Accademia

Rivista dell'Associazione Civilisti Italiani

Direttore: ***Vincenzo Cuffaro***

numero otto Maggio - Agosto 2025

- **CONFRONTI**

Gianni Iudica, Vincenzo Roppo, Michele Tamponi, Enrico Quadri, Marisaria Maugeri, Laura Moscati, Mauro Grondona

- **ORIENTAMENTI**

Maria Annunziata Astone, Emanuele Bilotti, Valentina Calderai, Francesca Cristiani, Massimo D'Auria, Guglielmo Bevivino, Teresa Pasquino

- **OPINIONI**

Cesare Trapuzzano, Iolanda Bisceglia, Fabrizio Calisai, Elena Bellisario, Viola Cappelli

- **INTERSEZIONI**

Carmelita Camardi, Tommaso dalla Massara, Mauro Orlandi, Alberto Maria Benedetti, Noah Vardi, Fabrizio Piraino, Antonio Albanese, Mauro Grondona

- **OSSERVATORI**

Angelo Venchiarutti

Pacini Giuridica

Accademia
Rivista dell'Associazione Civilisti Italiani

Direttore editoriale/Editor–in-chief:
Vincenzo Cuffaro – Università di Roma Tre
Vicedirettore/ Deputy director:
Claudio Scognamiglio – Università di Roma Tor Vergata

Comitato Editoriale/Editorial Board:
Giuseppe Amadio – Università di Padova
Maria Astone – Università di Messina
Angelo Barba – Università di Siena
Francesca Bartolini – Università Link di Roma
Elena Bargelli – Università di Pisa
Ettore Battelli – Università di Roma Tre
Elena Bellisario – Università di Roma Tre
Claudia Benanti – Università di Catania
Valentina Calderai – Università di Pisa
Carmelita Camardi – Università Ca' Foscari di Venezia
Francesca Cristiani – Università di Pisa
Massimo D'Auria – Università di Siena
Tommaso dalla Massara – Università di Roma Tre
Andrea Dalmartello – Università di Milano Statale
Matteo Dellacasa – Università di Pavia
Valentina Di Gregorio – Università di Genova
Chiara Favilli – Università di Pisa
Fulvio Gigliotti – Università Magna Graecia di Catanzaro
Mauro Grondona – Università di Genova
Enrico Minervini – Università di Napoli Federico II
Filippo Nappi – Università di Napoli Parthenope
Riccardo Omodei Salè – Università di Verona
Stefano Pagliantini – Università di Siena
Teresa Pasquino – Università di Trento
Enrico Quadri – Università di Napoli Federico II
Francesco Ricci – Università LUM G. Degennaro
Nicola Rizzo – Università di Pavia
Francesco Sangermano – Università di Roma Tor Vergata
Pietro Sirena – Università Bocconi di Milano
Anna Scotti – Università di Napoli Federico II

Comitato di Redazione/Editorial Staff:
Edoardo Bacciardi – Università di Pisa
Anna De Bellis – Università Ca' Foscari di Venezia
Guglielmo Bevivino – Università di Milano Bicocca
Luigi Buonanno – Università Bocconi di Milano
Viola Cappelli – Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa
Francesca Cerea – Università di Bergamo
Francesca Degl'Innocenti – Università eCampus
Martina D'Onofrio – Università di Milano Bicocca
Andrea Maria Garofalo – Università di Trento
Donato Maria Matera – Università LUM G. Degennaro
Mario Natale – Università di Foggia
Susanna Sandulli – Università di Roma Tre
Daniela Santarpia – Università di Siena
Elisa Stracqualursi – Università di Pisa
Franco Trubiani – Università di Napoli Parthenope

Comitato dei Garanti per la valutazione scientifica/Referee Committee:
Guido Alpa – Università di Roma La Sapienza
Aurelio Gentili – Università di Roma Tre
Gianni Iudica – Università Bocconi di Milano

Valutatori/Referee
Giorgio Afferni (Università di Genova) – Enrico Al Mureden (Università di Bologna) – Francesco Astone (Università di Foggia) – Alberto Maria Benedetti (Università di Genova) – Roberto Bocchini (Università di Napoli Parthenope) – Fabio Bravo (Università di Bologna) – Ilaria Amelia Caggiano (Università di Napoli Suor Orsola Benincasa) – Giovanna Capilli (Università telematica San Raffaele, Roma) – Cristina Caricato (Università di Roma La Sapienza) – Donato Carusi (Università di Genova) – Cristiano Cicero (Università di Cagliari) – Claudio Colombo (Università di Sassari) – Maria Vita De Giorgi (Università di Ferrara) – Luca Di Donna (Università di Roma La Sapienza) – Paolo Gaggero (Università di Roma La Sapienza) – Claudia Irti (Università Ca' Foscari di Venezia) – Andrea Nervi (Università di Sassari) – Fabrizio Piraino (Università di Palermo) – Massimo Proto (Università Link di Roma) – Rolando Quadri (Università di Napoli Federico II) – Giorgio Resta (Università di Roma Tre) – Liliana Rossi Carleo (Università di Roma Tre) – Roberto Senigaglia (Università Ca' Foscari di Venezia) – Michele Sesta (Università di Bologna) – Sara Tommasi (Università del Salento) – Stefano Troiano (Università di Verona).

I contributi sono sottoposti alla procedura di revisione anonima (*single blind peer review)* nel rispetto dei criteri indicati nel vigente Regolamento Anvur.

© Copyright 2025 – Accademia Rivista dell'Associazione Civilisti Italiani

Iscrizione al R.O.C. n. 6269
Rivista online in open access periodicità quadrimestrale
ISSN 2974-8755

Direzione e Redazione:
Roma

Produzione e distribuzione
Pacini Editore srl – Via Gherardesca 1 – 56121 Pisa Ospedaletto – tel. 050 313011

Sommario

p. 383

CONFRONTI

Gianni Iudica, Progresso e civiltà | *Progress and civilisation* » 387

Vincenzo Roppo, La mitezza e la forza | *Of mildness and strength (Remembering Guido Alpa)* » 391

Michele Tamponi, Solidarietà: un tema assai caro a Guido Alpa | *Solidarity: a theme very appreciated by Guido Alpa* » 395

Enrico Quadri, Tra società e diritto: la famiglia come luogo di realizzazione della personalità dei suoi membri nella visione di Guido Alpa | *Between Society and Law: Family as Site for Realization of Its Members' Personality in Guido Alpa's Vision* » 401

Marisaria Maugeri, Guido Alpa, appassionato cultore del diritto europeo | *Guido Alpa, keen scholar of European private law* » 407

Laura Moscati, Guido Alpa e il Consiglio Nazionale Forense. Un ricordo | *Guido Alpa and the Consiglio Nazionale Forense. A Memory* » 413

Mauro Grondona, Il contratto, istituzione della libertà (un dialogico ricordo di Guido Alpa, giurista liberale) | *The Contract as an Institution of Freedom: A Dialogical Tribute to Guido Alpa, Liberal Jurist* » 419

ORIENTAMENTI

Maria Annunziata Astone, Adozione del singolo e famiglia monoparentale: le prospettive dopo la decisione n. 33/2025 della Corte Costituzionale | *Single Adoption and Single-Parent Families: Perspectives Following Constitutional Court Decision No. 33/2025* » 435

Emanuele Bilotti, L'accesso della persona singola all'adozione internazionale. Il supremo garante invade un ambito riservato al decisore politico? | *The individual's access to international adoption. Does the supreme guarantor invade an area reserved to the political decision-maker?* » 449

Valentina Calderai, Dalla "natura" alla società: l'adozione nel canone costituzionale | *From 'nature' to society. Adoption in the paradigm of the Italian Constitutional Court* » 469

Francesca Cristiani, Adozione da parte del *single* e interesse del minore | *Single-Parent Adoption and the Best Interests of the Child* » 477

Massimo D'Auria, Il principio del consenso nella procreazione medicalmente assistita | *The principle of consent in medically assisted procreation* » 495

Guglielmo Bevivino, L'interesse del minore quale criterio (non sempre correttamente) applicato dalle recenti sentenze nn. 68 e 69 della Corte Costituzionale | *The best interests of the child as a criterion (not always correctly) applied by Constitutional Court Rulings Nos. 68 and 69 of 2025* » 517

Teresa Pasquino, Recenti orientamenti giurisprudenziali in materia di responsabilità sanitaria | *Recent case law orientations on health liability* » 531

OPINIONI

Cesare Trapuzzano, Usucapione pubblica | *Public adverse possession* » 549

Iolanda Bisceglia, Sulle conseguenze applicative dell'abusivo frazionamento del credito | *On the Practical Implications of the Abusive fragmentation of credit claims* » 559

Fabrizio Calisai, Intelligenza artificiale e atti giudiziari | *Artificial Intelligence and judicial acts* » 575

Elena Bellisario, Nullità contrattuali: il problema delle restituzioni. Digressioni a proposito di Cass., 20 gennaio 2025, n. 1284 | *Contractual nullity: the problem of restitutions. Digressions about Cass., 20 January 2025, n. 1284* » 593

Viola Cappelli, Danni da farmaci: commistione tra regimi di responsabilità e allocazione del rischio da sviluppo | *Pharmaceutical damages: overlapping liability regimes and the allocation of development risk* » 615

INTERSEZIONI

Carmelita Camardi, Obbligazioni "ridotte". Fattispecie, forme e interessi | *On "obbligazioni ridotte". Types, forms, and interests* » 631

Tommaso dalla Massara, La riduzione, nella proposta di Mauro Orlandi | *The 'riduzione', in Mauro Orlandi's view* » 639

Mauro Orlandi, Dall'inesigibilità alla riduzione | *From 'inesigibilità' to 'riduzione'* » 645

Alberto Benedetti, Contratto - politica - diseguaglianze | *Contract - Politics - Inequalities* » 661

Noah Vardi, Contratto e innovazione tecnologica: qualche riflessione a margine del volume "Il contratto è politica" | *Contracts and Technological Innovation: a few notes on the book "Il contratto è politica"* » 665

Fabrizio Piraino, Riflessioni sulla nozione di contratto a partire da "Il contratto è politica" | *Considerations on the Notion of Contract from* 'Il contratto è politica' » 673

Antonio Albanese, Il romanzo e la legge: desiderio e morale nella cultura occidentale | *The Novel and the Law: Desire and Morality in Western Culture* » 691

Mauro Grondona, *Verità, memoria, oblio* intervista Vincenzo Cuffaro, Tommaso Edoardo Frosini e Teresa Grande | *Truth, memory, oblivion. Interview with Vincenzo Cuffaro, Tommaso Edoardo Frosini and Teresa Grande* » 703

OSSERVATORI

Angelo Venchiarutti, Uno sguardo alle riviste francesi di diritto civile. Novità in materia di *responsabilité civile délictuelle* | *A glance at French civil law journals. News on responsabilité civile délictuelle* » 713

Sommario

La scomparsa di Guido Alpa ha segnato profondamente la comunità scientifica. Nella Sezione che apre questo numero agostano, ne offrono concreta testimonianza gli scritti degli amici che, sotto il denominatore comune dell'affetto e dell'ammirazione, mettono in luce con accenti diversi i tratti della persona ed il contributo dato dallo studioso nei diversi campi dell'esperienza giuridica.

Provando a seguire l'esempio di Guido Alpa, **Accademia** ha inteso privilegiare non soltanto l'attenzione agli accadimenti giurisprudenziali e quindi alle decisioni che riflettono gli interessi di maggior impatto sociale, ma anche il dibattito sui fatti culturali, quali sono i libri anche attraverso i quali acquista consistenza la dimensione del giuridico.

Nei mesi appena trascorsi, tre pronunce della Corte Costituzionale hanno affrontato questioni che in diverso modo declinano il tema della filiazione. Alla sentenza di gennaio che, all'esito della declaratoria di incostituzionalità, ha in definitiva riconosciuto al *single* la possibilità di procedere all'adozione internazionale, hanno fatto seguito nel mese successivo due decisioni, pressoché coeve. In tali sentenze la Corte, per un verso, ha ritenuto non irragionevole il divieto per la donna *single* di accedere alla PMA, per altro verso ha invece affermato la irragionevolezza della disciplina legale sulla PMA là dove nega lo stato di figlio della coppia di donne quando una abbia fatto ricorso all'estero a tecniche di procreazione medicalmente assistita e l'altra abbia espresso il preventivo consenso alla PMA della *partner* e alla correlata assunzione di responsabilità genitoriale.

Temi assai delicati non soltanto rispetto alle singole disposizioni di legge investite dallo scrutinio di legittimità, ma soprattutto in quanto toccano nervi scoperti del sistema, imponendo una riflessione che si sposta a considerare il modello di famiglia nel quale il minore, il cui interesse è l'effettivo perno intorno al quale ruotano le diverse letture, sviluppa la propria personalità. Si comprende allora come, leggendo nella sezione **Orientamenti** il vivace dibattito sulla prima sentenza, cui partecipano con ricchezza d'accenti Maria Astone, Emanuele Bilotti, Valentina Calderai e Francesca Cristiani e l'altrettanto vivace dialogo tra Massimo D'Auria e Guglielmo Bevivino sulla seconda

coppia di sentenze, si incontrino espressioni – famiglia monoparentale, genitore sociale, madre intenzionale – che tutte rinviano alla formazione sociale alla quale oggi non senza difficoltà si riconduce il lemma famiglia.

La sezione **Opinioni** offre un vasto panorama.

Iolanda Bisceglia illustra la più recente decisione delle Sezioni Unite sul tema, ormai quasi classico, dell'abuso del diritto per frazionamento del credito e mette bene in luce come la soluzione adottata, per effetto della quale lo strumento delle spese di lite viene arricchito di una ulteriore funzione sanzionatoria, costituisca l'esito dell'impegno profuso dalla Corte per districare i nodi sostanziali e processuali determinati dalla vicenda concreta, cercando di pervenire ad un risultato di giustizia sostanziale, fondato su un bilanciamento tra il diritto d'azione e il dovere di lealtà processuale.

Il riferimento alla disciplina delle spese di giudizio torna anche in una interessante decisione di merito: il Tribunale di Firenze nega che sussista la responsabilità processuale aggravata conseguente l'utilizzo dell'intelligenza artificiale generativa, chatGPT, per la redazione di atti giudiziari. Al di là del caso concreto (per la soluzione del quale non viene in considerazione l'AI Act del quale, nel numero quattro di **Accademia**, è stato illustrato il significato) la vicenda è meno marginale di quanto possa apparire, giacché sembra tristemente annunciare una nuova stagione del 'fare diritto', esposta a inquietanti 'allucinazioni' del programma; su queste e su altre implicazioni del ricorso all'intelligenza artificiale riferisce diffusamente Fabrizio Calisai.

Elena Bellisario svolge una raffinata ricognizione dei nodi problematici suscitati dalla proposta di nuova rimessione alle Sezioni Unite dell'istituto dell'arricchimento senza causa, mentre Cesare Trapuzzano mette a fuoco i presupposti che dovrebbero consentire alla Pubblica Amministrazione di avvalersi di un altro istituto, l'usucapione, sempre studiato in ambito squisitamente privatistico.

Nelle pagine di **Accademia** emerge costante il rilievo assegnato alla responsabilità: nella sezione **Orientamenti,** Teresa Pasquino fa il punto sui tanti aspetti della responsabilità degli operatori sanitari, suggerendo di leggervi un sistema a sé stante nell'ambito della responsabilità civile; nella sezione **Opinioni,** Viola Cappelli torna a considerare, dopo una recente decisione del giudice di legittimità, il tema del danno da farmaci alla luce di diversi regimi di responsabilità; nella sezione **Osservatori,** Angelo Venchiarutti nell'offrire l'ormai consueta, intelligente lettura della riviste d'Oltralpe, ferma l'attenzione sull'inserimento nel *Code civil*, che già conosce il *préjudice écologique,* di una disposizione normativa che disciplina la responsabilità da «*troubles de voisinage*».

Assai ricca la sezione **Intersezioni.** Accanto all'intervista che Mauro Grondona, raccogliendo il testimone da Roberto Conti, conduce sul tema

affascinante della verità, questa volta declinato rispetto all'oblio e alla memoria, ed al sagace contributo che Antonio Albanese dedica al rapporto tra il romanzo e la legge, la Sezione ospita le riflessioni suscitate da due recenti fatti culturali: due libri sui temi dell'obbligazione e del contratto.
Fatti culturali, dei quali si diceva in apertura del Sommario e rispetto ai quali – ad evitare che l'esperienza del diritto si riduca a registrare gli orientamenti della giurisprudenza e le novità del legislatore – debbono essere privilegiate l'attenzione critica e la riflessione consapevole.
Entrambe, attenzione e riflessione, segnano i contributi che Carmelita Camardi e Tommaso dalla Massara dedicano al suggestivo libro di Mauro Orlandi, *Riduzione. Diritto senza forza*, illustrandone l'idea di fondo - condizione, remissione e *pactum de non petendo* operano riduttivamente rispetto all'obbligazione – ed esprimendo con un garbato dissenso, un condiviso plauso per la sfida intellettuale. Sfida che lo stesso autore ripropone nel denso saggio che **Accademia** è ben lieta di ospitare.
Alberto Benedetti, Noah Vardi e Fabrizio Piraino, prendendo le mosse dalle pagine dal libro intervista che gli autori Tommaso dalla Massara e Andrea Nervi, rispondendo alle domande poste da Giuseppe Guizzi, hanno affidato ad un titolo forse provocatorio: *Il contratto è politica*, analizzano il ruolo che la politica ed il mercato hanno assegnato al contratto: l'accentuazione della politicizzazione del contratto determinata dal diritto europeo, il rapporto tra innovazione tecnologica e contratto con il conseguente effetto della tecnologia digitale sull'organizzazione di mercati ed imprese, la necessità di una nuova dogmatica imposta dalla diverse epifanie del contratto soprattutto con riguardo ai contratti di massa e ai contratti a lungo termine, sono alcuni degli spunti che emergono dalla 'conversazione' con gli autori, a conferma che buone letture suscitano buone idee.
Buona lettura!

Progresso e civiltà

Giovanni Iudica
Prof. emerito dell'Università Bocconi

1. Vorrei rendere omaggio a Guido Alpa – con il quale abbiamo insieme avviato e portato a termine diverse iniziative, scientifiche e professionali, in quarant'anni di grande e operosa amicizia – con un ricordo. Si trattava di una riflessione nata dalla lettura di una notizia apparsa su un giornale. Veniva riportata l'opinione di una nota scienziata su un quesito curioso: quale è stato il momento in cui si può dire che sia nata la civiltà umana? Tutti coloro che hanno visto il film *Odissea nello spazio,* di Stanley Kubrick, ricordano l'impressionante *incipit*. Accompagnata dalle note potenti del poema sinfonico *Così parlò Zarathustra* di Richard Strauss, un essere dal folto pelo nero, a metà strada tra la scimmia e l'*homo sapiens*, in posizione eretta, afferra un osso lungo e robusto e con quello distrugge con sadica gioia la carcassa di un animale morto. Quell'essere, in quel momento, intuì di potersi avvalere di un mezzo capace di rendere più forti le proprie mani, di allungare il proprio braccio e di moltiplicare così la sua capacità di offesa e di difesa. Con un bastone in mano quell'essere si sentì invincibile, avrebbe potuto colpire un nemico o un animale da una posizione di vantaggio e in maniera di gran lunga più efficace che non a mani nude. Il passo successivo sarebbe stato la lancia (un bastone molto lungo e appuntito) e quello ancora successivo la freccia lanciata da una cerbottana o da un arco. Poi il dominio del fuoco, l'agricoltura, la ruota, la scrittura, via via sino all'intelligenza artificiale dei nostri giorni. Tutte conquiste importanti e decisive per il progresso umano e, certamente, quello rappresentato così efficacemente da Kubrick è stato senz'altro un passaggio decisivo per l'evoluzione dell'umanità.

