Questa visione certamente risente di una visione pubblicistica della famiglia.

Spesso la giurisprudenza ha ricondotto le prestazioni familiari nell'alveo dell'obbligazione naturale. Di particolare rilevanza sono indubbiamente in argomento i profili relativi all'ambito di operatività dell'autonomia privata in ordine ai rapporti patrimoniali caratterizzanti la famiglia non matrimoniale. L'aspetto più problematico è quello relativo alle pretese economiche avanzate da un soggetto nei confronti dell'altro alla conclusione della relazione, con riferimento ai contributi, agli apporti, alle liberalità effettuate nel corso del *ménage*. L'orientamento oggi prevalente in giurisprudenza qualifica le attribuzioni patrimoniali compiute da un convivente nei confronti

dell'altro nel senso di adempimento di obbligazione naturale. La prestazione – si precisa – deve risultare adeguata alle circostanze e proporzionata all'entità del patrimonio e alle condizioni sociali del *solvens*. Non diversamente afferma la dottrina moderna, che discorre di prestazioni caratterizzate da spontaneità e da assenza di coercibilità. Il discorso, ineccepibile con riguardo all'attribuzione patrimoniale considerata in senso lato, va però approfondito. L'attribuzione patrimoniale, locuzione in sé anodina, potrà infatti, atteggiarsi in concreto nelle forme di elargizione di somme di danaro, regali, attività migliorativa su beni di proprietà dell'altro coniuge, ecc. Spesso, soprattutto in tempi non recenti, è stata individuata nella donazione (rimuneratoria) – compiuta cioè per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario o per speciale remunerazione (art. 770 c.c.) – lo strumento idoneo a giustificare gli spostamenti patrimoniali nella famiglia di fatto. Scherzosamente, appare certo acuto il monito per cui *metter su famiglia è sempre un grave onere, particolarmente quando non si è sposati* (Oscar Wilde).

Sottolineo che l'A. invita ad utilizzare l'istituto dell'obbligazione naturale con cautela, dal momento che le prestazioni tra familiari non presentano i requisiti utili per la loro sussunzione nello schema dell'obbligazione naturale (p. 63).

5. Nel capitolo terzo, mi pare di non poco interesse la trattazione dell'A. allorché riflette sull'esigenza di evitare di configurare le prestazioni gratuite e atipiche come donazioni. Non mi pare tuttavia condivisibile l'affermazione per la quale non vi sarebbe spazio nel nostro codice civile per una donazione di fare, posto che certamente la lettera dell'art. 769 c.c. a fianco della donazione a efficacia reale struttura una donazione a effetti obbligatori. Neppure, certamente per limite intellettuale dello scrivente, appare del tutto condivisibile la non riconducibilità della causa che sorregge la prestazione resa in ambito familiare alla comune causa familiare (p. 145).

Pienamente convincente è l'affermazione dell'A. per la quale le prestazioni *de quibus* non possono essere escluse dalla dimensione della giuridicità. Riconoscerle tuttavia come vere obbligazioni civili, sempre e comunque, a prescindere si intende dire dalla tipologia, dall'occasionalità o meno, dalla sussistenza di una subordinazione,

dal concreto atteggiarsi del rapporto familiare tra le parti, lascia perplessi; con ciò, appare evidente che va contrastato con decisione lo sfruttamento del lavoro familiare e anzi ne va riconosciuto il valore già garantito in Costituzione. La riprova è nella tutela giustamente accordata nell'ordinamento all'impresa familiare *ex art. 230-bis c.c.*

La conclusione di Emanuela Morotti è convincente, laddove si legge che la logica negoziale non significa ridurre ogni gesto di affetto a un contratto (p. 195).

6. Idealmente rivolgerei per concludere alle nostre Autrici la richiesta di un breve approfondimento. A Isabella Martone, che giustamente invoca una riforma delle successioni (nei versanti della tutela dei legittimari, della vigenza del divieto di patti successori, della rinuncia preventiva alla restituzione), una riflessione sui possibili modi di attuazione della riforma della successione necessaria. A Emanuela Morotti, invece, la richiesta di una riflessione sul *discrimen* tra prestazione gratuita tra familiari e prestazione contrattuale a favore di un familiare; cosa significa in altri termini indagare sulle caratteristiche oggettive della prestazione e sugli interessi che esprime (p. 195).