Tuttavia, la scienziata che abbiamo prima ricordato afferma che non si deve confondere il "progresso" con la "civiltà". Quest'ultima sarebbe nata non già come ebbe immaginato Kubrick nel suo capolavoro, bensì quando per la prima volta il gruppo, invece di abbandonare al suo destino uno dei suoi membri ferito, o ammalato, o in difficoltà, si è preso cura di lui. Quando il gruppo, per la prima volta, si è comportato in maniera diversa dagli altri animali della savana o della giungla. Quando cioè nel gruppo è apparsa, per la prima volta nel mondo animale, la scintilla della solidarietà. Un leone, l'invincibile re della foresta, che si rompe una gamba e non può più correre e cacciare, ha una sorte segnata e certa. Nessuno si occupa più di lui. Il povero animale, abbandonato all'impotenza, in

breve tempo diventerà facile preda degli altri predatori, delle iene, degli avvoltoi, delle termiti.

Anche a me parve persuasiva l'ipotesi suggerita da quella scienziata: la civiltà non nasce da un bastone, ma dalla solidarietà.

2. Questa idea di distinguere tra progresso e civiltà mi portò, quasi per "effetto trascinamento", a un altro contesto storico, al tempo del graduale, inesorabile affermarsi del cristianesimo nell'epoca imperiale romana: in trecento anni, da credenza settaria, vietata e perseguitata, è diventato con l'imperatore Costantino addirittura religione di Stato. Molti studiosi, storici, teologi, sociologi, si sono impegnati a fondo nel difficile compito di individuare e comprendere i fatti, le ragioni, le correnti culturali, le motivazioni economiche, le crisi religiose e così via, che hanno prodotto il *Decline and Fall of Roman Empire*, per usare il titolo dell'insuperato capolavoro di Edward Gibbon. Eppure, nonostante ciò, restano ancora zone d'ombra, interrogativi senza risposta, dubbi ancora da chiarire.

È un fatto difficilmente confutabile che nei primi secoli dopo Cristo, la civiltà romana, o meglio greco-romana, non aveva confronti. Da tutti i punti di vista, politico, militare, urbanistico, ingegneristico, artistico, letterario, religioso, Roma era *caput mundi*. Tutte le strade portavano a Roma e da Roma tutte le strade consentivano a legioni, merci, cultura, ricchezza, di raggiungere senza difficoltà le più remote regioni dell'Impero. Eppure, nonostante tutto ciò, nonostante lo straordinario progresso raggiunto in tutti campi della conoscenza e della tecnica, si fece strada un modo di pensare nuovo e diverso che, nel giro di un paio di secoli, cambiò dalle fondamenta lo spirito dell'Impero.

I primi discepoli di quell'ebreo crocifisso furono subito perseguitati dalla potente classe sacerdotale giudea degli scribi e dei farisei e furono costretti a fuggire da Gerusalemme e a mettersi in salvo. Si erano sparpagliati un po' dovunque nei territori dell'Impero, aiutandosi l'un l'altro, portando con sé il ricordo indelebile del loro Maestro e soprattutto dei suoi insegnamenti. Cominciarono a creare piccole comunità di fedeli e a diffondere nella società romana le sue rivoluzionarie utopie e, soprattutto, il suo messaggio di carità, di compassione, di misericordia e di amore universale. Il successo travolgente di questo pensiero nascente fu dovuto non tanto alle promesse di vita eterna, che già erano ben note in altri culti (per esempio in quello egizio), o alla fede nella resurrezione della carne o nel monoteismo, che era largamente praticato in Palestina, in Oriente o in altri territori imperiali, quanto al fatto che le prime comunità cristiane cercavano soprattutto di essere utili al prossimo. Mentre la civiltà romana si occupava del "corpo sano", con i suoi trionfi militari, con le sue terme (*tepidarium*, *calidarium* e *frigidarium*) e con i suoi straordinari e cruenti giochi nel circo, le comunità dei seguaci di quel taumaturgo nazareno si occupavano delle persone fragili, degli umili, dei diseredati, dei bisognosi, delle vedove, delle ragazze madri, dei bimbi abbandonati, degli ammalati, degli anziani, dei vecchi, creando nella società una rete di sostegno e di consenso, che si diffondeva e che cresceva di giorno in giorno. L'Impero diffidava di queste comunità, che operavano in silenzio, nell'ombra, alcune addirittura in clandestinità, e le perseguitava soprattutto perché si rifiutavano di adempiere al dovere del buon *civis romanus* di onorare l'imperatore come una divinità.

I problemi teologici vennero in seguito. Essendo rigorosamente monoteisti, non era facile per i fedeli di quell'ebreo ribelle e visionario chiarire o stabilire la sua natura. Natura umana o natura divina? Era un uomo, creato da Dio, come tutti gli altri uomini, oppure no? Era forse un profeta, come Elia, Isaia, Daniele? Considerarlo un Dio al pari di Dio non significava disintegrare il monoteismo? I sapienti, i teologi, i filosofi, i padri della Chiesa studiavano, approfondivano, vagliavano, discutevano, litigavano, polemizzavano a volte aspramente, cercando di trovare una soluzione al problema *prima facie* insolubile. Dopo trecento anni di discussioni, di reciproche accuse di eresia, di miscredenza, di accanite contrapposizioni, l'imperatore Costantino perse la pazienza e impose, con il Concilio di Nicea (325 d.C.), di chiudere, in un modo o nell'altro, alla buon'ora, la *vexata quaestio*.

Ma non sono state le sottigliezze teologiche del Credo di Nicea che hanno determinato la crescente affermazione del cristianesimo nella società romana. E' stata bensì, come si è detto, la capillare diffusione nel tessuto della società pagana di una nuova sensibilità sociale: quella della carità, della filantropia, della solidarietà, quella di una nuova "civiltà", che finì per soppiantare quella pagana e, in gran parte, per sostituirsi ad essa.

Si può anzi affermare che proprio la Chiesa cristiana, fino al secolo scorso, fino a quando cioè il *welfare* fu assunto dagli Stati moderni tra i suoi compiti fondamentali, ha tenuto gelosamente per sé il monopolio, sostanzialmente, di tutte le principali istituzioni culturali e filantropiche. I libri erano custoditi e copiati dagli amanuensi, specialmente nei conventi religiosi, nelle confraternite, nelle chiese e nessun libro poteva essere pubblicato senza l'*imprimatur* ecclesiastico. Prima dell'apparizione delle scuole pubbliche (con Napoleone), i precettori che insegnavano (ai nobili) a leggere e scrivere (il latino) erano normalmente ecclesiastici. Ancora nei primi decenni del secolo scorso, nei villaggi e nei borghi, era il parroco a insegnare a leggere e a scrivere ai ragazzini più svegli, lasciando tutti gli altri analfabeti. La cura degli ammalati, nel corpo e nella mente, era sempre stata affidata alle mani amorevoli e possessive della Chiesa. I primi ospedali "laici" appaiono solo alla fine del medioevo, nel secolo XV, e sono l'*Hotel Dieu* di Beaune, voluto dal cancelliere Rollin, primo ministro di Philippe le Bon, e l'*Ospedale degli Innocenti* di Firenze. E non è senza significato che fino agli anni cinquanta del secolo scorso, tutto il personale infermieristico, anche degli ospedali pubblici, era ancora in prevalenza composto da suore, da monache, da religiose.

3. Viene spontaneo, sempre per "effetto trascinamento", riflettere sul binomio progresso tecnico e civiltà nei nostri tempi. L'affermarsi della rivoluzione industriale e di quella postindustriale, specialmente in Occidente e, negli ultimi decenni, pure in Oriente e in Estremo Oriente, ha determinato uno sviluppo dell'economia, della tecnica e del benessere senza precedenti e senza paragoni. Il progresso dell'umanità, in tutti i campi, da quello economico a quello sociale, da quello scientifico a quello culturale, ha fatto passi da gigante, passi da fare paura. Il "bastone" dell'ominide del film di Stanley Kubrick, simbolo del *progresso* umano, è oggi un'astronave o un missile che, grazie anche all'intelligenza artificiale, una volta raggiunta la Luna, punta ad atterrare su Marte o su altri pianeti nell'immensità dell'universo. Il bastone dell'ominide di Kubrick è oggi diventato una quantità inverosimile di bombe atomiche, che se dovessero scoppiare tutte insieme

ridurrebbero il pianeta a un buco nero. Anche la scintilla della solidarietà, simbolo della *civiltà*, si è sviluppata in maniera grandiosa, incorporandosi addirittura nelle principali ed essenziali istituzioni dello Stato. Il cosiddetto *welfare* (istruzione obbligatoria, scuole, ricerca scientifica, sanità, ospedali, librerie, mass media, teatri, stadi sportivi e così via) è una realtà che, in misura più o meno ampia, più o meno efficiente, è ormai parte integrante, e scontata, degli Stati moderni.

Nonostante questo straordinario progresso della "mano pubblica" nell'ampio settore del sociale, esistono tuttavia ancora ampi e importanti spazi che lo Stato, in tutto o in parte, non riesce adeguatamente a fronteggiare. Ed è proprio in questa vasta area di filantropia che quella scintilla di civiltà, di cui si parlava all'inizio, trova ancor oggi un senso e un concreto sviluppo. Anche nella società moderna, dunque, il territorio delle organizzazioni filantropiche, degli enti non profit, della solidarietà, se così si può dire, costituisce ancora oggi la punta di diamante non della tecnica, del progresso, ma della civiltà.

A questo punto, Guido abbassò il finestrino della macchina e respirammo una ventata di aria primaverile. La lunga chiacchierata sul tema della differenza tra progresso e civiltà si interruppe al momento in cui giungemmo a destinazione: il tempio di Tōshōgū, a Nikko. Avevamo lasciato a Tokio il gruppo dei colleghi che erano in viaggio con noi (Jaeger, Treu, Pasetti Bombardella, Procida Mirabelli di Lauro) e avevamo deciso di prenderci una mattinata di libertà. Quel tempio è famoso perché sull'arco di entrata, in una cornice di legno, sono scolpite le tre ben note scimmiette: una con la mano sugli occhi, l'altra con la mano sulla bocca e l'altra ancora con la mano sulle orecchie. La prima non vuole vedere il male, la seconda non vuole parlare del male e la terza non vuol sentire parlare del male.

Nel viaggio di ritorno, cercammo di capire quale fosse il significato dell'enigmatico messaggio delle tre scimmiette. Concludemmo che il problema non è di non vedere, non parlare oppure di non sentir parlare del male, ma più semplicemente è quello di cercare, se possibile, di non farlo.

La mitezza e la forza

Vincenzo Roppo
Prof. emerito dell'Università di Genova

1. Probabilmente la mia voce suonerà un po' dissonante dalle altre che abbiamo ascoltato e ascolteremo qui, oggi.

I "mondi di Guido Alpa", dai quali questo incontro vuole raccogliere testimonianze, sono il mondo dell'accademia, il mondo delle istituzioni, il mondo delle professioni legali. Mondi importantissimi, decisivi per definire la figura che oggi ricordiamo e onoriamo.

Ma io, personalmente, non posso ignorare che per me Guido – prima ancora che collega in accademia, servitore delle istituzioni, esponente di vertice dell'avvocatura italiana – è stato soprattutto l'amico di una vita.

E allora vorrei portare qui il ricordo dell'amico di una vita, sperando che nessuno si dispiaccia se ai tre mondi "pubblici" considerati dal programma ne aggiungo idealmente un quarto: il mondo "privato" delle relazioni interpersonali. E se da questo attingerò la mia testimonianza, seguendo un itinerario che – nella sua soggettività – sarà in qualche modo opposto a quello – implacabilmente oggettivo – percorso da Natalino Irti nella sua mirabile relazione.

2. Guido e io eravamo quasi conterranei: entrambi – lui bilateralmente, io solo per parte materna – con radici familiari nel basso Piemonte (sarà per questo Gianni, che lo immagini estimatore di Paolo Conte...).

E soprattutto eravamo quasi coetanei: ci separava un mese (tanto che a fine 2007 decidemmo di celebrare insieme il nostro 60° compleanno, con un'unica festa congiunta).

E i nostri percorsi nell'accademia cominciarono in totale simmetria, e sincronia.

Nel medesimo anno 1966 ci iscrivemmo, da inurbati genovesi, alla locale Facoltà di Giurisprudenza. E qui per la verità si registra un piccolo scarto: lui ci arrivò un paio di mesi dopo l'inizio dei corsi, perché – è un dato biografico che non tutti conoscono – inizialmente si era iscritto a Biologia, decidendo però quasi subito di cambiare dopo avere rilevato la carenze dei laboratori e delle altre strutture di supporto alla didattica e alla ricerca in quel campo. Guido da Biologia a Legge: una perdita per le "scienze dure", un bel guadagno per le scienze sociali!

A Giurisprudenza ci laureammo nella stessa materia (Diritto civile), con lo stesso relatore di tesi (Stefano Rodotà), e nello stesso giorno (16 luglio 1970).

3. Da quel giorno, e per cinque anni, fu frequentazione quotidiana negli Istituti di via Balbi (molto spesso festività incluse).

Fu la preparazione e il superamento nel 1974 – sempre di conserva – dell'esame per l'iscrizione all'albo (non quali avvocati ma quali procuratori legali, secondo l'ordinamento forense del tempo): una preparazione coltivata nelle ore, per lo più notturne e festive, che riuscivamo a ritagliarci nella pesante *corvée* assistentile che ci toccava.

E furono per vari anni vacanze-studio insieme, in Germania, a seguire corsi estivi di lingua tedesca.

4. Nel 1975 i nostri itinerari cominciarono a divergere: io incaricato ad Ancona (Facoltà di Economia dell'Università di Urbino), lui incaricato a Genova. Si ricongiunsero nel 1980 con la comune vittoria nel concorso a cattedra: dopo la quale lui fu chiamato a Genova, io a Pavia. Poi arrivai anche io a Genova, dove rimasi. Mentre lui prese il volo (in ogni senso) per Roma.

Ma sempre coltivammo la memoria di quegli anni fra il 1970 e il 1975, veramente simbiotici.

5. Poco più di due mesi fa – il 7 aprile scorso – si è svolto a Genova un evento per ricordare Guido, sotto un titolo che trovo molto felice: "Guido Alpa, maestro mite".

Senza dubbio è giusto definire Guido "maestro mite". È vero: era gentile, mai prevaricatore e tanto meno arrogante; la sua grande dote era una capacità che non so esprimere se non ricorrendo a una parola inglese come *compliance*. Capacità cioè di adesione agli altri, che sapeva ascoltare e, appunto, "compiacere" (nel senso alto e pulito, non triviale, del termine). Donde la sua straordinaria, superiore attitudine – un vero talento – a stabilire e coltivare relazioni: accademiche, professionali, ma soprattutto umane. Con un atteggiamento empatico ma mai intrusivo, sempre rispettoso dell'autonomia degli interlocutori.

6. Però io qui di Guido vorrei ricordare un'altra qualità, che si distacca dalla mitezza (anche se non le si contrappone affatto): questa qualità è la forza. Guido era una persona mite e *compliant*, ma era anche una persona forte, molto forte.

Forte nei principi, e nella fedeltà ai principi: "sono nato socialista e morirò socialista", diceva le poche volte in cui si concedeva, sobriamente, qualche esternazione politica.

Forte nel vivere una condizione personale per molti aspetti non facile, e nel rivendicarla anche sul piano teorico, come materia di quel "diritto di essere sé stessi" cui s'intitola un suo bel libro, che non è solo un libro accademico. Il "diritto di essere sé stesso" lui lo ha vissuto senza trionfalismo e senza vittimismo, con grande sobrietà e grande dignità (dignità: ecco un altra categoria cara a Guido). Sobrietà e dignità sono attributi che vanno molto d'accordo con la forza.

Infine Guido si è mostrato forte nelle fasi della sua vita in cui ha dovuto fare i conti con *défaillance* del suo fisico. Soprattutto nella fase più recente – dall'estate dell'anno scorso – quando ha dovuto fronteggiare condizioni di salute sempre più precarie.

7. Non stava bene. Eppure mai lo si è sentito lamentarsi. Sempre lo si è visto – nonostante la sofferenza – attivo, propositivo, proiettato ai mille impegni che continuavano ad affollarne l'agenda.

Soprattutto, mai lo si è visto depresso. La depressione, che spesso si associa all'avanzare dell'età e al declinare della salute fisica, non ha mai toccato e neanche sfiorato Guido. A differenza di quanto accade a tanti altri: da ultimo, a un personaggio come Vittorio Sgarbi, che dell'ego assertivo e dell'esuberanza vitalistica ha sempre fatto un segno della propria identità.

Ma appunto, a differenza di Guido, Sgarbi non è mite e nella relazione con gli altri è, notoriamente, più aggressivo, più antagonista che non *compliant*. E allora viene il sospetto che siano proprio la mitezza e lo spirito di *compliance* ad alimentare la forza – la forza dello spirito.

Guido era tanto fragile nel corpo, quanto forte nello spirito. Che sia di esempio!

Solidarietà: un tema assai caro a Guido Alpa

Michele Tamponi
Accademia dei Lincei

Solidarietà: un termine dai mille volti, dai mille colori, ma anche dalle molte ombre.

È questo, a ben vedere, il destino assegnato a parole ed espressioni polisemiche, ora intrise di alti e nobili valori, ora evocatrici di fatti, vicende, ideologie che hanno segnato la notte della ragione e delle coscienze. Valga, per tutti, il richiamo al "sano sentimento del popolo" di cui al codice penale della Germania nazista e all'uso che fu possibile farne in spregio al principio di stretta legalità.

Il tema è sempre stato assai caro a Guido Alpa, e basterebbe sfogliare il suo *Manuale di diritto privato* per rinvenirvi ampi richiami ai privati doveri di solidarietà sociale evincibili in primo luogo dagli artt. 2, 32 e 41 Cost. ed evocabili in più ambiti, e segnatamente in riguardo alla responsabilità civile: ciò che gli consente di ricordare che proprio in ragione di questi doveri chi ha causato il danno, o chi trae profitto dall'attività dannosa, deve ristorare le vittime di questa, e che la sicurezza nell'esercizio dell'iniziativa privata è uno degli obiettivi dell'ordinamento, in base al quale le attività economiche atte ad arrecare pregiudizio possono (o debbono) essere regolate in modo da prevenire il danno. Profili, questi, che ritornano nel saggio su "*La responsabilità civile tra solidarietà ed efficacia*" comparso nel 2004 sulla *Rivista critica di diritto privato*.

La sua attenzione in proposito muove da lontano, se già nel 1994 pubblicava in una delle riviste da lui co-dirette – *La nuova giurisprudenza civile commentata* – una concisa voce che richiamava, accanto alle previsioni sopramenzionate, gli artt. 3, 4, 10, 11, 31, 34, 37, 38 della Carta fondamentale, e che si concentrava sulla solidarietà nella prospettiva cattolica e in quella socialista, non trascurando l'eredità della dottrina francese *pre* e *post* rivoluzionaria, e accreditando alla solidarietà stessa ora il ruolo di limite, ora quello di obbligo, e comunque la portata di un vero e proprio valore universale.

L'appassionata attenzione ad essa lo avrebbe accompagnato per l'intera vita di studioso ma anche di esponente del foro ai massimi livelli. Significativamente, la sua relazione quale presidente del Consiglio nazionale forense svolta nel Congresso di Bari del 2012 aveva per titolo "*L'avvocatura per una democrazia solidale, il cittadino prima di tutto*".

In anni recentissimi, riprendendo l'antica passione Guido si è assunto l'onere di un'analisi a tutto campo attraverso un'opera monografica di contenuta mole ma ricca di meditato pensiero e di preziosi cenni alle riflessioni riservate al tema da larghe schiere di

studiosi di tutto il mondo e di tutte le epoche: liberi pensatori, eminenti politici, filosofi, giuristi, sociologi.