CRISTIANO CICERO

SILVANA SCIARRA, *Corti a confronto. Giudici europei e giudici nazionali per una sovranità condivisa*, il Mulino, Bologna, 2025, pp. 111.

1. Qual è l'effettività di un sistema giurisdizionale di tutela multilivello dei diritti? A questa gravosa domanda cerca di rispondere il libro di Silvana Sciarra, già Presidente della Corte costituzionale italiana.

Scritto con la sensibilità dell'accademica prestata alla giurisdizione costituzionale, il volume raccoglie tre lezioni tenute all'Università di Macerata nel 2021, dedicate rispettivamente all'indipendenza del giudice, all'intermediazione tra diritto e politica cui sono chiamate le corti sovranazionali e costituzionali, al dialogo tra le stesse corti nell'ambito del rinvio pregiudiziale.

Punto di partenza del ragionamento di Sciarra è la collocazione di ogni giudice all'interno di un «quadro sistemico» (p. 19) in cui operano corti guidate da tradizioni diverse, ma tutte accomunate dagli ineludibili principi di garanzia e indipendenza. Ed è proprio l'indipendenza a costituire un elemento imprescindibile dell'esercizio della funzione giurisdizionale nel contesto democratico europeo, perché «è essenziale, in particolare, per il buon funzionamento del sistema di cooperazione giudiziaria costituito dal meccanismo del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE», ma rappresenta anche la condizione logica affinché la tutela giurisdizionale dei diritti proclamata dall'art. 47 della Carta dei diritti dell'Unione Europea sia effettiva.

Pertanto, solo corti indipendenti sono in grado di assicurare il *judicial empowerment* del processo di integrazione europea. Un processo di cui non è protagonista solitaria la Corte di giustizia dell'Unione europea, ma di cui sono attori fondamentali anche i giudici nazionali, costituzionali e comuni, uniti tra loro attraverso un legame dialogico volto alla ricerca di soluzioni comuni.

Ciò che Sciarra ci restituisce è l'immagine di una comunità variegata di corti, che «tiene insieme istituzioni fra sé diverse affinché non disperdano i valori che le accomunano nel rendere giustizia» (p. 53). Le tiene insieme, ma questo non significa assenza di conflitti. Anzi, le vicende giudiziarie che sono ripercorse nel volume ci mostrano come, spesso per effetto di una inopportuna rivendicazione di una sovranità identitaria, il confronto può divenire «bellicoso» (p. 48). Se ciò avviene, il rischio è sistemico: la competizione «potrebbe far vacillare i principi fondamentali dello stato di diritto» (*ibidem*). Qui si comprende, allora, il ruolo della Corte di giustizia, che è quello di ricondurre a unità le pulsioni nazionali, spingendo in avanti quel processo di costituzionalizzazione dell'Europa che i governi non hanno saputo implementare e che, invece, la Corte di giustizia può assicurare in-tessendo un "dialogo" cooperativo con le corti costituzionali nazionali.

Un "dialogo" – per usare un'espressione che forse è ormai logora (D. CHINNI, *Preservare la Costituzione italiana nello spazio costituzionale europeo. Il nuovo ruolo della Corte costituzionale nel rapporto tra ordinamenti*, in *Giur. cost.*, 2, 2025, p. 466) – talvolta acceso e difficile, ma il cui risultato finale è sempre quello di apprestare una garanzia effettiva ai valori fondamentali della democrazia e dello stato di diritto in Europa.

Esempio plastico di tale cooperazione è, certamente, il meccanismo del rinvio pregiudiziale. Si tratta di un istituto su cui si sono spesi – letteralmente – fiumi di inchiostro. L'Autrice ce ne dà una rappresentazione privilegiata, da giudice redattore dell'ordinanza con cui la Corte costituzionale italiana attiva il meccanismo.