Sfilano così nelle fitte pagine, in una selva di puntuali richiami, i riferimenti alla *fraternité* figlia della Rivoluzione francese, alla fratellanza nel pensiero e nell'azione di Giuseppe Mazzini, alla dottrina sociale della Chiesa dalla *Rerum novarum* di Leone XIII alla *Quadragesimo Anno* di Pio XI per arrivare alla *Gaudium et spes* e alla *Populorum progressio* ascrivibili a Paolo VI nonché alla *Sollicitudo rei socialis* di Giovanni Paolo II. Riflessione massima, poi, è riservata alla solidarietà come principio normativo presente nella Costituzione di Weimar, nelle Costituzioni del secondo dopoguerra, nel diritto europeo, e ancora nel diritto privato nazionale.

Ne scaturisce un quadro di peculiare efficacia, che muove da un'idea di solidarietà dapprima riguardata come estranea al mondo del diritto, e via via penetratavi fino a divenire un vero e proprio principio giuridicamente rilevante, come del resto il titolo suggerisce: "*Solidarietà. Un principio normativo*".

Il punto di svolta – avverte l'autore – è l'ingresso del principio nelle grandi Carte e nelle Costituzioni: è da quel momento che viene attribuito al diritto un compito attivo nel definire le posizioni giuridiche soggettive e i rapporti del cittadino con lo Stato.

Se già nella citata Costituzione di Weimar del 1919 veniva tratteggiato un abbozzo di Stato sociale attraverso l'enumerazione di diritti da esercitare nella vita collettiva ed economica, sono però le Costituzioni del secondo dopoguerra – Gran Bretagna, Germania, Paesi scandinavi, Benelux, Portogallo, Spagna, Paesi ex socialisti – ad ammettere *pleno iure* la solidarietà tra i principi normativi: lo fa innanzitutto – sia pure timidamente e con esclusivo riguardo a circostanze eccezionali – la Costituzione francese del 1946, nel cui preambolo si legge che «*La Nazione proclama la solidarietà e l'eguaglianza di tutti i francesi di fronte agli oneri derivanti da calamità nazionali*». Né può essere trascurato, ed anzi si rivela gravido di implicazioni, il richiamo, in essa, alla *Dichiarazione* del 1789 e quindi alla storica triade *libertà-uguaglianza-fraternità*: riferimenti traslati poi nella Costituzione della Quinta Repubblica inaugurata da De Gaulle e tuttora vigente.

Quanto all'Italia, appare persino superfluo ricordare che la solidarietà campeggia nell'art. 2 della Costituzione, ove è stabilito che la Repubblica richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, ma incombe anche nell'art. 3 attraverso l'affermazione delle pari dignità sociale e dell'uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge e soprattutto chiamando la Repubblica alla rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale e al perseguimento del pieno sviluppo della persona umana.

In realtà, un importante ruolo le era stato assegnato già vent'anni prima, in pieno regime corporativo, dalla Carta del Lavoro. Illustrando la funzione di questo documento quale premessa al codice civile, il Ministro Guardasigilli aveva sottolineato che l'ordinamento corporativo era ora in grado di portare ovunque «*quel senso di solidarietà sociale che non contrappone tra loro, ma unisce e coordina i vari interessi individuali per il raggiun-*

gimento dei fini superiori della Nazione»[1]. «*In poche battute* – spiega Alpa a p. 97 – *si chiarisce allora il senso della solidarietà: è un sentimento, ma al tempo stesso un valore, un principio, e quindi un comando normativo*», e si assiste così al superamento della conflittualità in nome della solidarietà sociale, sia pure in un clima di chiara subordinazione dell'individuo allo Stato che è agli antipodi dell'impostazione sancita dalla Costituzione repubblicana.

Oltre che nelle Costituzioni nazionali, la solidarietà è presente nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – quella Carta deliberata a Nizza nel 2002 cui il Trattato di Lisbona approvato nel 2007 ha conferito efficacia giuridica vincolante – accanto ai valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà e di uguaglianza. Ma già compariva nel Preambolo del Trattato della Comunità economica, nel quale gli Stati firmatari manifestavano la volontà di «*intensificare la solidarietà tra i loro popoli*», nonché nell'art. 2 del Trattato stesso.

Il tema porta con sé inevitabili richiami ai principi della religione cattolica. "Amerai il prossimo tuo come te stesso" (Marco, 12, 31) è formula evangelica dai molti risvolti: chi è rivestito di autorità, deve esercitarla come servizio («*colui che vorrà diventare grande tra voi, si farà vostro servo*», Matteo, 20,26); chi è sottomesso all'autorità deve dare il proprio apporto ai poteri civili per il bene di tutti, in spirito di verità, giustizia e solidarietà (e qui riecheggia il notissimo "*Date a Cesare...*" presente nei testi di Matteo, Marco e Luca).

Ineludibile è quindi il richiamo alla solidarietà come vincolo per la «*famiglia umana*», secondo la formula della *Gaudium et spes*, cui sono riconducibili i contenuti della dottrina sociale della Chiesa: giustizia sociale, condizioni di lavoro adeguate, associazionismo dei lavoratori, organizzazioni cooperative, funzione della proprietà privata. Notevole, anche in quest'ambito, l'evoluzione e quindi il passaggio dall'ottocentesca *Rerum novarum* ai più recenti documenti: prese di posizione più nette, economia al servizio dell'uomo, lotta alle disuguaglianze indiscriminate, auspicio per una solidarietà collettiva che corregga le deviazioni di un capitalismo esasperato, pur nel segno di una feconda continuità che è ora efficacemente scandita dalla scelta del nome compiuta dal nuovo pontefice nel maggio scorso. E può aggiungersi, con specifico riguardo allo studio di Guido Alpa, che i riflessi della solidarietà in ambito religioso possono cogliersi plasticamente anche dalla riproduzione, in copertina, della notissima immagine di san Martino di Tours che divide con la spada il proprio mantello in favore di un mendicante infreddolito ed in ossequio alla regola di misericordia corporale "vestire gli ignudi".

Il fine civilista non poteva omettere di rivisitare la solidarietà nel diritto privato, ciò che ha fatto evadendo dall'angusta gabbia delle obbligazioni solidali ed espandendone la rilevanza a plurimi profili di ambito contrattuale – tra gli altri il recesso *ad nutum*, la riduzione d'ufficio della clausola penale, l'escussione della polizza fideiussoria – per spingersi ad ulteriori prismi del diritto dei privati: l'attenzione dell'operatore economico alla sostenibilità ambientale, espressione anch'essa di un impulso solidale a beneficio

[1] Così scriveva il Ministro Grandi nella Relazione al Re presentata per l'approvazione del testo del codice civile, par. 4.

dell'intera collettività, le imprese sociali, gli enti senza finalità lucrative. E proprio ai soggetti naturalmente altruistici è dedicata l'ultima fatica del grande Maestro, costituita dal commentario al Codice del Terzo Settore, da poche settimane comparso postumo per i tipi della Pacini Giuridica.

Una nota malinconica accompagna l'itinerario dello studioso, ed è dato coglierla nell'intitolazione del capitolo X ("*Un'Europa solidale?*"). Quel punto interrogativo mira a sottolineare la fragilità e l'esitazione con cui il principio di solidarietà è stato applicato nel Vecchio Continente «*in alcuni momenti particolarmente significativi*»: istituzione dell'euro, controllo delle migrazioni, risoluzione della crisi economica, contrasto alla pandemia, reazioni alla guerra in Ucraina. Ne scaturiscono caute riserve sull'introduzione dell'euro in Italia, pur accompagnate dall'ammissione della difficoltà di appurare «*se la situazione economica senza euro sarebbe stata migliore*»; sul severo meccanismo di stabilità che a seguito della crisi economica mondiale del 2008 ha trascinato la Grecia al sostanziale fallimento; sulle particolari ed assai onerose incombenze cui sono chiamati gli Stati membri la cui frontiera viene varcata illegalmente, con il conseguente ed evidente pregiudizio per i Paesi «*più esterni*» (Grecia, Italia e Spagna per le immigrazioni marine; Paesi dell'Est per quelle terrestri); sulla gara tra gli Stati per accaparrarsi quantitativi di vaccino in conflitto con gli altri, fonte di penalizzazione per i più lenti e i più poveri. Stringata ma penetrante attenzione investe poi le sanzioni economiche comminate alla Russia «*per la scellerata guerra ucraina*», sanzioni che – scrive l'attento e profondo osservatore – si scontrano con le bilance commerciali che i singoli Stati hanno con quel Paese, con le disponibilità di materie prime sulle quali ciascuno Stato può contare, e con tanti altri fattori che differenziano e allontanano gli Stati membri gli uni dagli altri.

Sul tema dell'aggressività putiniana ritorna la pagina di congedo per rimarcare l'insorgenza di questioni delicate e di gravi problemi anche sul piano della solidarietà: forse un'allusione, tra le righe, all'ipocrisia di forniture militari bensì doverosamente effettuate dall'Occidente al Paese aggredito, ma accompagnate da forti condizionamenti territoriali al loro uso. Una solidarietà dimidiata, insomma, fatta più di parole e di gesti plateali che di trasparente e coraggiosa disponibilità ad assumerne fino in fondo le responsabilità e, perché no, anche i rischi conseguenti.

L'autore di queste brevi notazioni ricevette in dono il libro in questione con una dedica di cui conserva viva memoria, e nella quale spiccavano le parole: "*... un libro divulgativo, ma scritto con passione*". Molte sono le riserve sul riduttivo attributo (emblematico della modestia e dell'umiltà costituente il tratto della persona), ma certamente condivisibile è il confessorio assunto circa l'animo con cui lo studio è stato condotto: un'opera, a ben vedere, che denota la sensibilità e quasi il religioso ossequio verso un principio normativo – un concetto giuridico imperativo – che attende ancora di esprimere, attraverso l'impegno della società civile e dei giuristi in particolare, tutte le sue potenzialità.

Non è forse un caso – si potrebbe qui osservare a modo di conclusione – che gli splendidi convegni di aggiornamento professionale a beneficio degli avvocati, mirabilmente organizzati per molti anni dal caro Guido nella veste di presidente del Consiglio Nazionale Forense, si siano svolti nel complesso monumentale romano di Santo Spirito in Sassia, cioè in quella struttura – l'antica *Schola Saxonum* – concepita in pieno Medio

Evo quale ospizio per il ricovero di vagabondi e viandanti, poi trasformato in brefotrofio per l'infanzia meno fortunata e, di pari passo, in centro di accoglienza e cura dei malati. Il principio di solidarietà, scrive lui nella pagina di congedo, è un'opera aperta. Il suo cammino è lungo e tortuoso, e senza fine.

Tra società e diritto: la famiglia come luogo di realizzazione della personalità dei suoi membri nella visione di Guido Alpa

Enrico Quadri
Già prof. ord. dell'Università di Napoli Federico II

Quello concernente il diritto di famiglia non rappresenta certamente uno dei segmenti quantitativamente più consistenti della ricchissima produzione scientifica di cui siamo debitori a Guido Alpa, ma, nel confermare il suo interesse di studioso poliedrico per tutti i campi dell'esperienza giuridica (e oltre), può rappresentare una sorta di cartina al tornasole con riferimento al suo atteggiamento complessivo nei confronti del rapporto tra diritto e società.

Così, una volta assunto come punto fermo – da cui sostanzialmente muove nell'ultimo saggio in materia, che ben si presta ad essere assunto come sintesi del suo pensiero intitolato a "La famiglia nell'età postmoderna. Nuove regole, nuove questioni" e pubblicato nella Rivista trimestrale di diritto e procedura civile del 2023 – quello secondo cui "la famiglia è lo specchio della società, più che del diritto", se non meraviglia certo la simpatia con cui egli guarda alla felice raffigurazione di Paolo Zatti di una "immagine di famiglia" destinata a risultare "deformata" nello "specchio del diritto", coerente si presenta lo sviluppo della sua riflessione che, non a caso, affonda solide radici nell'indagine demografica e sociologica.

Quasi inevitabilmente, allora, la sua attenzione ha finito con l'essere attirata – come attesta già un contributo pubblicato nella Giurisprudenza italiana del 1989, appunto intitolato a "La famiglia di fatto. Profili attuali" – proprio da uno dei profili della problematica familiare in cui maggiormente si è avvertita la dialettica tra la realtà sociale (quella "evoluzione sociale", cioè, "che ha superato la fantasia dei giuristi") ed il diritto, considerato, comunque, "mai neutrale, neppure quando omette di disciplinare un rapporto, perché non disciplinandolo lo rende lecito". Il tema della "famiglia di fatto", in effetti, non poteva che apparigli sintomatico delle modalità con cui il diritto si è, nel tempo, rapportato alla fenomenologia familiare, quale concretamente innervata nel divenire della società.

In proposito, sullo sfondo di un, neanche troppo lontano nel tempo, "orientamento gravemente punitivo della famiglia di fatto", le dinamiche dell'ordinamento – in quella prospettiva di "diritto vivente" che ne costituisce la chiave di indagine del nostro autore

– sono osservate nel filtro della "evoluzione in dottrina e giurisprudenza", in particolare attraverso la lodevole opera anticipatrice della Corte costituzionale e della Corte di cassazione, sensibili al relativo "ruolo sociale". Fino alla espressa sponda legislativa offerta dalla legge n. 76 del 2016, la cui portata, pur non del tutto sottovalutata – ed in tal modo finendo col confermare un pessimismo di fondo circa la funzione svolta in materia dallo strumento legislativo – non è certo vista come manifestazione adeguata di quel coraggio che, qui, sarebbe stato richiesto ad un legislatore realmente attento alle correnti che percorrono impetuosamente la nostra società. Insomma, come viene sottolineato – facendo così proprio un diffuso giudizio di certo non pienamente positivo in ordine all'intervento operato dal legislatore – nel contributo pubblicato nel 2016 nella Nuova giurisprudenza civile commentata e intitolato "La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico", essendosi trattato "più di un consolidamento e di una legittimazione (anche morale) che non di una innovazione straordinaria".

Se, poi, sicuro merito dell'indagine giuridica di Guido Alpa è quello di condurla sempre senza confonderne i piani temporali, come purtroppo – per scarse attitudini metodologiche o, forse ancor più gravemente, per tendenziosità nella rappresentazione delle relative dinamiche – spesso accade ad altri, non giunge inaspettato che pure nell'indagare il "percorso dei giuristi" in merito alle problematiche giusfamiliari emerga una simile attitudine.

Basti, in proposito, richiamare il suo atteggiamento nei confronti della ricostruzione di Arturo Carlo Jemolo, con quella immagine della "famiglia" come "isola che il mare del diritto può solo lambire, ma lambire soltanto", cui diffusamente viene addebitato uno scarso realismo nell'apprezzamento del ruolo del diritto nei confronti del fenomeno familiare. In effetti, con chiarezza, secondo il più condivisibile atteggiamento al riguardo, la posizione dell'insigne giurista viene correttamente collocata, e in termini di "discorso coraggioso", nel contesto di un ordinamento, all'epoca, ancora esplicitamente ispirato da una ideologia "interventista", funzionale a riprodurre nella famiglia "la gerarchia statale", asservendola alle tensioni ideologiche di uno Stato non certo sensibile alla dignità da riconoscere agli interessi individuali. Al contempo, gli viene riconosciuto, il pure spesso ignorato merito di essersi, "primo tra i giuristi" (addirittura anticipando, così, anche le riflessioni dei costituzionalisti), avveduto della portata valoriale di rottura con le concezioni (ancora) correnti delle prese di posizione della Costituzione in materia familiare.

La propensione di Jemolo per un diritto che sia il meno invasivo possibile del territorio familiare finisce, insomma, col risultare pienamente giustificata sul piano di una corretta storicizzazione del pensiero giuridico, anche al di là, quindi, dei limiti insiti in quella sua visione solo "programmatica" delle norme costituzionali, destinata a caratterizzare una fase del nostro ordinamento che, con la – divenuta ormai quasi proverbiale – immagine di Francesco Donato Busnelli, è stata indicata in termini di "preistoria" dell'applicazione dei principi costituzionali della famiglia.

Non può essere considerato certo casuale l'interesse dimostrato per la posizione espressa da Jemolo ed il suo apprezzamento in una chiave solidamente storica. Guido Alpa, in effetti, all'interrogativo vertente sul "compito del diritto" nel suo rapportarsi al fenomeno familiare, tra "astensione" ed assunzione di un "compito propulsivo", pare

mostrare una propensione alla valorizzazione di quest'ultimo. Ma, appunto, solo a patto che ciò valga a contribuire all'inveramento dei "valori fondamentali tutelati dalla costituzione", svolgendo, in proposito, insomma, un ruolo ben diverso da quello "opprimente e soffocante ... temuto da Jemolo nei primi anni del dopoguerra".

La "funzione protettiva, propulsiva e di garanzia" che il diritto è chiamato a svolgere, e così l'apprezzabilità, appunto, dell'azione di uno "Stato come propulsore dei diritti", vengono calibrate, allora, in base alla relativa attitudine al assicurare il pieno dispiegamento dei "diritti fondamentali" della persona, anche quali, ormai, "riconosciuti dalla carta di Nizza". Quei "diritti fondamentali", solo la cui garanzia realizzativa dell'individuo inteso come "persona" – l'ansia per la cui "dignità" rappresentando il filo conduttore dell'intera opera scientifica dell'autore – vale, del resto, a realizzare quel "Diritto di essere se stessi", al quale risulta significativamente intitolato il suo volume del 2021, che ben può essere considerato, appunto, quale sintesi e prezioso lascito del pensiero di Guido Alpa.

La riflessione sui suoi apporti alla dottrina del diritto di famiglia potrebbe forse chiudersi proprio con una simile caratterizzazione complessiva dell'atteggiamento da lui tenuto nei confronti della funzione cui è chiamato a svolgere lo strumentario giuridico, proprio per la relativa rilevanza, quindi, meritevole di essere reputato di peso tutt'altro che secondario. Anche perché, in fondo, un simile atteggiamento finisce idealmente – nell'avallare una prospettiva equilibratamente promozionale del diritto in materia familiare – col riallacciarsi al messaggio che la Corte costituzionale volle lanciare in quelle sue fondamentali sentenze nn. 126 e 127 del 1968, le quali si possono senz'altro considerare tali dall'avere posto fine alla (come dianzi individuata) fase della "preistoria" dell'applicazione dei principi costituzionali della famiglia nel nostro ordinamento. Quando la Corte, evidentemente reputando ormai maturi i tempi – senza con ciò operare (sempre pericolose) forzature eccessive delle sensibilità diffuse nel tessuto concreto della società – intese determinare una rottura con la propria precedente giurisprudenza, in particolare evidenziando come, alla luce della rilevata emancipazione della donna "fino a raggiungere piena parità con l'uomo", "lo Stato non può avallare o, addirittura consolidare col presidio della legge (la quale, peraltro, contribuisce essa stessa, in misura rilevante, alla formazione della coscienza sociale) un costume che risulti incompatibile con i valori morali verso i quali la Carta costituzionale volle indirizzare la nostra società".

Pare il caso, peraltro, almeno di accennare a come l'attenzione prestata per l'assoluta centralità della "persona" (e, quindi, delle prerogative dei singoli membri della famiglia assunti in tale veste), anche quale obiettivo primario dell'azione dello Stato e del suo diritto nei confronti della famiglia, finisca con l'allineare l'atteggiamento dell'autore alle più feconde correnti del nostro pensiero giuridico. Correnti che, muovendo dagli stimoli premonitori offerti alla discussione in materia da voci enciclopediche come quelle di Rosario Nicolò e di Cesare Massimo Bianca già agli albori degli anni '60, passano attraverso i decisivi apporti dei contributi monografici di Ugo Majello e di Francesco Campagna e della voce enciclopedica di Pietro Barcellona alla metà degli stessi anni '60, per giungere fino agli approdi della dottrina a cavallo della Riforma del 1975 (nel cui ambito non si può fare a meno di segnalare gli scritti – e in particolare l'ampio ed innovativo commento dell'art. 29 della Costituzione – di Mario Bessone, al quale è stato in maniera significativa

legato il percorso scientifico di Guido Alpa), ormai sostanzialmente unanime, salvo qualche (e sia pure autorevole) voce dissonante, nel superamento delle teorie organicistico-istituzionali della famiglia.