Al di là dei fatti concreti, l'aspetto interessante è la relazione che si instaura fra le due corti: l'una, la Corte costituzionale, «a cui è stata rimessa una questione di pure diritto (...) alla quale deve rispondere alla luce sia delle norme del diritto nazionale che delle norme del diritto dell'Unione al fine di fornire non solo al proprio giudice del rinvio, ma anche all'insieme dei giudici italiani, una pronuncia dotata di effetti erga omnes, vincolante per tali giudici in ogni controversia pertinente di cui potranno essere investiti»; l'altra, la Corte di giustizia, attrice di un "dialogo" privilegiato, «in quanto depositaria del "rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati"».

Soprattutto quando le corti hanno a che fare con i diritti, emerge la necessità che l'interazione giurisdizionale multilivello sia improntata a una leale collaborazione, in quanto le diverse competenze di cui esse sono depositarie non deve far dimenticare che lo scopo è comune: «garantire interpretazioni sempre più armoniche, di ravvicinamento fra disposizioni di contenuto analogo interpretate da corti che si guardano e si parlano» (p. 82). Lo riconosce la stessa Corte costituzionale italiana, quando ravvisa «una connessione inscindibile tra i principi e i diritti costituzionali evocati dalla Corte di cassazione e quelli riconosciuti dalla Carta, arricchiti dal diritto secondario, tra loro complementari e armonici», che quindi devono essere salvaguardati «in una prospettiva di massima espansione».

La prospettiva della massima espansione dei diritti è, del resto, il baricentro su cui si regge il dialogo, a cui non può non partecipare anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui giurisprudenza finisce spesso per “fare sistema” con quella della Corte di giustizia.

La risultante è un “dire giustizia” condiviso, perché i giudici comuni e le corti «lavorano per raggiungere obiettivi condivisi, si pongono in una dimensione propositiva e adottano un metodo che le avvicina» (p. 110). Si presentano, quindi, come «istituzioni del pluralismo» (p. 109). In quest'ottica, come efficacemente ci propone Sciarra, identità e sovranità divengono condivise: pur rimanendo nel controllo degli Stati membri, operano al tempo stesso come «valvole di nuovi ingranaggi ultra-statali, che richiedono una costante sintonizzazione, affinché tutto funzioni in modo sincronico e integrato» (p. 111).

2. Sin qui il volume, pregevole nel restituire al lettore un quadro che descrive questo sistema multilivello di tutela dei diritti.

E tuttavia, rimane insoluta la questione da tempo sollevata da altra autorevole dottrina: se si passa dalla registrazione della compresenza di plurime corti al ben diverso piano della valutazione dei loro output, il quadro è meno roseo di quello che appare.

Innanzitutto, il principio della massima espansione dei diritti è, probabilmente, «un equivoco» (R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, p. 63 ss.). Estendere la protezione di un diritto, come vorrebbe fare la Corte costituzionale, significa correlativamente

espandere gli obblighi in capo a terzi. Parimenti, introdurre nuovi diritti per via giurisprudenziale, come spesso fa la Corte Edu sulla base di letture creative della Cedu, determina una correlata limitazione delle sfere soggettive di altri soggetti privati, pur costituzionalmente garantite (A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, p. 27).

Non soltanto la moltiplicazione delle istanze di protezione dei diritti confonde, quindi, «la quantità dei diritti e degli strumenti di tutela con la qualità della protezione della persona» (M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2, 2006, p. 1660), ma sottovaluta anche la diversità storica dei diritti nei differenti ordinamenti, che non può essere risolta da una «coincidenza di etichetta o addirittura di formulazione testuale» (M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 1661). I diritti previsti nei tre ordinamenti – nazionale, unionale, europeo – nascono, infatti, su presupposti diversi e hanno significati diversi. Hanno, per dirla con Bin, un differente «imprinting genomico» (R. BIN, *op. cit.*, p. 70). Lo sbilanciamento della giurisprudenza della Corte di giustizia verso i “diritti del mercato” è la cartina di tornasole del vero ragionamento che sottende le decisioni del giudice europeo: «gli Stati possono applicare i loro diritti fondamentali finché essi non interferiscano con l’applicazione del diritto europeo e con la uniforme prevalenza dei diritti e delle libertà da esso riconosciute e disciplinate» (R. BIN, *op. cit.*, p. 92 s.). Con buona pace, quindi, dei diritti sociali affermati dalle Costituzioni europee del secondo dopoguerra, assai spesso negletti nella giurisprudenza europea (C. KILPATRICK, *The displacement of Social Europe: a productive lens of inquiry*, in *European Constitutional Law Review*, 1, 2018, p. 67 s.).

Ma l’aspetto forse più problematico generato dalla tutela multi-livello dei diritti è un altro e attiene alla svalutazione, oltre che dei testi costituzionali, anche del ruolo dei legislatori nazionali.

I diritti, infatti, non possono essere ridotti al loro accertamento giudiziale, perché i giudici si pronunciano nei limiti della domanda. La decisione sui diritti non può essere giudiziale, né occasionale (M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2017, p. 41 ss.), ma politica. Nello Stato costituzionale di diritto spetta al legislatore bilanciare tra diritti e in-

teressi in conflitto; al giudice rimane solo verificare se il bilanciamento così operato sia o meno ragionevole (R. BIN, *op. cit.*, p. 51 ss.). E la ragione è presto detta: il principio democratico, che come ci ricorda Sciarra le corti sono chiamate a difendere, impone che siano i popoli a «decidere (...) dei propri diritti e dei propri doveri», non esistendo «modelli universali astrattamente adatti a qualunque esperienza costituzionale» (M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 1662). Del resto, non sarà inutile ricordare l'atteggiamento prudente da tempo seguito persino da importanti corti di *common law*: «In a democracy, the power to make the law rests with those chosen by the people. Our role is more confined – “to say what the law is”» (*King v. Burnwell*, 576 U.S., 2015).

Insomma, nella variegata e apparentemente affascinante tutela multilivello dei diritti, retta da un “dialogo” non scevro da connotazioni politiche, la grande assente è la rappresentanza politica e il principio di legittimazione democratica delle decisioni ad essa connesso, che non possono essere sostituiti da una funzione di supplenza delle corti. Ed è allora sempre più evidente che, posto che il processo di integrazione europea per via giurisprudenziale non è andato di pari passo con quello politico, finché quel *gap* non verrà colmato la sovranità non sarà realmente condivisa.

Ma questa, come si suol dire, è un'altra storia.

MARCO BETZU

AUTORI

GIOVANNI BATTAGLINO

Dottorando di ricerca nell'Università di Camerino

MARCO BETZU

Professore ordinario nell'Università di Cagliari

ROBERTO CALVO

Professore ordinario nell'Università della Valle d'Aosta

CRISTIANO CICERO

Professore ordinario nell'Università di Cagliari

GABRIELE CIVELLO

Professore associato nell'Università di Cagliari

GUIDO COLAIACOVO

Professore associato nell'Università di Foggia

IVAN DEMURO

Professore associato nell'Università cattolica del Sacro Cuore

SALVATORE ESPOSITO

Assegnista di ricerca nell'Università di Cagliari - Abilitato alle funzioni di professore di seconda fascia ssd GIUR - 01/A