Superamento, questo, ormai irreversibilmente e senza alternative credibili imposto, del resto, dalla (invero notoriamente assai sofferta) introduzione, nel 1970, dell'istituto del divorzio nel nostro ordinamento. Introduzione, non a caso, atta a rappresentare, secondo una diffusa e condivisibile constatazione, la vera svolta – forse più, insomma, di quella connessa alla stessa Riforma del 1975 – del nostro diritto di famiglia. E ciò soprattutto alla luce della peculiare configurazione rimediale impressa a tale istituto, con la relativa decisa scelta di fondo a favore di un modello familiare tendente a valorizzare e privilegiare, rispetto ai vincoli di carattere formale, il profilo solidaristico-affettivo come momento di aggregazione e di reale legittimazione della comunità di vita, quale luogo elettivo, appunto, di manifestazione e potenziamento della personalità di ciascuno dei suoi membri.

La convinta adesione di Guido Alpa alla concezione tendente ad assumere l'interesse di ciascuno dei suoi membri – guardato nella sua irripetibile qualità di "persona" – come reale centro di gravità dell'esperienza familiare e di ogni suo positivo apprezzamento sul piano sociale, alla luce della delineazione di una periodizzazione dei "rapporti tra famiglia e diritto" che colloca nella relativa (attuale) terza fase il trionfo di una simile concezione in termini di "epoca dei diritti fondamentali", lo induce a ritenere, a ben vedere, "più rilevante l'intervento del legislatore in materia di convivenze che non quello in materia di unioni tra persone dello stesso sesso". E proprio in considerazione di ciò a considerare, come si visto dianzi, troppo timido il riconoscimento di giuridica dignità alla famiglia di fatto, quale operato con la legge n. 76 del 2016.

Al riguardo, sembra possibile intuire come, alla base di una simile presa di posizione vi sia la consapevolezza di quanto la salvaguardia dei diritti fondamentali all'interno di tale forma di esperienza di vita familiare – una volta reputato opportuno senz'altro "parlare di *famiglie*" di pari dignità sociale – costituisca ancora risultato tutt'altro che di scontato conseguimento. Ciò a differenza che con riferimento alla famiglia fondata sul matrimonio, se non altro per l'impulso dato alla promozione della salvaguardia dei diritti dei relativi membri dall'espresso dettato costituzionale dell'art. 29; ma, tutto sommato, pure a differenza che con riferimento, appunto, alla medesima unione civile, almeno una volta ormai superati nella famiglia (e nei suoi diversificati "modelli"), anche come effetto dell'incontenibile onda lunga degli orientamenti sopranazionali, i più odiosi atteggiamenti discriminatori fondati sugli orientamenti sessuali manifestati nel nucleo degli affetti.

La conclusione cui giunge l'autore nel recente saggio da cui, in larga misura, muovono le considerazioni qui svolte, è quella, espressa in termini asciutti e per ciò stesso maggiormente incisivi, secondo cui "tutelare la famiglia significa tutelare i diritti fondamentali dei suoi membri". Ed è difficile ritenere casuale che, nel contesto della ricostruzione delineata, una tale netta affermazione segua immediatamente, nel paragrafo finale, la constatazione, quale ulteriore ed attuale "linea di sviluppo" dell'atteggiamento dell'ordinamento nei confronti della famiglia, quella riassumibile nella "accentuata 'privatizza-

zione' del diritto" che la concerne. In effetti, non può essere che la preoccupazione per i possibili riflessi di una simile tendenza – già avvertita decenni orsono nelle premonitrici parole di Pietro Rescigno – sull'adeguata tutela dei diritti fondamentali dei membri della famiglia a fondare l'ammonizione secondo cui "gli effetti" dei "negozi familiari", "da tutelare … se conformi ai principi dell'ordinamento", siano, invece, "da reprimere", ove si presentino ad essi "contrari". E, significativamente, un simile pericolo viene ravvisato quando "vi è disparità tra le posizioni dei coniugi o dei conviventi".

Proprio in una simile allusione ai "conviventi" come protagonisti, al pari dei "coniugi", dell'esperienza di vita familiare – e, come tali, al pari di essi meritevoli di adeguata protezione da parte dell'ordinamento nella realizzazione dei loro diritti fondamentali nella famiglia – sembra, allora, forse da cogliere la direzione che Guido Alpa addita al nostro diritto di famiglia: a fronte di un cammino, iniziato ma ancora lungi dall'essere concluso, far sì che quella "progettualità" di "vita familiare", la quale la stessa giurisprudenza ormai reputa esplicitamente caratterizzare la convivenza non meno del coniugio, si concretizzi in una reale garanzia di uguali diritti reciproci.

Guido Alpa, appassionato cultore del diritto europeo

Marisaria Maugeri
Prof. ord. dell'Università di Catania

Chi ha avuto la fortuna di conoscere Guido Alpa non può non esser stato colpito dall'entusiasmo con cui accoglieva e portava avanti le sollecitazioni intellettuali.

L'empatia e la determinazione che caratterizzavano umanamente la Sua persona, emergevano anche nel Suo trattare alcuni temi.

Guido Alpa si accostava in modo "partecipato", seppur sobrio, alle vite degli amici e ai temi. Era un uomo, come hanno già sottolineato altri colleghi nei giorni successivi alla Sua scomparsa, realmente generoso.

Dedicava il Suo tempo a persone e temi come se ne avesse tantissimo. Mai una volta, nei diversi incontri con me, ha fatto cenni, ancorché garbati, per sollecitare la fine di una discussione. Come ci siamo detti con un'amica e collega, doveva avere scoperto una formula per dilatare il tempo perché solo così si può spiegare come sia riuscito a studiare in modo brillante tanti temi e a dedicare tanta attenzione, reale e affettuosa, a molti di noi.

In questa sede, ovviamente, ciò che assume rilievo è la figura professionale.

Professionalmente amava le sinergie.

Illustrerò brevemente due esperienze che ho avuto l'onore di poter condividere con Lui e che mi hanno consentito di osservare il modo in cui si muoveva fra i vari mondi e, come dicevo, l'entusiasmo con cui portava avanti le iniziative culturali.

La prima, più risalente, riguarda il progetto dell'armonizzazione del diritto privato europeo. Ho detto risalente anche se, per il vero, da ultimo aveva ripreso vigore in ragione della proposta, proveniente dall'Associazione *Henri Capitant*, relativa a un nuovo progetto di uniformazione nella pratica degli affari (*European Business Code*). Circostanza valorizzata da Guido, che aveva subito organizzato un Convegno, che si è tenuto in Sapienza il primo dicembre 2022.

Guido Alpa era sinceramente europeista e si spendeva con passione affinché i progetti di uniformazione, oltre che di armonizzazione, potessero andare in porto.

Lo faceva, come ho già detto, creando sinergie fra i mondi a cui apparteneva perché le passioni vere non possono rimanere confinate e la Sua tensione verso la costruzione di un'Europa forte era profonda.

Il progetto di armonizzazione, come è noto, è nato in ambiente accademico agli inizi degli anni ottanta del secolo scorso. Il Parlamento europeo, a dire il vero, aveva - con due successive raccomandazioni del 1989 e del 1994 - espresso l'esigenza di cominciare a lavorare sulla possibilità di redigere un Codice Europeo di Diritto Privato, sostenendo che l'armonizzazione del diritto privato sarebbe stata essenziale per il completamento del mercato interno.

Non c'è, però, dubbio alcuno che la spinta più forte verso una qualche forma di armonizzazione (dalla mera razionalizzazione dell'esistente alla redazione di un vero e proprio codice) provenisse dall'accademia europea.

A partire dagli anni novanta del secolo scorso, anche in Italia, molti autori italiani hanno cominciato a prestare attenzione al tema dell'armonizzazione.

Guido Alpa fra questi. La specificità del Suo impegno, però, risiedeva, come ho già detto, proprio nell'agire su diversi fronti.

Basta leggere la Sua Relazione introduttiva al libro della nostra Associazione, su "I nuovi confini del diritto privato europeo. *New borders of European Private Law*" (Giuffrè, 2016), e quella contenuta nel volume su *The Proposed Common European Sales Law – the Lawyers' View* (Sellier, 2012) per comprendere quanto fossero numerosi i fronti (o, utilizzando la parola scelta dagli organizzatori di questo incontro, i mondi) attraverso i quali perseguiva il Suo impegno.

Guido Alpa ha partecipato ai lavori di redazione dei testi europei, ha istituito un Master in Diritto privato europeo e organizzato seminari sia nella Sua Università che all'interno del contesto associativo, ha coinvolto gli avvocati italiani, ha collaborato alle iniziative del CCBE e, ovviamente, ha scritto sul tema.

Guardiamo più nel dettaglio, seppur nei limiti del tempo assegnato, il Suo impegno.

Guido Alpa, come dicevo, ha, in primo luogo, partecipato (come componente del *Coordinating Group*) ai lavori dello *Study Group on the European Civil Code*, inizialmente in qualità di rappresentante dell'Università di Roma La Sapienza (dal 1995), e successivamente come membro (dal 2004 come Presidente) del Consiglio Nazionale Forense. Ricordo a me stessa che lo *Study Group on the European Civil Code*, presieduto da Christian von Bar, insieme al *Research Group on EC Private Law* (*Acquis Group*), ha redatto il noto *Draft Common Frame of Reference*.

Nella Sua Università, la Sapienza, ha istituito un Master di Diritto privato europeo. Molti dei colleghi qui presenti sono stati invitati e, forse, ricorderanno, che ogni volta che c'era un seminario lui si informava curiosissimo su eventuali novità che gli fossero sfuggite.

Il Master era solo un tassello dell'impegno profuso in Sapienza nell'organizzare convegni sul tema. Impossibile ricordare i convegni importanti dedicati, ad esempio ma non solo, alla CESL.

Quale Presidente dell'Associazione civilisti italiani ha organizzato incontri di riflessioni e confronto, non solo fra giuristi italiani che si occupavano del tema, ma anche, soprattutto, fra giuristi europei. Uno dei volumi che ho citato è proprio la raccolta degli Atti di un convegno che ha visto la presenza di numerosi colleghi stranieri di chiara fama.

Oggi, forse, anche fra i civilisti, è più comune invitare colleghi non italiani ma allora non lo era. Il confronto fa crescere e noi, allora ragazzini, abbiamo imparato molto partecipando agli incontri.

Guido affermava con orgoglio che la nostra Associazione aveva assunto il settore del diritto privato europeo e l'armonizzazione di questo "come uno dei terreni elettivi di studio e ne ... [aveva] fatto oggetto di riflessioni e di raccolte di saggi, oltre che di contatti con i centri accademici votati all'analisi degli istituti e dei progetti".

Nel 2000, quando ancora era solo componente del Consiglio Nazionale Forense, aveva spinto affinché il CNF seguisse i diversi gruppi di lavoro accademici che si occupavano, con prospettive diverse, di armonizzazione.

Ha fatto parte dello *Study Group on European Private Law*, coordinato Friedrich Graf von Westphalen, intaregendo così con il CCBE (*the Council of Bars and Law Societies of Europe*, e cioè il Consiglio degli Ordini e delle Società di Diritto dell'Europa che, principalmente, promuove le opinioni degli avvocati europei e difende i principi giuridici su cui si basano la democrazia e lo stato di diritto).

Tutte queste esperienze non rimanevano fra loro separate.

Faccio solo alcuni esempi, dei tanti che si potrebbero fare.

Come ci racconta lo stesso Guido Alpa, sotto la Sua presidenza i convegni annuali di formazione giuridica organizzati dal CNF prevedevano sempre una sessione dedicata al diritto privato europeo e all'armonizzazione e, in quella sessione, i relatori erano scelti con il sostegno dell'Associazione dei civilisti italiani, che lui presiedeva.

Il CNF ha organizzato incontri insieme al CCBE, al Master e alla Commissione europea.

Immancabilmente alla fine degli incontri diceva: dobbiamo portare avanti questo progetto, non si può abbandonare.

Io ero, e sono, più perplessa rispetto al portare avanti l'uniformazione del diritto privato europeo, almeno fino a quando non si realizzi una complessiva modifica dell'architettura istituzionale europea. Ciò che mi lascia perplessa, cioè, è l'attuale modello di funzionamento della Corte di giustizia.

La Corte è stata pensata per un contesto diverso. Oggi le discipline dell'Unione europea coprono molti più campi rispetto al passato e la Corte di giustizia, così come è organizzata, non è in grado di essere giudice di ultima istanza (intendo dire, giudice che, in caso di rinvio pregiudiziale, detta l'interpretazione delle norme, vincolando così le corti nazionali) su campi così diversi.

La riforma approvata il 12 agosto 2024, che ha modificato il Protocollo n. 3 sullo statuto della Corte di giustizia dell'Unione, trasferendo, fra l'altro, parte della competenza pregiudiziale al Tribunale, è, secondo me, del tutto insufficiente. Tutti i processi di armonizzazione e uniformazione del diritto europeo devono, secondo me, fare i conti con i limiti della Corte.

Guido, invece, come ho detto, auspicava fortemente una maggiore armonizzazione.

Ho potuto osservare la Sua passione per il Diritto Europeo, questa volta riferito alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, anche in occasione di un progetto della Scuola Superiore della Magistratura.

Il compito del giudice, come è noto, è diventato per molte ragioni particolarmente complesso. Tra queste ragioni, non ultima, c'è quella che al di sopra dell'ordinamento giuridico italiano, seppur con qualche limite, si trovano gli ordinamenti dell'Unione Europea e del Consiglio d'Europa con i quali quello nazionale deve armonizzarsi ponendo all'interprete un non facile compito, che si complica ulteriormente perché i due sistemi europei sono dotati di organi giurisdizionali, anch'essi sovraordinati. Così è anche e soprattutto a questi organi che il giudice deve fare riferimento, perché è dalla loro giurisprudenza che emergono le norme e i princìpi ai quali egli deve conformarsi.

Al fine di facilitare il difficile compito a questi affidato, la SSM ha deciso di promuovere la realizzazione di uno studio dedicato al tema del diritto europeo e il ruolo del giudice nazionale. Nel far ciò, ha ritenuto opportuno chiedere ad autorevolissimi magistrati e colleghi di coordinare specifiche parti dell'opera.

Sono stati pubblicati tre volumi[1] e il secondo e il terzo sono stati coordinati, oltre che da Giacinto Bisogni, Margherita Cassano, Maria Giuliana Civinini, Lorenzo D'Ascia, Piero Gaeta e Alberto Giusti, proprio da Guido Alpa.

I due volumi, secondo e terzo dell'opera, come ho già detto, sono dedicati alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla Corte di Strasburgo nel sistema del Consiglio d'Europa.

Guido Alpa ha accettato con sincera gioia e grande, grandissimo, entusiasmo la proposta e ha seguito con reale trasporto i lavori. Non è mai mancato a uno dei numerosi incontri che si son tenuti per impostare il lavoro e portarlo a buon fine. Ha coinvolto i giovani, ha dato spunti di riflessione e ha anche scritto delle interessantissime pagine sul rispetto della vita privata e della vita familiare.

Ha voluto presentare i tre volumi in Sapienza. Il cofanetto che contiene l'opera è ancora sul tavolo delle riunioni del Suo studio. Lì dove lo ha sempre tenuto.

Guido Alpa non pensava ai diritti umani come affermazione del neoliberalismo, bensì, soprattutto se riferiti ai diritti cc.dd. di terza generazione, come impegno civico e come leva per raggiungere la giustizia. Si potrebbe parlare, come fanno gli autori di un libro recente pubblicato in Francia "I diritti dell'uomo sono neoliberali?", di tensione verso un universalismo morale e, persino, di eguaglianza distributiva. Per gli autori, e deduco dalla lettura del suo libro sulla solidarietà e dalle diverse conversazione anche per Guido, oggi, mentre lo stesso neoliberismo è in crisi e forme di deregolamentazione senza precedenti stanno modificando la geopolitica globale – dal commercio alla guerra – i diritti umani consentono di lottare contro le situazioni di povertà estrema e di garantire l'accesso all'assistenza sanitaria, all'istruzione, a condizioni di lavoro dignitose e al sostegno reciproco attraverso la solidarietà[2].

---

[1] Lattanzi, Maugeri, Grasso, Calcagno, Ciriello (a cura di), *Il diritto europeo e il giudice nazionale*, Milano, 2023, Voll. I, II.I, II.II.

[2] Lochak, Nadeau, Gilabert e Saada, *Les droits de l'homme sont-ils néolibéraux ?*, SciencePo Les Presses, 2025. Si veda, in particolare, il saggio di Gilabert e Saada, *Les droits humains peuvent-ils être un programme de gauche?*, 53 ss.

Mi ha detto che era davvero felice di aver partecipato all'opera e mi ha ringraziato per averlo coinvolto.

Come ho avuto modo di dirTi, sono solo io a doverTi ringraziare, caro Guido, per questo regalo e per tutta l'attenzione che mi hai dedicato in tutti gli anni di conoscenza.

Guido Alpa e il Consiglio Nazionale Forense. Un ricordo*

Laura Moscati
Prof. ord. dell'Università di Roma "La Sapienza"

Nella vastissima produzione scientifica e nell'impegno istituzionale di Guido Alpa un ruolo importante hanno avuto le molte iniziative promosse dal Consiglio Nazionale Forense durante gli anni degli incarichi da lui ricoperti e in particolare della presidenza.

Jean-Louis Halpérin, alla fine del secolo scorso, aveva notato che l'Italia era il Paese europeo in cui si registrava maggiormente una carenza storiografica relativa alle professioni giuridiche. Faceva l'esempio della Francia, dove da qualche anno era apparsa la *Revue de la Société internationale d'histoire de la profession d'avocat* (1989), sotto la direzione di Gazzaniga, oltre al volume da lui stesso coordinato su *Les professions judiciaires et juridiques dans l'histoire contemporaine* (1996).

Possiamo affermare che gli anni fecondi e stimolanti dell'impegno di Alpa al CNF hanno sicuramente contribuito in maniera determinante a colmare questo vuoto, consentendo una riflessione più consapevole e approfondita sul ruolo del ceto forense nel mondo giuridico dal medioevo alla contemporaneità, su singole figure maggiormente rappresentative, sulle riforme relative alla professione e sul rapporto tra avvocatura e università.

Ne sono testimoni numerose e importanti imprese scientifiche ed editoriali, alcune implementate, altre realizzate dallo stesso Alpa, e un'attenta considerazione della documentazione inedita o non ancora utilizzata, che mostrano un'avvocatura consapevole della propria funzione, dapprima nella costruzione dell'Italia unita e successivamente nella difesa dei diritti. Si tratta delle svariate collane del CNF (*Studi storici e giuridici*; *Discorsi sull'avvocatura*; *Biblioteca del Consiglio*; *Quaderni della Rassegna Forense*) e soprat-

* Il testo riprende e rielabora l'intervento presentato il 9 giugno 2025 al Consiglio Nazionale Forense in occasione del convegno *Nei mondi di Guido Alpa: fra accademia, istituzioni e professioni legali*, organizzato dall'Associazione dei Civilisti Italiani. Ringrazio Vincenzo Roppo e Claudio Scognamiglio per avermi invitato a onorare la memoria del Maestro e Vincenzo Cuffaro per aver accolto il lavoro nella rivista da lui diretta.

tutto del progetto e della collana di *Storia dell'avvocatura*, curato da un'apposita commissione di professori e avvocati guidati da Alpa per molti anni con raffinato equilibrio.

Nella presentazione di questo progetto e delle sue connotazioni peculiari (*Un progetto di ricerca sulla storia dell'avvocatura*, a cura di Alpa e Danovi, 2002) egli prende le mosse dallo stato degli studi in Europa, confermando l'analisi fatta da Halpérin pochi anni prima, anche rispetto alle altre professioni giuridiche, e dichiarando di voler colmare questa lacuna storiografica con un significativo approccio interdisciplinare. Egli sottolinea, altresì, l'importanza di approfondire le caratteristiche essenziali dell'avvocatura nel corso dei secoli anche attraverso le immagini e le testimonianze coeve, che mostrano caratteri negativi e positivi della professione, e le principali voci enciclopediche che ne definiscono ruoli e funzioni in rapporto al potere. Egli declina con efficacia le ragioni per promuovere una storia del ceto forense «come storia dell'apporto culturale dato dall'avvocatura nel progredire del diritto sostanziale e del diritto processuale, e dunque della nostra civiltà».

In occasione delle celebrazioni del CXXX anniversario della legge sulle professioni del 1874 (Bari, 2004), Alpa, infatti, indaga sia il sostrato legislativo alla base della ricostruzione della storia del ceto forense sia quello deontologico, e in particolare i due discorsi sull'avvocatura di Giuseppe Zanardelli del 1875 e del 1876, come presidente dell'ordine degli avvocati di Brescia, e quello di Francesco Carrara del 1884, su *Il passato il presente e l'avvenire degli avvocati in Italia*. Già dall'unificazione del Paese la professione forense era connotata con i termini di dignità, decoro, libertà, valori che persistono dalla legge del 1874 a quella del 1933 e, secondo Alpa, costituiscono tuttora un modello di riferimento: «l'avvocatura è testimonianza della nostra missione, suggello della nostra unità, garanzia della nostra sopravvivenza».

Il mio ricordo prende, quindi, le mosse dal 2004, anno del disegno del progetto di *Storia dell'avvocatura* con il coinvolgimento dell'intera comunità degli storici del diritto, che corrisponde anche all'anno della mia chiamata in Facoltà e vede l'inizio del mio sodalizio scientifico e umano con Guido Alpa. Grazie al lavoro congiunto degli storici del diritto (come Antonio Padoa Schioppa, Gian Savino Pene Vidari, Vito Piergiovanni) e degli avvocati appartenenti al Consiglio (come Stefano Borsacchi, Emilio Nicola Buccico, Remo Danovi, Ubaldo Perfetti), il progetto di *Storia dell'avvocatura*, ormai noto in Italia e all'estero, ha offerto, oltre a rilevanti studi specifici, anche contributi di ordine generale, per esempio sull'avvocatura nel Risorgimento (*Avvocati che fecero l'Italia*, a cura di Borsacchi e Pene Vidari, 2011) e in età unitaria, fino alla dittatura e alla costituente (Tacchi, *Gli avvocati italiani dall'Unità alla Repubblica*, 2002).

Ne sono emersi risultati di indubbio rilievo e novità. Dopo le prime leggi sugli ordini professionali della fine del XIX secolo – che solo in parte avevano superato le differenze delle avvocature preunitarie soggette alle diverse influenze degli Stati stranieri – si deve attendere mezzo secolo, gli anni della Grande Guerra, per vedere sviluppate tali premesse. In quel periodo, non solo in Italia ma sicuramente anche in Francia, comincia ad affermarsi un'attenzione per il ruolo degli avvocati accanto ai professori di diritto, sia nelle riviste giuridiche e nella produzione scientifica, sia come tecnici che rivendicano uno spazio istituzionale. Nello stesso periodo, per quanto riguarda le differenze di genere, va

ricordato che nel 1919 le donne sono ammesse all'avvocatura, mentre per la magistratura bisognerà aspettare il 1963, come sottolinea Alpa nella prefazione al volume curato da Nicola Sbano nella medesima collana (*Donne e diritti. Dalla sentenza Mortara del 1906 alla prima avvocata italiana*, 2004).

In realtà, la storia dell'avvocatura, come mostrano alcuni dei numerosi volumi pubblicati, è costellata da momenti e figure di grande rilievo, che l'hanno resa celebre. Mi riferisco al caso emblematico dell'Azzeccagarbugli, riferito da Alessandro Manzoni all'avvocato del Seicento, epoca dei *Promessi Sposi* e non a quello a lui coevo, in cui l'avvocato era già molto stimato (*Alessandro Manzoni «avvocato». La causa contro Le Monnier e le origini del diritto d'autore in Italia*, 2017); ma anche al ruolo degli avvocati nell'*Ancien Régime* per la deontologia forense, come in Ludovico Antonio Muratori (*I difetti della giurisprudenza. Ieri e oggi*, 2000); o negli anni successivi al Risorgimento, al contributo di Giuseppe Zanardelli (*L'avvocatura. Discorsi*, 2003); o ancora nel passaggio dalla Resistenza alla Repubblica e la Costituente, all'operato di Piero Calamandrei (*La fede nel diritto. Avvocatura e Costituzione*, 2013). Ne emerge una «nobiltà culturale degli avvocati dell'Italia unita», come l'ha efficacemente definita Paolo Grossi (*L'unità d'Italia nella tradizione dell'avvocatura. Discorsi, testimonianze, memorie*, 2010).

Quest'ultimo volume, insieme a quelli realizzati per i congressi nazionali e all'imponente *Biblioteca digitale* del CNF, mette in luce l'impegno profuso dagli avvocati a sostegno dell'unità del Paese, attraverso alcune figure che hanno contribuito alla formazione dello Stato unitario, insieme al ruolo svolto dal gruppo professionale nel suo complesso. In particolare emerge che l'avvocatura non costituisce un'appendice estrinseca e occasionale, ma una dimensione integrante dell'esperienza giuridica complessiva a partire dalla tradizione italiana medievale. Sia nelle vicende anteriori all'unità sia in quelle successive, numerosi avvocati hanno messo a disposizione le loro conoscenze per la diffusione e per la realizzazione di quegli ideali «nazionali» del nuovo Stato italiano, alla luce di una rinnovata convergenza tra impegno civile e attività politica e professionale.

Del tutto innovativa è stata l'idea di verificare il ruolo svolto dal ceto forense nei primi anni dell'Unità d'Italia, attraverso le riflessioni e le decisioni interne al sistema della giustizia del Regno, con un'interessante lettura dell'evoluzione del diritto italiano, tramite un'analisi degli istituti maggiormente modificati per essere uniformati nel faticoso percorso dai diritti preunitari a quello dell'Italia unita. Nel primo decennio, infatti, le soluzioni legislative adottate non furono sempre condivise né definitive, ma diedero comunque al nuovo Stato un'impronta unitaria, che portò in pochi anni ad avere una legislazione unica per tutta la Penisola (*Avvocati protagonisti e rinnovatori del primo diritto unitario*, a cura di Borsacchi e Pene Vidari, 2015).

L'idea di far parlare direttamente le fonti è una scelta significativa di Alpa che mostra una precisa connotazione metodologica direttamente legata con quella dello storico del diritto. Abbiamo due esempi significativi. Utilizzando per la prima volta la documentazione del Consiglio nazionale forense e un'ampia serie di fonti archivistiche e a stampa, si sono ricostruite le vicende istituzionali dell'avvocatura fascista, tra il 1926 (data della prima legge sulla professione forense) e il 1943, con lo sguardo rivolto al funzionamento concreto degli organismi di governo della professione (A. Meniconi, *La «maschia avvoca-*

tura». Istituzioni e professione forense in epoca fascista. 1922-1943, 2007). Si evince il reiterato tentativo di condizionare l'avvocatura in anni difficili per gli avvocati che dovranno prestare fedeltà al regime e poi affrontare l'ignominia delle leggi razziali. Ma la tradizione e i codici di comportamento della professione dell'età liberale in parte resistettero alla trasformazione imposta. Un'attenzione specifica è anche dedicata all'istituzione del Consiglio Superiore forense, di cui il prossimo anno si celebra il primo centenario, e alla promulgazione della legge del 1933 (in vigore fino al 2012). Il primo presidente fu Vittorio Scialoja, figura-chiave di quel periodo per l'avvocatura e per la riforma della codificazione civile.

Il secondo esempio è costituito dalla raccolta degli atti del primo Congresso nazionale che si svolse a Roma nel 1872 dopo l'unificazione del Paese (*Atti del primo Congresso giuridico italiano. 25 novembre - 8 dicembre 1872*, a cura di Alpa, 2006) e di quello del 1947 precedente alla promulgazione della Costituzione della Repubblica Italiana, riunitosi a Firenze sotto la presidenza di Piero Calamandrei (*Atti del primo Congresso nazionale giuridico forense del secondo dopoguerra, settembre-novembre 1947*, a cura di Alpa, Borsacchi, Russo, 2008). Due tappe di grande interesse storico, a testimonianza dello spirito di indipendenza che contraddistingue l'avvocatura. Inoltre, la raccolta delle assise forensi, delle materie congressuali e delle relazioni di apertura – che ricordano i settecenteschi *Discours* di Henri François D'Aguesseau – non risultano una storia minore, ma contribuiscono alla ricostruzione della più generale storia dell'avvocatura (*La lotta per i diritti. Identità e ruolo dell'avvocatura nelle assise congressuali*, 2010).

Un particolare interesse è rivolto da Alpa al diritto privato europeo e alle imprese transnazionali (*La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo*, 2002), più volte oggetto di approfondimento da parte del CNF nella collana dei *Quaderni della Rassegna forense*, dove venivano annualmente pubblicati i materiali dei seminari e le relative relazioni. Sempre nella stessa collana è stata ristampata la *Relazione al Re*, fonte imprescindibile per la ricostruzione della storia del Codice civile del 1942.

L'attenzione va rivolta anche al *Draft of Common Frame of Reference* e più di recente allo *European Business Code*. Tali imprese hanno un fondamento specifico nel *Progetto italo-francese delle obbligazioni e dei contratti* del 1927, che, pur senza un seguito legislativo, ha avuto fortuna in anni successivi. Nel 2007 il *Progetto* è stato con lungimiranza ristampato insieme ad ampio materiale nei *Quaderni* del CNF, a cura di Alpa e Chiodi, perché, attraverso il suo intrinseco valore, ha lasciato un'importante eredità nella vita giuridica dei due Paesi.

Alpa considera «rivoluzionarie» alcune modifiche o novità. Il *Progetto* introduce l'azione per lesione, alterando la libertà contrattuale; l'azione fondata sull'abuso di diritto; il risarcimento del danno morale; l'annullabilità insieme alla nullità; disciplina l'arricchimento senza causa; elimina la categoria dei quasi contratti e dei quasi delitti; fonda la responsabilità non solo sul dolo e sulla colpa ma anche sul rischio.

In Italia il progetto del libro IV del Codice civile del 1936 ripropone quello italo-francese con una breve introduzione storica iniziale, senza essere sottoposto a specifica revisione perché aveva già percorso una lunga strada di modifiche e osservazioni nei dieci anni di dibattito tra i membri dei rispettivi comitati. Ma erano cambiati in fretta i tempi

e soprattutto il clima politico, ormai in piena manifestazione della forma più autoritaria del regime. In Francia, invece, il *Progetto* continua a essere oggetto di riflessione della dottrina e di attenzione della giurisprudenza.

Al di fuori dei due Paesi, però, esso funge da modello per molti codici, quello albanese del 1928 che ne ricalca un gran numero di articoli, quello polacco del 1933 e quelli della Romania, della Grecia, del Libano. La sua fortuna è testimoniata dall'enorme influenza esercitata dopo la guerra, quando Mario Rotondi lo avrebbe voluto utilizzare per armonizzare il diritto delle obbligazioni e dei contratti in Europa.

Di recente, il *Progetto* è stato nuovamente ristampato in Francia nel 2015, con un'introduzione di Alpa, tra *Les Introuvables* dell'Université Paris Panthéon Assas, in concomitanza non casuale con la promulgazione dell'*Ordonnance* del 2016 per la riforma del libro III del *Code civil*. Tale *Ordonnance* è stata subito studiata da Alpa per l'importanza che ricopre nel diritto italiano ed europeo (*Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, 2015).

Tra i lavori preparatori spicca l'*avant-projet Catala* del 2005, di cui Alpa, pur considerandolo troppo debole rispetto a iniziative successive, promuove la traduzione italiana nel 2010 sotto la guida di Giovanni Battista Ferri e Paolo Spada sempre a cura del CNF, nella collana dei *Quaderni*. Va sottolineata l'aggiunta di un ampio commento, soprattutto per la sua marcata prospettiva comparatistica, alla luce dei diversi progetti di armonizzazione europea e in particolare dei Principi di diritto europeo dei contratti e dei Principi UNIDROIT.

Le iniziative ricordate sono solo una parte di quelle effettuate e hanno spesso visto come promotrice la nostra Facoltà insieme al CNF per la generosa iniziativa di Alpa, in un sodalizio di intenti che ha legato le due istituzioni con risultati di ricchezza e valore. Per me i venti anni trascorsi hanno segnato un'esperienza culturalmente irripetibile e lasciano un vuoto incolmabile.

Il contratto, istituzione della libertà (un dialogico ricordo di Guido Alpa, giurista liberale)

Mauro Grondona
Prof. ord. dell'Università di Genova

Sommario: 1. Premessa: la rilevanza sociale della libertà individuale. – **2.** Struttura e funzione della libertà contrattuale, oggi. – **3.** Libertà e giustizia nel contratto. – **4.** Programma economico negoziale e benessere individuale. – **5.** Svolgimenti economici e esistenziali della libertà individuale. – **6.** Interferenze di valore tra ordinamento e contratto: il ruolo dell'interpretazione economica della pattuizione.

1. Premessa: la rilevanza sociale della libertà individuale

Nell'ampia, informatissima e prospettica voce *Autonomia contrattuale*[1], si è accompagnati, con quel garbo espressivo e con quell'incedere calmo ma determinato così tipici di Guido Alpa, al centro di tutti i problemi (di ieri, di oggi e di domani) riconducibili – direttamente o indirettamente – al tema della libertà dell'individuo, declinata essa nei termini di autonomia contrattuale, o, in senso ancora più esteso, di autonomia negoziale. Un tema, quello, appunto, della libertà individuale, che necessariamente è collocato, tanto politicamente quanto giuridicamente, a cavallo di due ambiti: l'ambito individuale (rispetto al collegamento libertà individuale/azione individuale) e l'ambito sociale (rispetto al collegamento libertà individuale/reazione sociale). Del resto, il senso profondo (in primo luogo filosofico) della libertà, nonché quello che si potrebbe senza dubbio chiamare 'il successo antropologico della libertà', sono entrambi il prodotto della dimensione relazionale che profondamente connota la libertà individuale. Si potrebbe infatti anche

[1] Alpa, *Autonomia contrattuale*, in *Enc. dir.*, *I Tematici*, I. *Contratto*, Milano, 2021, 1 ss.

dire che la libertà è tale solo in quanto relazione (una relazione e una relazionalità della libertà che, in chiave giuridica, possono precisarsi e meglio osservarsi rispetto all'area del contratto e all'area dell'autodeterminazione negoziale).

Di più. La cifra autentica del liberalismo, in tutte le sue accezioni e in tutte le sue declinazioni, sta nella riuscita composizione dialettica (e dunque ritorna la dimensione relazionale, tipica del liberalismo effettivamente comunitario, ovvero non isolazionista, fonte, quest'ultimo, di un ordine chiuso della libertà) tra l'esigenza di una libertà espansiva e l'esigenza di un contenimento della libertà medesima. Si tratta di una oscillazione necessariamente e intrinsecamente politica, e tipica di ogni ordine politico non autoritario[2]. Una libertà oscillante (rispetto al suo contenuto, alla sua forza espansiva, ai suoi limiti) tra ciò che è individuale e ciò che è sociale è concepibile solo all'interno di un ordine politico che risulti essere il prodotto dagli stessi svolgimenti della libertà, in una perenne oscillazione, appunto, tra individuale e collettivo, ovvero tra individuo e comunità.

Le pagine di Guido Alpa sono assai utili per approfondire e continuare la riflessione, anche in termini dialettici con l'Autore. Il che mi propongo di fare, brevemente, qui di seguito, quale modesto e discreto omaggio alla sua memoria.

2. Struttura e funzione della libertà contrattuale, oggi

Muoverei da una considerazione. Le restrizioni alla libertà contrattuale (pensando non soltanto al diritto cosiddetto nazionale, ma al diritto privato europeo, in formazione, e al diritto privato eurounitario, sui quali, infatti, Guido Alpa molto si diffonde[3]) non sono viste affatto come eccezioni, come anomalie che vanno a colpire, appunto in via eccezionale, il significato politico e ordinamentale dell'autonomia privata, della libertà contrattale delle parti. Al contrario, si tratta di limiti funzionali al potenziamento della medesima libertà. Un potenziamento affidato, senza dubbio, all'ordinamento, che in questo senso svolge una classica funzione promozionale: la promozione della libertà individuale.

Le ragioni di quanto appena espresso in via di sintesi sono notissime. Da un lato, l'Unione europea si muove su un binario di politica del diritto che ha un orientamento ordoliberale, ovvero improntato a quella prospettiva che va sotto il nome di economia sociale di mercato[4]: l'intervento dell'ordinamento sul contratto, sulla libertà contrattuale, ha l'obiettivo specifico di proteggere il debole contro il forte, per evitare che le asimmetrie contrattuali travolgano o possano travolgere il contratto. Quindi, possiamo sicuramente affermare che l'intervento di matrice ordoliberale proviene 'da destra', perché è pro-mercato: si tratta di una protezione del debole che, a sua volta, vuole potenziare il contratto nell'idea che, se il contratto funziona bene, anche il mercato funziona bene.

---

[2] Cfr. ora Bissiato (ed. by), *Law, Democracy and the Crisis of Foundation: Deconstructive and Constructive Perspectives*, Milton Park-New York, 2025.

[3] Alpa, *Autonomia*, cit., spec. 27 ss.

[4] *Ibid.*, 42-43.

La dottrina ordoliberale nasce in Germania negli anni Trenta del secolo scorso e, attraverso una serie di sviluppi e di adattamenti progressivi, diviene senza dubbio la visione di politica economica e di politica del diritto maggioritaria non solo in Germania, ma pure all'interno dell'Unione europea. Al di là del condividerne o meno i contenuti, ciò che emerge con chiarezza è che la politica del diritto dell'Unione europea ha un forte accento funzionale, non strutturale.

Non importa quali siano le categorie, i concetti, o le tradizioni giuridiche cui attingere; importa l'obiettivo, lo scopo, il risultato cui tendere. Se si guarda al diritto in un'ottica funzionale e non strutturale, la conclusione è che le regole giuridiche non sono verità ontologiche, ma verità strumentali.

Da questo punto di vista, aggiungerei, il diritto dell'Unione europea esprime, al contempo, indifferenza strutturale e apprensione funzionale. Il che, del resto, facilita il dialogo tra gli ordinamenti, rendendoli tendenzialmente sempre più aperti (l'apertura ordinamentale va apprezzata anche rispetto all'esigenza di individuare soluzioni socialmente razionali[5], cioè adeguate ai diversi contesti nei quali la libertà individuale può operare, fermo restando l'obiettivo di una espansione della libertà), così favorendo una inevitabile trasformazione della dogmatica, che, da concettuale e normativa, diviene sociologica e prasseologica, consentendo altresì la piena valorizzazione del diritto quale tecnica di ordinamento sociale e di costruzione sociale (un ordinamento e una costruzione, come anche più oltre si specificherà, che sono il prodotto, intenzionale e non intenzionale, della relazione tra dimensione individuale, interindividuale, collettiva: l'ordine liberale e la costruzione liberale dell'ordine sono fattori istituzionali a base relazionale)[6].

Ma dicevo dei limiti gravanti sulla libertà contrattuale. C'è un secondo elemento da considerare, ovvero, e in breve, la sempre maggiore rilevanza dei diritti fondamentali della persona, e quindi del rispetto di tali diritti anche in ambito contrattuale. Una rilevanza – si può aggiungere – che, in chiave liberale, non rappresenta, né una difficoltà pratica, né una frizione ideale: è proprio la dimensione relazionale della libertà che necessariamente fa sì che essa assuma esclusiva rilevanza contestuale. La libertà individuale, infatti, non è un'astratta idea di libertà, da perseguire comunque, ma è la fenomenologia stessa della libertà, attuata o attuabile, ferme restando le condizioni di operatività di fronte alle quali essa viene a trovarsi: anche in questa chiave, mi pare, emerge la vantaggiosità sociale, e quindi ordinamentale, di considerare la libertà, al contempo, quale espressione di

---

[5] Considerazioni assai condivisibili in Morello, *Contratti atipici, prelazione, «first refusal» e l'insegnamento di Gino Gorla*, in Scintillae Iuris. *Studi in memoria di Gino Gorla*, III, Milano, 1994, 1983 ss. [il titolo che si legge nella pagina iniziale del saggio non è perfettamente coincidente con quello che si legge nell'indice del volume, a V, e che qui ho seguito], a 2014, in favore di una 'comparazione attiva', in vista di una rilettura critica delle regole nazionali, e quindi in favore dell'apertura del sistema alle regole operative provenienti da altre esperienze giuridiche.