RICCARDO FERCIA

Professore ordinario nell'Università di Cagliari

PAOLA GALATÀ

Assegnista di ricerca nell'Università di Cagliari

ANDREA LOI

Dottorando di ricerca nell'Università Vita-Salute San Raffaele di Milano

ANDREA NERVI

Professore ordinario nell'Università di Sassari

GABRIELE RACUGNO

Già professore ordinario nell'Università di Cagliari

MARIANNA RINALDO

Professoressa associata nell'Università di Cagliari

LUCA SITZIA

Professore associato nell'Università di Cagliari

Codice etico

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI

e

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI ON LINE

1. Il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari intende dare continuità allo storico periodico Studi economico giuridici, ISSN 1971-5692, ISSN-L 1971-5692, Codice CDU 33, Codice rivista P 00059105 in ACNP e classificati come rivista scientifica dall'ANVUR, che per più di un secolo, dal 1909, è stato ininterrotta espressione dei plurimi percorsi scientifici espressi dalla Facoltà giuridica cagliaritana.
2. Gli «Studi economico-giuridici» avranno cadenza annuale con fascicoli semestrali ed ospiteranno, nel segno del pluralismo scientifico e metodologico che da sempre caratterizza il periodico, ricerche scientifiche di studiosi italiani e stranieri in materia giuridica ed economica.
3. Organi degli Studi economico-giuridici sono il Direttore responsabile, il Comitato di direzione, il Comitato scientifico di valutazione, il Comitato esterno di valutazione, il Comitato editoriale.
4. Il Comitato di direzione è composto, su richiesta dell'interessato, dai professori ordinari in servizio presso il Dipartimento di giurisprudenza che vantino il possesso delle soglie scientifiche per il ruolo di commissario nelle procedure di Abilitazione Scientifica Nazionale e dai Professori emeriti in materie giuridiche dell'Università di Cagliari. Compongono il Comitato, ulteriormente, professori ordinari in servizio presso gli Atenei italiani che vantino il possesso delle soglie scientifiche per il ruolo di commissario nelle procedure di Abilitazione Scientifica Nazionale nei settori concorsuali di afferenza, nonché professori emeriti e studiosi stranieri titolari di cattedra secondo l'ordinamento del proprio Paese.
5. Il Direttore responsabile è eletto dal Comitato di direzione tra i suoi componenti e assume con la carica le funzioni di coordinatore del Comitato.
6. Il Comitato scientifico e il Comitato di valutazione sono composti da professori ordinari in servizio presso gli Atenei italiani, tutti esterni rispetto all'Università di Cagliari, che vantino il possesso delle soglie scientifiche per il ruolo di commissario nelle procedure di Abilitazione Scientifica Nazionale nei settori concorsuali di afferenza, nonché da professori emeriti e da studiosi stranieri titolari di cattedra secondo l'ordinamento del proprio Paese.
7. Il Comitato editoriale è composto, su richiesta dell'interessato, dai ricercatori e dai professori associati afferenti al Dipartimento purché vantino il pos-

nesso delle soglie scientifiche per il conferimento dell'Abilitazione Scientifica Nazionale alla qualifica di professore associato per i ricercatori, e alla qualifica di professore ordinario per gli associati.

8. Il Comitato di direzione è responsabile ultimo della decisione di pubblicare gli articoli sottoposti alla Rivista. Tutte le ricerche saranno pubblicate all'esito del referaggio positivo double-blind peer-review a cura del Direttore responsabile o di un componente del Comitato di direzione a ciò espressamente delegato. La valutazione avviene avvalendosi di uno o più componenti del Comitato esterno di valutazione e/o eccezionalmente di altri referees esterni scelti tra studiosi, anche stranieri, afferenti a Università o enti, centri studio o istituti di ricerca, di comprovata esperienza. La valutazione di tutti i contributi oggetto di pubblicazione viene effettuata in totale anonimato, in osservanza di quanto prevede il Regolamento ANVUR. Il referee si impegna a valutare obiettivamente il materiale ricevuto, motivando adeguatamente i giudizi espressi in maniera chiara ed esplicita all'interno di una scheda di valutazione, che contiene criteri uniformi di valutazione di ogni singolo contributo. Per il caso di valutazione positiva con riserva, il Comitato di direzione autorizza la pubblicazione soltanto a seguito dell'adeguamento del contributo, assumendosi la responsabilità della verifica. Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti dei referee, il Comitato decide circa la pubblicazione del contributo, anche affidando l'ulteriore valutazione a terzi.
9. Al fine di garantire l'assoluta e completa trasparenza delle procedure di referaggio, tutte le schede di valutazione dei referees sono conservate in un archivio custodito sotto la responsabilità del Direttore o di altro componente del Comitato di direzione delegato.
10. Il Comitato di direzione può assumere la responsabilità delle pubblicazioni di scritti provenienti da Autori anche stranieri, di autorevolezza e prestigio tali che il loro contributo costituisce di per sé ragione di pregio per gli Studi economico-giuridici.
11. L'accettazione di un lavoro ai fini della pubblicazione implica il vincolo per l'Autore a non pubblicarlo in altra rivista o in banche dati, senza il consenso scritto del Comitato di direzione.
12. Il periodico recepisce i valori espressi nel Codice Etico dell'Università di Cagliari e alle norme contenute nel Regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche (Approvato con delibera del Consiglio Direttivo ANVUR n. 42 del 20/02/2019); a tali valori e norme si conforma integralmente.
13. Il periodico si cita *St. Cagliari*.

Publicato nel luglio 2026