[6] Molte indicazioni sono ora in Marchetti, *Douglass C. North*, Torino, 2022, *passim*.

un ordine sociale spontaneo e quale fonte di esso – siamo senza dubbio al cospetto di una fenomenologia normativa della libertà[7].

Rilevanza dei diritti fondamentali dell'essere umano: basti qui pensare alla tutela della dignità, nel contratto, o alla non discriminazione o all'uguaglianza, nel contratto.

È piuttosto nota la discussione che ebbe a svilupparsi in Germania, a partire da due direttive europee: la n. 43 del 2000 e la n. 113 del 2004[8].

Si è addirittura parlato di 'legal vandalism'. Un'espressione che sta a significare che il diritto antidiscriminatorio dell'Unione europea è, sotto numerosi aspetti, incostituzionale e incompatibile sia con il senso comune, sia con lo stato di diritto, sicché il suo recepimento dovrebbe essere considerato un atto di vandalismo giuridico: applicare anche ai rapporti tra privati il divieto di discriminazione vorrebbe dire ledere la libertà di autodeterminazione, tanto più che il divieto di discriminazione introdurrebbe un controllo giudiziale sui motivi che inducono i singoli a contrattare, travolgendo così il principio della insindacabilità delle scelte contrattuali.

È una prospettiva discutibile, che evidentemente muove da un'idea preconcetta di libertà, e che, soprattutto, non accetta il presupposto politico della contemporanea società aperta: è la stessa libertà, infatti, anche in riferimento ai suoi limiti, che diviene strumento di conoscenza della dimensione sociale, e quindi fattore trasformativo di quest'ultima. La forza sociale della libertà va di pari passo con la fiducia sociale nella libertà: libertà che, empiricamente, non può che essere incisa da tutto ciò che accade nella società, così reagendo e agendo, per forza individuale, che assume poi rilevanza sociale, in un interrotto circolo della libertà.

3. Libertà e giustizia nel contratto

È quindi innegabile che, oggi, per ragioni storiche e di 'sensibilità politica diffusa' (frutto, come tutto ciò che umanamente accade, tanto della riflessione intorno ai vantaggi e ai pericoli della libertà individuale – che, in questo senso, è anche un formidabile fattore di stabilizzazione sociale, nella logica dei meccanismi autocorrettivi, tipici, del resto, degli ordini spontanei –, quanto della pratica della libertà individuale, che è un'altra forma di conoscenza), accanto al tema 'contratto e libertà', in chiave eurounitaria declinato appunto in prospettiva non liberale ma ordoliberale (lo Stato ha un ruolo regolatore forte, onde potenziare il contratto quale strumento efficiente, al fine di migliorare le posizioni individuali), c'è poi il tema 'contratto e discriminazione', e anch'esso ben può essere compreso in funzione del potenziamento del contratto, e quindi del mercato.

---

[7] Cfr. i saggi raccolti in Theodorou, Santos Alves, Baka (eds.), *Phenomenology of Law and Normativity*, Cham, 2024.

[8] Riferimenti in Petrić, *Reasoning, Interpretation, Authority, Pluralism, and the Weiss/PSPP Saga*, in *European Papers*, 2021, 1123 ss., doi: 10.15166/2499-8249/516, *https://www.europeanpapers.eu/e-journal/reasoning-interpretation-authority-pluralism-and-weiss-pspp-saga*.

Del resto, se la discriminazione è, al contempo, una forma di libertà e una forma di negazione della libertà, è evidente che il bilanciamento è una conseguenza delle caratteristiche *lato sensu* politiche del contesto nel quale gli esercizi (anche reciprocamente opposti) di libertà e gli esiti discendenti da tali esercizi si svolgono. Ma resta fermo che il metodo della libertà, inteso quale strumento di progresso e di conciliazione (e riconciliazione) sociale[9], rimane storicamente il più efficiente.

Ecco che, pensando in particolare al contratto, viene a emersione, senza dubbio, un'area contrattuale incisa dall'intervento del regolatore statuale, che si traduce necessariamente in un intervento sull'autonomia privata, ma in funzione di un rafforzamento del contratto inteso soprattutto quale istituzione sociale e quale istituzione della libertà, e quindi quale meccanismo da mettere in connessione non solo con la tecnica giuridica, ma soprattutto con la filosofia sociale e la filosofia politica: ecco la portata istituzionale (programmatica e prospettica) del contratto.

D'altronde, se leggiamo l'apertura del *Draft common frame of reference*[10], che a tutt'oggi rappresenta lo stadio più avanzato nel percorso che avrebbe dovuto condurre a un codice civile europeo, vediamo che, tra i principi generali, accanto alla libertà, alla sicurezza, alla efficienza, c'è la giustizia, un principio che pervade interamente l'intero *Draft*.

La giustizia, precisa il *Draft*, è difficile da definire, impossibile da misurare e soggettiva nel modo di essere concepita, ma, quando si verificano, i casi di ingiustizia sono universalmente avvertiti come tali e considerati inaccettabili.

E il *Draft* opera subito un collegamento tra giustizia e non discriminazione all'interno del contratto, per poi precisare che anche nel contratto vale il principio di uguaglianza in senso sostanziale, e quindi le deroghe all'uguaglianza formale sono giustificate quando comportano l'attuazione della uguaglianza sostanziale (il che, direi, altro non significa se non che la complessiva protezione della libertà individuale passa anche per il contratto).

Il tema della giustizia contrattuale, intesa come giustizia nel contratto e del contratto, presenta oggi alcuni profili su cui vale la pena di riflettere. A partire dalla seguente considerazione. Non c'è dubbio che la giustizia contrattuale passi anche attraverso il classico e problematico rapporto tra autonomia privata e ordinamento (rapporto che può essere poi osservato nella prospettiva del potere autonomo o derivato), così aprendo a un'analisi filosofico-politica e costituzionale della libertà contrattuale e della giustizia contrattuale (che non vanno assunti quali termini oppositivi, ma reciprocamente completivi, perché dalla relazione tra di essi derivano conseguenze ordinamentali).

Del resto, anche la questione del fondamento costituzionale dell'autonomia privata[11], è un problema che non può essere certo risolto nella sola prospettiva tecnico-giuri-

---

[9] Questa è la tesi centrale di un libro famoso e molto apprezzato (ma soprattutto ieri), e che invece varrebbe la pena riconsiderare con attenzione anche oggi (io ho sottomano l'ed. orig. inglese): Lippmann, *The Good Society*, New York, 1943 (1ª ed. 1936).

[10] Su questo testo si sofferma infatti ampiamente Alpa, *Autonomia*, cit., 37 ss.

[11] *Ibid.*, 19 ss.

dica, perché è, prima di tutto, un problema culturale: alla base delle trasformazioni giuridiche ci sono sempre questioni culturali.

Civilisticamente, possiamo prendere due punti di osservazione, onde osservare il rapporto tra libertà e giustizia nel contratto: la causa del contratto e l'autodeterminazione del soggetto, intesa come libertà di agire che ha, come unico limite, l'arrecare un danno ingiusto agli altri.

Ora, direi che il passaggio dalla causa come funzione economico-sociale a funzione economico-individuale attesta molto bene che l'attenzione per la giustizia contrattuale è aumentata

A prima vista, questa risposta può sembrare forse discutibile.

Ma, parlare di funzione economico-sociale, nel senso bettiano, significa dire che l'ordinamento controlla gli atti di autonomia privata, o attraverso il tipo contrattuale, o attraverso il riferimento, molto discusso, alla meritevolezza[12] degli interessi che il contratto atipico intende realizzare.

Una formula, quella della meritevolezza degli interessi, che è stata spesso considerata quale doppione inutile della liceità; ma non c'è dubbio che, invece, nell'impianto codicistico, sotto il profilo della politica del diritto, la meritevolezza aveva sicuramente un'area autonoma di operatività, esprimendo quella pervasività ordinamentale di stampo corporativo, da attuarsi attraverso il giudice, nell'ottica della funzionalizzazione organicistica di ogni relazione interindividuale.

A prima vista, pertanto, dal punto di vista della giustizia contrattuale, si può essere orientati a ritenere che solo una causa intesa quale funzione economico-sociale protegga i contraenti dal rischio di concludere un contratto ingiusto.

Spostiamoci, allora, sulla causa intesa quale funzione economico-individuale, e quindi guardiamo al contratto come a un'operazione economica. Apparentemente, una causa così intesa indebolisce appunto ulteriormente la parte debole, perché, in sostanza, consente ai contraenti di determinare, a valle, il contenuto dell'affare senza beneficiare, a monte, di quella protezione dirigistica espressa invece dalla causa come funzione economico-sociale.

Ma, a considerare le cose in modo più approfondito, si dà invece un'alternativa: la possibilità che l'operazione economica come tale riesca a risultare effettivamente strumento di massimizzazione dell'utilità individuale. Una utilità da non intendersi soltanto in senso strettamente economico, ma in senso complessivo, considerando il generale benessere dell'individuo, che, appunto nel contratto, trova lo strumento più efficace per soddisfarlo. Un soddisfacimento, allora, che è variabile della stessa protezione ordinamentale della persona, la quale, così, diviene sempre più consapevole della rilevanza della libertà, e la mette pienamente a frutto in chiave di autodeterminazione, così, a sua volta, contribuendo non solo alla costante espansione della libertà contrattuale, ma anche alla verifica, in termini di benefici aggregati, del 'successo della libertà, che, in que-

[12] *Ibid.*, spec. 16 e 19.

sto senso, si assoggetta a un test di compatibilità sociale, in riferimento alla maggiore o minore armonia sociale prodotta dall'espansione della libertà (donde le necessarie correzioni, che, però, in questo senso non possono essere descritte in termini di un interventismo ordinamentale rivolto contro la stessa libertà individuale, quanto, piuttosto, in termini di autotutela della stessa libertà individuale, che si espande e si restringe a secondo delle reazioni sociali suscitate – da questo punto di vista, il ruolo del legislatore risulterebbe quello di recettore delle esigenze sociali che, in tempi più o meno rapidi, si manifestano: un legislatore, dunque, provvisto di una sensibilità politica maggiormente 'storicistico-descrittiva'[13] che 'programmatico-costruttiva', lasciando, invece, il ruolo di guida dell'innovazione, seguendo i molti percorsi espansivi della libertà individuale, alla giurisdizione).

Tutto ciò, almeno per come qui sinteticamente schematizzato, non significa affatto che il contratto risulti in contrapposizione con l'ordinamento, come se (in base a una lettura ormai scarsamente persuasiva) l'ordinamento fosse (unilateralmente) il luogo della giustizia e il contratto fosse (unilateralmente) il luogo della libertà, e quindi della potenziale prevaricazione; significa, piuttosto, che il contratto, in quanto operazione economica, esprime valori economici, esprime un programma economico (tramite il quale, beninteso, soddisfare anche esigenze esistenziali) che può essere visto come lo strumento per attuare con la massima possibile efficacia, e in termini espansivi, recepiti dall'ordinamento, la libertà delle parti. Il contratto diviene così il principale strumento della giustizia individuale. Una giustizia in concreto. Una giustizia che coincide con l'equità dell'assetto contrattuale, intesa quale conformità del programma economico del contratto agli obiettivi individuati dalle parti[14].

Si può obiettare: in tal modo si legittima ogni ingiustizia contrattuale, perché, se il programma contrattuale è tale da sfavorire una parte a vantaggio dell'altra, allora il rispetto del contratto, ovvero il vincolo contrattuale in sé, diviene la strada per giustificare il pregiudizio arrecato alla parte contrattuale debole.

Ma, in realtà, non è così, e proprio per una ragione che attiene allo spazio politico dell'individuo negli ordinamenti attuali – e ciò, soprattutto, grazie al ruolo svolto dalla

---

[13] Del resto, come è stato sottolineato da Ascarelli, *Sul contratto collettivo di lavoro* (1928), in Id., *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 181 ss., a 182, in nota 2, la legge è sempre fonte mediata della regola giuridica, perché essa «sancisce gli effetti giuridici in relazione agli intenti empirici perseguiti dalle parti».

[14] Sul punto, direi che l'autore (al quale, peraltro, Guido Alpa era profondamente legato, e al quale molto debbono tutti i civilisti formatisi a Genova) che ha maggiormente insistito nella prospettiva della valorizzare dell'economia del contratto quale programma economico, così necessariamente rinnovando e rivitalizzando il rapporto tra ordinamento e contratto, è Mario Bessone, del quale vanno visti i seguenti contributi: *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969; *Trattativa, recesso e danno*, Milano, 1969; *Saggi di diritto civile*, Milano, 1979; *Nuovi saggi di diritto civile*, Milano, 1980.

globalizzazione (anch'essa, come ovvio, benefico strumento per la progressiva apertura ordinamentale).

La centralità dell'individuo, la forza giuridica dell'individuo, la libertà dell'individuo, che opera in chiave trasformativa, la tutela dell'individuo a larghissimo raggio – tutto ciò (ovvero, in sintesi, un diritto che è il larga misura il prodotto di pretese individuali socialmente aggregate) rende assai poco persuasiva l'idea che, invece, il contratto rimanga all'esterno degli effetti di quello che potremmo chiamare un individualismo cooperativo; fenomeno che, a sua volta, va ricondotto a quel liberalismo comunitario che è il carattere forse maggiormente connotante la contemporanea società aperta[15].

Ma, allora, il contratto/operazione economica può effettivamente presentarsi, nella dimensione tanto ordinamentale quanto sociale (ecco, di nuovo, la portata istituzionale del contratto), come uno strumento attraverso il quale le parti massimizzano le proprie utilità economiche all'interno di un contesto volto al complessivo rafforzamento delle potenzialità individuali (di tutti: forti e deboli), sono favorite dal quadro di protezione generale: il quadro ordinamentale, infatti, si alimenta soprattutto grazie agli infiniti svolgimenti della libertà individuale, e quindi grazie al rapporto tra ordini giuridici diversi – e del resto, a veder bene, è proprio questa la ragione del successo della giurisprudenza creativa: è la traduzione in linguaggio giuridico della dimensione della libertà individuale. Ovvio che, in questa prospettiva, non si potrà pretendere una rigorosa sistematicità della giurisprudenza, anche perché essa, per potersi pronunciare, deve prima essere interrogata. Il compito della 'sistematizzazione della libertà', politica e giuridica, ben potrà essere assunto dalla dottrina, sempreché accetti l'idea (un'idea, che ha innegabile portata metodologica) che la giurisprudenza ha una peculiare e inarrestabile funzione sociale, prima trasformativa che ordinante, e dunque partecipa a pieno titolo alla costruzione ordinamentale. Del resto, di fronte a un ordinamento aperto, il processo di costruzione sarà sempre *in itinere*[16].

Ecco che, allora, proprio in chiave metodologica e politica, due fenomeni, apparentemente opposti ma che, in realtà, sono l'uno la proiezione dell'altro, vanno osservati criticamente, offrendo essi una falsa rappresentazione della realtà contemporanea. Da un lato, il timore verso l'individuo e soprattutto verso l'individualismo, assunto, quest'ultimo, quale disgregatore sociale. Dall'altro, la preoccupazione, ancora molto diffusa (anzi, accentuata dagli stessi successi della libertà), per la solitudine e per la debolezza dell'individuo. Al contrario, l'individuo, grazie al potere giuspolitico di cui è titolare e grazie agli sviluppi della libertà individuale, si trova nella condizione di reagire, facendo, così, pieno esercizio di autodeterminazione.

---

[15] Cfr. i saggi pubblicati in *Paradoxa*, gennaio/marzo 2024, e tutti dedicati a una riflessione collettiva sul progressismo contemporaneo.

[16] Su questi e su molti altri aspetti, le indicazioni di sintesi che si leggono in Dias, *Jurisprudence*, 5ª ed., London, 1985, Capp. 20 ('Sociological approaches') e 21 ('Modern realism'), 420 ss., risultano ancor'oggi di particolare utilità.

L'attuale e innegabilmente crescente protezione dell'individuo – una protezione che, appunto la collettività organizzata, ovvero l'ordinamento, offre continuativamente, elaborando nuovi e specifici strumenti giuridici di tutela, nonché affinando quelli già esistenti – va dunque valorizzata anche nella prospettiva dell'autonomia contrattuale, abbandonando l'idea, o comunque attenuandola, che il contratto è come tale luogo di patologica asimmetria da correggere, e non già di fisiologica asimmetrica da impiegare quale incentivo allo scambio, e dunque quale possibilità, per l'individuo, di ampliare gli spazi di libertà, di autonomia, di decisione, e perciò di miglioramento, tanto economico quanto esistenziale. In questo senso, si può anche dire che il contratto è in sé strumento di un solidarismo individualistico in costante dialogo (negli stati di diritto) con il solidarismo ordinamentale.

Ecco perché il contratto può essere pensato, a pieno titolo, quale effettiva istituzione della libertà, divenendo, così, perfettamente funzionale a quell'autodeterminazione individuale che attraversa l'intero spettro di tutto ciò che può qualificarsi in termini di libertà umana. In questo senso, si potrebbe anche dire, la dimensione umana si realizza attraverso il contratto, grazie al contratto. Del resto, l'enfasi sulla libertà individuale e sull'autodeterminazione esprime un'enfatizzazione della volontà, che, a sua volta, apre la strada per un pieno recupero di quella negozialità fino a oggi un po' in ombra, dopo i fasti di un passato ormai non più così prossimo, ma che può invece ritornare in primo piano, proprio perché l'autonomia negoziale è un altro modo per esprimere la centralità dell'individuo, del soggetto, della persona, dell'essere umano: in sintesi, la centralità della dimensione soggettiva, che ha la forza di incidere sulla dimensione oggettiva, ovvero quella ordinamentale (sempre all'interno di quella dialettica relazionale già più volte richiamata, e comunque necessariamente presente quale strumento di raccordo politico tra individuo e società).

In questa prospettiva – se osserviamo il contratto ancora più dappresso –, la categoria della causa concreta/causa in concreto, della causa/funzione economico-individuale, della meritevolezza degli interessi (e dunque tutta l'area della atipicità negoziale), sono tutti strumenti di cui, oggi, il contratto può beneficiare, in chiave espansiva, tanto nella direzione dell'ordine individuale della libertà e del benessere individuale, quanto nella direzione dell'ordine sociale e del benessere sociale.

Il che consente nuovamente un cenno allo stretto rapporto tra ordinamento e contratto. Non già nel senso per cui l'ordinamento simboleggia il limite, laddove il contratto simboleggia la libertà. Al contrario, l'ordinamento è come tale il prodotto della libertà individuale, e in questo senso il contratto risulta essere la principale fonte del diritto.

4. Programma economico negoziale e benessere individuale

Ho appena fatto cenno alla causa in concreto, alla causa come espressione non di una volontà psicologizzata, e in questo senso assolutizzata e idealizzata, ma di una volontà depsicologizzata, che necessariamente si esprime allora nel programma economico (ovvero nel programma negoziale): dunque, una volontà, e un programma, che assumono

rilevanza in chiave funzionale (così, mi pare, alla fin fine conciliando volontarismo negoziale e efficienza economica del contratto).

Si potrà dubitare dell'efficienza economica e pure dell'efficacia regolativa del programma che le parti hanno elaborato. Certo, non sarebbe corretto immaginare il programma economico nella prospettiva della programmazione economica, sempre fallimentare, se a vasto raggio, perché è impossibile, per il pianificatore, conoscere, e soprattutto prevedere, gli elementi e le variabili incidenti sulla programmazione medesima. Così come, per fare un fin troppo facile parallelismo, è del tutto utopistica la teorizzazione di una società libertaria, che può esistere solo rispetto a un numero ristretto di persone che condividano graniticamente (ovvero ideologicamente) la medesima idea di libertà: da questo punto di vista, però, e non paradossalmente, la società libertaria non è affatto una società liberale, perché non può conoscere al suo interno, a pena di fallimento, il pluralismo, e quindi il dissenso; laddove la società liberale, nel senso di società aperta, fondandosi essa su di un liberalismo pluralistico, ovvero su di un liberalismo comunitario, esprime al meglio l'*ubi consistam* della libertà individuale, che in questo senso risulta un fattore non solo ordinante, ma auto-ordinante. Il conflitto che deriva dall'esercizio della libertà individuale è certamente benefico, allora, perché fa emergere i limiti della libertà (limiti sempre relativi al contesto e mai assolutizzabili per ragioni ideali o ideologiche – per ragioni ideologiche, beninteso, si svolgerà la 'lotta per la libertà', e anche la lotta tra differenti libertà, differenti tanto dal punto di vista quantitativo che qualitativo), così rafforzandola in chiave sociale, e facendola dunque divenire protezione ordinamentale per nuove espansioni della medesima libertà: la dimensione sociale della libertà individuale funziona infatti quale elemento riequilibratore in senso istituzionale. In questa prospettiva, naturalmente, è impropria tanto la 'concezione antagonista' della libertà individuale (una 'libertà antisociale'), quanto la concezione autoritaria di essa (una 'libertà anti-individuale'), pericolosamente tendente verso quell'autoritarismo liberale che altro non è se una delle molteplici forme di negazione del pluralismo, e dunque dell'autodeterminazione individuale.

Da questo punto di vista, è proprio la effettiva possibilità, per i consociati, ricorrendo essi al contratto, e alla 'forza creatrice' dell'autonomia contrattuale, di dar vita a programmi economici che rafforza, consolida, corregge, modifica, estende i frutti della libertà individuale, che così assume rilevanza in termini di bene pubblico. In questa chiave, la logica della libertà è la logica dello scambio, quindi della relazione, quindi della cooperazione – tutti fattori grazie ai quali la storia dell'umanità è storia di progresso. I programmi economici interindividuali hanno quale punto di forza che le variabili in gioco sono in minor numero, rispetto a una programmazione macroeconomica, e dunque il piano economico individuale può essere sempre corretto da una serie di rimedi volti ad amministrare il rischio economico dell'accordo, con l'obiettivo della massimizzazione delle utilità individuali, così disincentivando ogni condotta opportunistica, all'insegna della parallela massimizzazione della cooperazione. Da questo punto di vista, si può infatti aggiungere che l'individualismo liberale è intrinsecamente un liberalismo cooperativo, e in questo senso comunitario – nulla a che fare, dunque, con l'individualismo egoistico, che è una forma di anarchismo, e dunque di rifiuto di quella responsabilità in-

dividuale che dovrebbe invece caratterizzare ogni membro di una società che voglia ben ordinarsi, e che, perciò, è un altro nemico, tanto della libertà, quanto della società.

Orbene, con particolare riferimento al contratto, ne emerge chiara l'immagine di programma microeconomico, al fine del complessivo benessere dell'individuo. Un programma, che dovrebbe trovare il massimo *favor* ordinamentale, sul presupposto che il contratto, appartenendo al *genus* dell'ordine spontaneo, ovvero all'ordine della libertà, e non all'ordine gerarchico, ovvero all'ordine della coazione, svolge una funzione ordinante, è in sé una 'forma di libertà', per utilizzare la formula di Fuller; e il giudice, rispetto al contratto, è il guardiano dell'ordine spontaneo, qui pensando a Hayek, nel senso che il giudice è chiamato a contribuire alla massimizzazione delle utilità contrattuali, nella logica di un'azione individuale e di uno scambio di pretese in moto perpetuo, e dunque in costante disequilibrio (il che, è ovvio, richiede un attivismo giudiziario che solo un errore di prospettiva, tanto metodologica quanto politica, può assumere come unicamente rivolto alla repressione della libertà individuale per ragioni di giustizia esocontrattuali: mi spingerei a dire che in una società aperta non può esistere una differenza tra giustizia individuale e giustizia sociale, posto che l'una si riflette biunivocamente nell'altra).

L'analisi economica del contratto, il contratto quale programma microeconomico, il contratto quale piano di ripartizione delle utilità e dei rischi, sono tutte formulazioni parallele, onde poter concepire il contratto come strumento di autodeterminazione e di progresso – tanto individuale quanto sociale, posto che ciò che è sociale deriva da ciò che è individuale; ma con l'avvertenza che, una volta esistente, ciò che è sociale incide su ciò che è individuale, entrando con quest'ultimo in relazione dialettica, ovvero in relazione di libertà.

Ecco, allora, che ben si può dire che la fedeltà delle parti al programma economico è il mezzo non solo per dare attuazione piena al contratto, ma anche per consentire all'ordinamento di far proprio il prodotto della prassi economica, che è sempre in costante movimento. Questo è l'unico 'movimento sociale della libertà' effettivamente benefico, perché fondato sulla libertà individuale, e come tale capace di autocorreggersi, di fronte a quelle che possiamo anche chiamare le deviazioni e le intemperanze della libertà, che sono effettivamente tali (e come tali sono individualmente e dunque socialmente percepibili) in tutti i casi in cui l'esercizio di libertà individuale assume due caratteristiche: i) produce una progressiva sfiducia sociale nella libertà; ii) produce una disomogeneità sociale incompatibile con quel pluralismo politico e con quella pluralità culturale che sono invece essenziali affinché si possa parlare, in termini contemporanei, di società aperta (ovvero una società nella quale la libertà individuale prospera, e nutre di sé l'intera dimensione sociale, che così si irrobustisce e si armonizza, nel segno di un autentico liberalismo comunitario, cui mi sono appena richiamato qui sopra – ecco il liberalismo 'di comunità').

Anche la libertà, come tutto ciò che è umano, non solo ha i suoi limiti, ma richiede un proprio ordine di azione e di reazione a tutela dell'ordine: appunto, l'ordine della libertà, ovvero una libertà nell'ordine – quell'ordine individuale delle azioni che sfocia poi in quell'ordine spontaneo di hayekiana memoria, e che, come tale, trova al suo interno tanto la legittimazione politica quanto la forza politica per reagire a ogni sviamento della libertà che possa portare a un processo di chiusura sociale e di irrigidimento sociale,

entrambi reazioni contro il disordine della libertà; un disordine, che è sempre segno di crisi del liberalismo.

Certo, ritornando a osservare da vicino il contratto inteso quale operazione economica, ritorna l'obiezione anche più sopra considerata. Ovvero: non c'è il rischio che, se l'ordinamento si apre massimamente alla libertà, e dunque alla prassi, possa darsi ingresso ordinamentale a operazioni economiche dannose per almeno una delle parti? Da cui, evidentemente, un sicuro svantaggio sociale, che porta con sé, a catena, il depotenziamento del contratto e quindi della libertà individuale, nonché, effetto ancora più grave, la sfiducia nel mercato e nella libertà quale strumento di emancipazione, individuale e sociale.

Credo si possa, anche qui, replicare nei termini seguenti, così richiamando, ancora una volta, la centralità dell'individuo quale cardine ordinamentale contemporaneo: centralità dell'individuo significa che ogni aspetto dell'individuo è al centro dell'attenzione ordinamentale, perché le situazioni soggettive assumono necessariamente rilevanza ultraindividuale, così entrando in relazione non solo interindividuale ma interordinamentale. Una relazione necessariamente trasformativa, come del resto ogni relazione all'interno dell'ordine della libertà.

Situazioni giuridiche non tutte solo patrimoniali, altrimenti non si spiegherebbe la sempre più forte attenzione, da parte degli ordinamenti, per la dimensione non patrimoniale dell'individuo.

Sul punto, basti pensare alla connessione tra esigibilità e inesigibilità della prestazione, da un lato, e condizione economica e esistenziale del debitore, dall'altro lato. La dimensione della rimedialità opera senza dubbio anche rispetto alle esigenze esistenziali del soggetto, sul presupposto che la libertà individuale, all'interno dell'ordine della libertà, che è un ordine di mercato, trova sempre il modo di soddisfare le esigenze tanto patrimoniali quanto esistenziali del soggetto.

In questa prospettiva, la stessa libertà di scelta e di alternativa è il rimedio più efficace, sul versante dell'autotutela e dell'autonomia; ma, sul versante dell'eteronomia, è chiaro che si apre lo spazio per un intervento integrativo e conformativo del giudice sul contratto, che, però, non ha nulla di pericoloso o di improprio, rappresentando esso, al contrario, la via per restaurare un equilibrio economico compromesso, e dunque, ancora una volta, per consentire alla libertà individuale delle parti di funzionare quale fattore di trasformazione emancipatoria.

5. Svolgimenti economici e esistenziali della libertà negoziale

Il progressivo ampliamento della dimensione della libertà individuale (libertà, direi, in senso pragmatico o forse, anche meglio, prasseologico – non certo libertà intesa in un senso a metà strada tra il metafisico e lo psicologico) è, dunque, una forma di protezione e di tutela dell'individuo, non già un pericolo per quest'ultimo, e quindi per l'intera società.

Si possono trovare diversi argomenti a sostegno di quest'affermazione, ma ne segnalo uno in particolare, che parrebbe essere il più robusto: l'espansione della libertà individuale concorre alla parallela espansione dell'ordinamento.

Tanto è vero che l'ampliamento del versante economico della libertà, come appunto avviene attraverso il contratto, ha un perfetto contrappeso nel potenziamento del versante non economico della libertà: pensiamo alla dignità della persona, appunto al principio di non discriminazione, all'uguaglianza in senso sostanziale, e quindi anche alla giustizia.

Nessuno di questi concetti è indipendente dall'altro; soprattutto, nessuno di essi è indipendente dal contesto storico, appunto perché i concetti sono meri strumenti di orientamento, variabili dipendenti dal contesto.

Se, infatti, si guarda al diritto più come a una scienza umana e sociale che non a una mera tecnica, a un linguaggio formalizzato, il rapporto tra le differenti dimensioni nelle quali e attraverso le quali si esprime la socialità risulta più facilmente percepibile, e soprattutto relativizzabile, e dunque comprensibile (laddove, l'assolutismo concettuale è un grave ostacolo alla comprensione dello sviluppo storico).

Tuttavia, poiché, senza dubbio, il diritto è anche tecnica, allora la questione della giustizia contrattuale può essere impostata (come del resto si far ormai da tempo)[17] alla luce delle ben note potenzialità della buona fede. Una buona fede da non intendere come regola etica, come criterio di controllo dell'onestà individuale delle parti, dei contraenti, ma, appunto, come tecnica di analisi economica del regolamento contrattuale. Mi riferisco, infatti, alla buona fede quale tecnica attraverso la quale attuare il rispetto del programma economico del contratto[18]: quindi una buona fede che rafforza il vincolo contrattuale, facendo propria l'idea che il contratto ha un ruolo istituzionale, anzi è una istituzione sociale, un'istituzione della libertà, per l'appunto.

Orbene, se, anche nei periodi più bui, la libertà individuale non si estingue, perché non può essere cancellata, si può guardare al contratto come a uno strumento di costante innovazione e rinnovazione interindividuale, che a sua volta innova e rinnova la fisionomia dell'ordinamento. In parallelo, la libertà individuale che consente queste innovazioni ha al suo interno le potenzialità per proteggere la dimensione non economica del soggetto, che, oggi, è destinataria di una speciale protezione da parte dell'ordinamento.

6. Interferenze di valore tra ordinamento e contratto: il ruolo dell'interpretazione economica della pattuizione

Da quest'angolo di osservazione, dunque, la relazione di 'interferenza di valore' tra ordinamento generale e ordinamento speciale assume una rilevanza assiologica assai peculiare, in quanto empiricamente consente e deontologicamente legittima un'attività di giudizio che sia il più possibile attenta al rispetto giuridico del regolamento contrattuale, proprio perché orientata alla comprensione economica del regolamento contrattuale: ri-

[17] Alpa, *Autonomia*, cit., 21.

[18] Cfr. ora Wan, Guo, *Good Faith Obligation. A Comparative Perspective*, Singapore, 2024, spec. la 'Part III', 197 ss.

spetto, quindi, che può aversi non già perché ci si debba trincerare dietro il bettianamente famigerato 'dogma della volontà' dei privati[19] – quale intima aspirazione ad un determinato assetto economico e giuridico dei propri interessi – , ma perché, assai diversamente, l'agire negoziale (di cui è conseguenza l'elemento strutturale rappresentato dalle clausole del contratto) non può che essere pensato come momento dinamico del complessivo ordine giuridico di una società[20].

Un agire negoziale che bensì deriva (perché *ex post* legittimato) da quello che tradizionalmente si chiama sistema giuridico statuale, ma ha salde radici (perché *ex ante* progressivamente affermatosi in virtù delle tante lotte per il diritto) nell'agire individuale e spontaneo, collettivo e organizzato, che si prefigge (con gradi diversi di consapevolezza e con diversità di risultati) di trasformare l'ordine giuridico dato.

Il parametro, allo stesso tempo generale e particolare, dei valori economici del contratto (e dunque del programma economico-negoziale), è, direi, decisivo, appunto perché è criterio di giudizio interno al contratto, che può però assumere una rilevanza oggettivata – in virtù delle tecniche di interpretazione –, tale da consentirne l'impiego quale autentico (cioè autosufficiente, da un punto di vista logico) criterio di giudizio esterno, e dunque utilizzabile dal giudice per risolvere i problemi di funzionalità del contratto, circa la compatibilità del programma negoziale individuale con i valori dell'ordinamento[21] (nella logica dell'interdipendenza reciproca).

Detto con altre parole: se la classica locuzione della comune intenzione delle parti (espressione che, naturalmente, enfatizza il voluto delle parti, la cui esternazione può essere stata incompleta, imprecisa, consapevolmente ambigua, ecc. – tutte eventualità che pongono al centro il momento interpretativo quale strumento di soluzione di un conflitto tra le parti già in atto oppure soltanto possibile) viene intesa e compresa (come appunto da tempo ormai si fa) in riferimento allo scopo economico che le parti si sono prefisse o che almeno hanno sperato di conseguire grazie al contratto che hanno stipulato, ecco, allora, che il contenuto economico del contratto acquista una specifica dimensione (anche regolativa) autonoma, e si allontana radicalmente dal regno volontaristico, cioè, in particolare, dalle intenzioni rimaste inespresse nel testo contrattuale: in una parola, si allontana da quella 'mistica della volontà' fatta bersaglio di molte critiche.

Un'analisi tendente ad individuare il contenuto economico della pattuizione, e tendente a considerarlo quale componente della complessiva base del giudizio di compatibilità tra contratto e ordinamento, è decisiva, perché consente di attribuire al contratto, *ratione interpretationis*, non ciò che le parti 'hanno voluto' (così sottraendosi a ogni rischio insito in un approccio enfaticamente e sterilmente soggettivistico), ma ciò che risulta,

---

[19] Alpa, *Autonomia*, cit., spec. 7.

[20] Molte acute considerazioni sono nella tesi di dottorato in filosofia di S.D. Warner, *Law and social order in Lon L. Fuller and F.A. Hayek*, Michigan State University, 1986, *https://d.lib.msu.edu/etd/40902*.

[21] Alpa, *Autonomia*, cit., 42.

appunto *ex interpretatione*, dall'esame degli elementi e dei rapporti economici che costituiscono il fondamento della struttura giuridica negoziale[22].

Se allora pensiamo alla rilevanza, in funzione normativa, del contenuto economico contrattuale, essa risulta evidente se si pensa che il contratto è un luogo, anche materiale, attraverso il quale le parti arrivano a una composizione dei propri interessi. E infatti, riferirsi all'assetto di interessi dedotti in contratto ha il vantaggio di consentire il superamento di una serie di problemi preliminari connessi, in particolare, alla volontà inespressa, o alla volontà implicita, e ha altresì il vantaggio di configurare il contenuto del contratto quale centro del significato oggettivo della pattuizione, della quale nessuno vorrà negare l'esistenza, qualunque sia la metodologia giuridica adottata per accertarla.

Stipulato dunque il contratto, le parti, iniziando a darvi esecuzione, si pongono in modo attivo, e in parte necessariamente creativo, di fronte al regolamento contrattuale, tenendolo quale punto fermo che possa guidare le modalità esecutive di fronte alle eventuali, ma non rare, sopravvenienze.

È in questo senso che si apprezzano pienamente quelle tecniche, tra cui, appunto, la clausola generale di buona fede, non già precipuamente volte ad attribuire alle parti una volontà che esse mai hanno espresso (e dunque, verosimilmente, mai elaborato), né a modificare l'equilibrio economico originario della pattuizione per ricondurlo a conformità con i valori generali dell'ordinamento, come ad esempio – e per citare quello che più si presta a letture antagoniste dell'autonomia privata – il principio di solidarietà[23], ma volte, se non a esplicitare, a ancorare la rilevanza, e dunque l'efficacia giuridica, del contratto al suo contenuto economico.

Ecco, allora, che ritorna in primo piano la centralità della causa in concreto e della buona fede come tecniche per mezzo delle quali impedire che alle parti sia irragionevolmente consentito, dopo il sorgere del contratto, di immotivatamente ritornare sui propri passi, e altresì come tecniche idonee e efficaci a tutelare la portata oggettiva del regolamento negoziale.

In questa prospettiva, direi che la funzione sociale[24] della buona fede emerge soprattutto rispetto all'affare concluso; e cioè: la buona fede è lo strumento principe – grazie alla sua natura di clausola generale con contenuto non predeterminato ma continuativamente rimesso al lavoro ermeneutico dell'interprete –, con il quale assistere le parti nello svolgimento del potere di autodeterminazione negoziale di cui dispongono. Non si tratta di assistenza paternalistica; al contrario, si tratta di una assistenza ispirata al rispetto del principio di autonomia privata, con la conseguenza che, fatti salvi i fenomeni patologici lesivi della libertà del consenso, la libera scelta delle parti (volontà indirizzate al perseguimento di interessi) è principio e valore che non può essere messo in discussione di fronte ad ogni problema di funzionamento del contratto.

---

[22] *Ibid.*, 9.
[23] *Ibid.*, 21.
[24] *Ibid.*, 6.

In altri termini, la libertà del volere economico delle parti – e cioè la libera valutazione economica di esse – è il presupposto del ricorso all'utilizzo della buona fede, perché nella (argomentazione di) buona fede la libertà individuale trova un mezzo tecnico-ermeneutico di espressione, posto che l'agire contrattuale è in sé un agire economico[25].

In questo senso, la buona fede è ausiliaria del programma contrattuale, non già conflittuale.

L'attenzione prestata all'economia del contratto è dunque garanzia della attuazione del programma negoziale.

Le condotte che attraverso la buona fede possono e debbono essere colpite sono allora quelle volte ad ostacolare l'operatività della *ratio* economica dell'affare; in questo senso, il compito primario della buona fede è appunto quello di consentire che ciò che le parti hanno determinato attraverso il regolamento contrattuale possa trovare esecuzione integrale; qui si vede che il primario problema di compatibilità va riferito alle pretese delle parti emerse solo dopo la conclusione del contratto; e dunque, la buona fede, se e quando è antagonista della volontà dei privati, lo è perché è solidale con il programma economico che il contratto esprime.

Da questo angolo di osservazione, allora, si può certamente accostare la buona fede alla solidarietà[26], ma intesa quale meccanismo di supporto dell'autonomia contrattuale e di sostegno al funzionamento economico del contratto.

Se non altro con questa affermazione Guido Alpa non avrebbe ovviamente concordato, come del resto non aveva mancato di ricordarmi affettuosamente a voce.

A mia volta, nel ricordo del suo dissenso affettuoso, concludo.

[25] *Ibid.*, 32.
[26] *Ibid.*, 21.

Adozione del singolo e famiglia monoparentale: le prospettive dopo la decisione n. 33/2025 della Corte Costituzionale

Maria Annunziata Astone
Prof. ord. dell'Università di Messina

Sommario: 1. La sentenza n. 33/2025 della Corte Costituzionale. – **2.** L'adozione dei minori nel sistema delle relazioni familiari. – **3.** I precedenti: a) l'adozione di minore italiano da parte del singolo: l'art. 6 legge 184/1983. – **4.** Segue: b) l'adozione del minore straniero da parte di un *single*. – **5.** L'ambito di riferimento della sentenza della Corte Cost. n. 33 del 2025. – **6.** Conclusioni: verso una necessaria riforma della legge in materia di adozione.

1. La sentenza n. 33/2025 della Corte Costituzionale

L'adozione del minore da parte del singolo ritorna all'attenzione della Corte Costituzionale con una recente sentenza del 2025, che ha allargato la platea dei soggetti legittimati all'adozione internazionale dei minori.

In particolare alla Corte è stata sottoposta la questione di legittimità costituzionale degli articoli 29-*bis*, comma 1, e 30, comma 1, della legge 184/1983, in relazione agli articoli 2 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Cedu.

Una donna, cittadina italiana e single, ha presentato nel 2019, presso il Tribunale dei minorenni di Firenze, dichiarazione di disponibilità ad adottare un minore straniero. Il tribunale si rivolge alla Corte Costituzionale[1], sul presupposto dell'esistenza di profili di illegittimità costituzionale delle disposizioni soprarichiamate, nella parte in cui non

[1] L'ordinanza di rimessione era stata presentata già nel 2020 ma la questione era stata dichiarata inammissibile.

consentivano al giudice di emettere decreto di idoneità all'adozione internazionale nei confronti della persona non coniugata, malgrado la stessa presentasse gli altri requisiti e le attitudini genitoriali richiesti dalla vigente legge sull'adozione.

La Corte Costituzionale, nel 2025, accogliendo i rilievi del giudice *a quo*, dichiara costituzionalmente illegittimi gli art. 29 *bis*, comma 1, e 30, comma 1, legge 184/1983, nella parte in cui riservano l'adozione internazionale di minori a coppie unite in matrimonio, secondo il richiamato art. 6. Il risultato cui giunge la Corte era in parte atteso, sebbene significative sono, in prospettiva *de jure condendo*, le motivazioni che giustificano la decisone.

A colpire, infatti, il lettore non è solo la scelta di estendere l'adozione internazionale di minori a favore delle persone singole, ma anche l'affermazione che il modello di famiglia monoparentale (cui l'adozione da parte di singolo dà vita) trova "riconoscimento costituzionale". Per queste ragioni, qualunque analisi della decisione non può prescindere dalla considerazione dell'evoluzione dei rapporti familiari nella società odierna[2], e del mutato quadro normativo e dei principi che presiedono il diritto dei minori e della persona umana[3].

2. L'adozione dei minori nel sistema delle relazioni familiari

Preliminarmente va rilevato che la scelta adottata dalla Corte Costituzionale rappresenta un ulteriore tassello del percorso evolutivo che caratterizza un istituto – quello della famiglia – che più di ogni altro risente delle trasformazioni sociali[4]. Il processo è abbastanza noto e non è certo questa la sede per soffermarsi. La consapevolezza che la famiglia costituisce, ai sensi degli articoli 2 e 29 Cost., una formazione sociale – la più importante – che si pone come luogo di sviluppo e tutela della persona umana e della dignità – ha determinato l'apertura al pluralismo[5] dei modelli di vita familiare; come è dimostra-

---

[2] Cfr. Scalisi, *«Famiglia» e «famiglie» in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 7 ss..

[3] Cfr. Scalisi, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio "personalista" in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 145 ss.; F.D. Busnelli, *Le alternanti sorti del principio di dignità della persona umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1071 ss.

[4] Salanitro, *Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, in *Riv. dir. civ*., 2019, 563 ss.

[5] Il riconoscimento giuridico e la rilevanza costituzionale della famiglia non fondata sul matrimonio sono stati definitivamente affermati dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 237 del 1986, che ha rappresentato una svolta nel processo di progressivo riconoscimento della legittimità della convivenza *more uxorio*. Corte Cost. 237/1986 in *Foro it., 1987*, I, 2353 ss. In dottrina cfr. Busnelli-Santilli, *La famiglia di fatto*, in Commentario al diritto italiano della famiglia, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, VI, Padova, 1992, 760 ss.; D'Angeli, *La famiglia di fatto*, Milano, 1989, 23 ss.; F.D. Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in Scalisi (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia,* Milano 2004, 521 ss., spec. 527 ss., ove si evidenzia la perdita di esclusività della famiglia fondata sul matrimonio, ma non la morte della famiglia; Astone, *Ancora sulla famiglia di fatto: evoluzioni e prospettive*, in *Dir. fam. Pers*., 1996, 1462 ss.

In materia si segnalano C. Cost. 7 aprile 1988 n. 404; C. Cost. 26 maggio 1989 n. 310.

to dalla legge sulle unioni civili, che, sulla spinta della normativa e della giurisprudenza europea[6] e costituzionale[7], ha portato a ulteriore svolgimento il percorso evolutivo già da tempo avviato in ordine al riconoscimento di nuovi tipi familiari, a prescindere oltre che dall'atto costitutivo anche dal sesso dei suoi componenti. Di non minore importanza sono le normative riguardanti la procreazione medicalmente assistita[8], e le nuove disposizioni in tema di filiazione[9] che hanno dato ingresso allo stato unico di figlio. Sullo sfondo di questa complessa e articolata normativa resta il ruolo svolto dal legislatore europeo che ha contribuito significativamente a tale processo di rinnovamento. A parte, infatti, le implicazioni connesse all'applicazione dei principi fissati negli art. 81 e 67 del TFUE sul piano del reciproco riconoscimento delle decisioni degli Stati membri dell'Unione Europea e della connessa circolazione dei modelli giuridici familiari, fondamentali sono i diritti e i principi fissati nella Carta di Nizza in materia di famiglia, tra cui l'art. 9 che segna sul piano legislativo la scissione del binomio famiglia-matrimonio e il superamento dell'eterosessualità come presupposto per fondare una famiglia; e l'art. 7 che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare e che riproduce il più noto art. 8 della CEDU, che attribuisce a ogni persona il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare[10]; l'art. 33 che attribuisce ad ogni persona il diritto ad «un congedo di maternità retribuito e ad un congedo parentale dopo la nascita e l'adozione di un figlio». Il quadro che emerge

---

[6] La legge sulle unioni civili del 2016 è stata preceduta da un ampio e complesso dibattito dottrinale e giurisprudenziale nel quale un ruolo fondamentale è stato svolto dalla giurisprudenza della Corte EDU e della CGE. Si segnalano Corte EDU 21 luglio 2015, IV sez., *Oliari e altri c. Italia*, in *Famiglia e diritto*, 2015, 1069 ss., con nota di Bruno, *Oliari contro l'Italia: La dottrina degli "obblighi positivi impliciti" al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso*, 1073 ss. In dottrina cfr. Fortino, *Piccoli passi e cautele interpretative delle Corti sui diritti delle unioni omosessuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 129-130; Romboli, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali*, in Ferrari (a cura di), *Lo status giuridico delle coppie* same sex*: una prospettiva multilivello*, Roma, 2014, 2 ss.; Segni, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la costituzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 707 ss., 709-710.

[7] Fondamentali, ai fini del riconoscimento normativo delle unioni civili, anche Corte cost. n. 138 del 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 20527 ss.; Corte Cost. n. 170 del 2014, in *Diritto&Giustizia*, 2014, 114 ss. e in *Giur. Cost*., 2014, 2706B, nonché Cass. Civ., sez. I, 9 febbraio 2015, n. 2400; Cass. Civ., sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184.

[8] Legge 19 febbraio 2004, n. 40 («Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»).

[9] D.L. 28 dicembre 2013, n. 154 («Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219»). In dottrina cfr. C.M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione. Commentario sistematico*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2013, 437 ss.; Id. (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014; Id. (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015; Salanitro, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (I parte e II parte*), in *Corr. giur*., 2014, 540 ss. e 675 ss.; Amagliani, *L'unicità dello stato giuridico di figlio*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 554 ss.; Sesta, voce *Filiazione* (dir. civ.), in *Enc. dir., Ann*., VIII, Milano, 2015, 445 ss.

[10] Cfr. Lipari, *Riflessioni sulla famiglia e sistema comunitario*, in Scalisi (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, 438 ss.; Alpa, *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Familia*, 2003, 439 ss.

dall'insieme di queste normative è chiaro ed è quello di una realtà familiare[11] pluralistica sia sul piano del fatto, sia su quello degli effetti. Accanto alla famiglia legittima si possono oggi identificare nuove tipologie familiari[12]. Si parla così di famiglia biologica, famiglia artificiale, famiglia adottiva[13], e anche di famiglie monoparentali, ora di rilevanza costituzionale[14] e già tutelate dall'Unione Europea, che ha invitato più volte gli Stati membri a predisporre misure di sostegno economico e normativo per i nuclei familiari costituiti da madri sole e più in generale da genitori soli e i loro figli[15].

Il pluralismo ha investito anche i rapporti tra i partners che ora risultano commisurati al diverso modello familiare adottato[16]; così come il rapporto di filiazione, sebbene caratterizzato dallo status unico di figlio, è parzialmente condizionato dalle modalità della procreazione, naturale, artificiale o della natura legale del vincolo di filiazione, come nel caso dell'adozione. Il sistema familiare precostituito è stato, pertanto, progressivamente scardinato[17], anche attraverso una importante elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che ha, in più occasioni, evidenziato l'insufficienza dei testi normativi a cogliere le molteplicità dell'agire umano[18] e quindi delle nuove relazioni familiari e parentali[19] che si vengono a costituire tra le persone e che reclamano protezione e tutela[20]. Neppure le cri-

---

[11] Sulle unioni civili e sul percorso evolutivo cfr. De Cristofaro, *Nuovi modelli familiari, matrimonio e unione civile: Fine della partita?,* in Salanitro, *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, Pisa, 2019, 129 ss.; *ivi*, cfr. Busnelli, *Conclusioni. Per un'ermeneutica della famiglia "moderna": l'idea del "Rammendo"*, 155 ss.

[12] Sulla evoluzione dei modelli familiari cfr. per tutti Scalisi, *La "famiglia" e le "famiglie"*, in Id., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 222, il quale avverte che anche «la istituzione familiare ha partecipato di una profonda crisi di identità e di unità» e che ormai «la realtà di una pluralità di modelli familiari alternativi è da tempo segnalata».

[13] Sulla evoluzione dei modelli familiari Scalisi, *La "famiglia" e le "famiglie"*, in *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, cit., 222, il quale avverte che anche "la istituzione familiare ha partecipato di una profonda crisi di identità e di unità" e che ormai "la realtà di una pluralità di modelli familiari alternativi è da tempo segnalata".

[14] C. Cost. 33/2025: punto 9.3.

[15] *Risoluzione del Parlamento Europeo* del 18 settembre 1998 sulla situazione delle madri sole e delle famiglie monoparentali, in GUCE 12 ottobre 1998, n. C313; *Risoluzione 8 luglio 1986* , in GUCE 8 settembre 1986, n. C227.

[16] M. Bianca, *I diversi statuti della casa familiare nella complessità dei modelli familiari*, in Salanitro (a cura di), *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, cit., 221 e spec. 224 ss.

[17] In tal senso e in chiave critica Ruggeri, *Un ossimoro costituzionale: la "famiglia monoparentale" (implicazioni di ordine istituzionale ed al piano della teoria della Costituzione),* in *Federalismi.it*, 9 aprile 2025, Editoriale,

[18] Su tale evoluzione cfr. Bilotti, Sesta (a cura di) , *Dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia fondata sulla procreazione*, in *Fam. e dir.*, 2022, 1038 ss.

[19] Al Mureden, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze,* in *Fam. dir.*, 2016, 966 ss.

[20] Cfr. Sassi, *La genitorialità nel sistema di protezione della persona*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2025, 17 ss.

tiche sono mancate: alcuni studiosi si interrogano sul fatto se *certi mutamenti della realtà sociale hanno tradito l'autentico spirito della Costituzione*[21] o, ancora , più di recente non è mancato chi ha ritenuto che la decisione della Corte Costituzionale esaminata ha messo in campo una "*vistosa manipolazione del dettato costituzionale*[22]", prendendo come punto di riferimento la famiglia tutelata nell'art. 29 Cost., come formazione sociale fondata sul matrimonio tra due soggetti e caratterizzata dalla eterosessualità dei suoi componenti. L'interpretazione originalistica di tale disposizione, tuttavia[23], trova un limite nella considerazione che l'idea di famiglia va ricavata dal contesto sociale di riferimento e non può essere imposta certamente dal sistema giuridico[24]. A decidere della famiglia, ora che la persona è diventata principio costitutivo della stessa, sono i rapporti che tra i componenti si instaurano. Il pluralismo dei modelli familiari ha inciso anche su tale piano.

In particolare, per quanto attiene al tema trattato in questa sede, la Corte Edu[25], in applicazione dell'art. 8 Cedu e del diritto alla vita familiare, ha evidenziato la necessità di una protezione delle relazioni affettive familiari, come quella tra nonno e nipote[26]; o tra il minore e il partner del genitore biologico, il c.d. genitore sociale[27]; o ancora, tra minori e affidatari extrafamiliari. Rispetto a tale ultimo rapporto, in particolare, si è manifestata l'esigenza di tutelare i minori che, a causa del lungo protrarsi dell'affidamento extrafamiliare,

---

[21] Cfr., per indicazioni in tal senso, E. Bilotti, *Un nuovo diritto della famiglia*, in *Fam. dir*., 2022, 1042.

[22] Ruggeri, *Un ossimoro costituzionale: la "famiglia monoparentale" (implicazioni di ordine istituzionale ed al piano della teoria della Costituzione),* in *Federalismi.it, 9 aprile 2025*, cit., VIII.

[23] A sostegno dell'interpretazione originalista dell'art. 29 Cost., cfr. Trabucchi, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia,* in *Una legislazione per la famiglia di fatto*?, Padova, 1986, 9 ss.; Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ*., 2002, 520 ss.; nella dottrina costituzionale cfr. Ruggeri, "*Strane" idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche e implicazioni di ordine istituzionale,* in *www.gruppodipisa.it,* 3 e 4 ss.; Id., *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale) pretesa a connotarsi come "famiglie", in www.forumcostituzionale.it*, 2010, 4. In chiave critica su tale interpretazione dell'art. 29 Cost., Auletta , *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, che dopo aver analizzato le contrapposte posizioni dottrinali sull'art. 29 Cost., aderisce alla concezione pluralistica della famiglia, 620-622; P. Zatti, *Familia, Familiae, Declinazione di una idea*, in *Familia*, 2002, 9 ss.; Romboli, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *www.rivistaaic.it*, 2010, 7 ss.

[24] In tal senso Scalisi, *La famiglia e le famiglie,* in Id., *Studi sul diritto di famiglia,* Padova, 2014, 15 ss.

[25] Battelli, *Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza CEDU*, in *Dir. fam. pers.*, 2021, 838 ss.

[26] Cinque, *La famiglia si allarga ai "nonni sociali", Diritto delle successioni e della famiglia,* 2019, 49 ss.; Della Bianca, *L'interruzione dei rapporti con i nipoti non esclude il diritto di visita dei nonni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 796 ss.; Gelli, *Nonni: ambito e limiti del diritto alla frequentazione dei nipoti*, in *Fam. e dir*., 2021, 361 ss.

[27] Cinque, *Quale statuto per il "genitore sociale"*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1475 ss.; Al Mureden, *Lo scioglimento dell'unione civile tra rapporto di coppia e ruolo del "genitore sociale"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1699 ss.

per il permanere della situazione di inidoneità dei genitori biologici, hanno ormai instaurato una relazione di tipo genitoriale con gli affidatari, consentendo agli stessi la possibilità di partecipare al giudizio per rappresentare gli specifici interessi del minore[28].

In definitiva, la configurabilità di modelli familiari alternativi è un dato ormai sicuro e certo e la nuova frontiera è quella ormai della rilevanza costituzionale della famiglia monoparentale o monogenitoriale, o addirittura – come è stato sostenuto – non si può escludere di considerare come forma di famiglia lo stesso *single*[29], che tiene comportamenti ispirati a vita familiare.

La conseguenza è evidente: se la famiglia monoparentale acquista la dignità di formazione sociale costituzionalmente rilevante non dovrebbero più sussistere in astratto ostacoli all'adozione da parte del *single*.

Al riguardo tuttavia un altro passaggio si impone, che è quello di individuare il sistema normativo e giurisprudenziale nel quale si inserisce la nuova decisione.

3. I precedenti: a) l'adozione di minore italiano da parte del singolo: l'art. 6 legge 184/1983

Il problema della ammissibilità o non ammissibilità dell'adozione da parte del singolo sorge all'indomani della emanazione della legge 184 del 1983, che, nel modificare la previgente disciplina presente nel codice civile, ha disciplinato l'adozione dei minori di età, riservando il potere di adottare un minore solo a due coniugi "*uniti in matrimonio da almeno tre anni*", che "*siano affettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendano adottare*", mentre "*l'età degli adottanti deve superare di almeno diciotto e di non più di quarantacinque anni l'età dell'adottando*". Il principio generale fissato nell'art. 6 subisce eccezioni in alcune norme contenute nella stessa legge; e, in particolare, nell'art. 25, commi 4 e 5, si prevede espressamente che lo *status* di figlio adottivo possa operare nei confronti di uno solo dei genitori: sono le ipotesi in cui uno dei coniugi muore o diventa incapace durante l'affidamento preadottivo, o ancora quella in cui durante il predetto periodo interviene separazione tra i coniugi affidatari; nell'art. 44 si prevede che nei casi di adozione in casi particolari indicate nelle lett. a), c) e d) del comma 1 dell'art. 44, l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato.

Il dato normativo così sommariamente descritto ha, sin da subito, mostrato criticità sia perché nel tempo non è risultato in linea con l'evoluzione storico-sociale della

---

[28] Morozzo della Rocca, *Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la L. n. 173/2015*, in *Fam. dir.*, 2017, 602 ss.; Conti, *Il ruolo degli affidatari nel procedimento di adottabilità alla luce della legge 19 ottobre 2015, n. 173*, in *Giustizia civile.com (Online)*, 2017, 1 ss. Da ultimo si veda inoltre Cass. 10 ottobre 2024, n. 26392.

[29] È quanto affermato da Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia ad oggi,* in Id., *Studi sul diritto di famiglia*, cit., 93, che rinvia alle affermazioni di Dizard-Gadlin, *The minimal family*, 1990, 170.

famiglia, sia con il sistema degli interessi in gioco, interesse dell'adottante e interesse dell'adottato.

A mettere in discussione per prima l'assetto normativo cristallizzato nelle disposizioni citate è stata la nota vicenda Di Lazzaro[30], il caso di cioè di una nota attrice *single* che si è rivolta al Tribunale per i minorenni di Roma per chiedere l'adozione di un minore italiano, invocando, però, l'applicazione dell'art. 6 della Convenzione europea sull'adozione dei minori[31], disposizione che prevede la possibilità per la legislazione degli Stati membri di consentire l'adozione del minore anche ad una persona singola. Parte ricorrente avanzava la richiesta facendo valere la perfetta operatività ed immediata applicabilità nei rapporti interprivati della norma convenzionale, nella parte in cui prevede l'adozione di un minore anche da parte di un unico adottante. Su tale questione il giudice di appello ha sollevato la questione di legittimità costituzionale e la Corte Costituzionale ha dichiarato, a suo tempo, non fondata la questione per diverse ragioni e, tra queste, la scelta del legislatore italiano che non ha dato attuazione a tale previsione normativa[32]. La Corte avvertiva, tuttavia, che – in relazione alla evoluzione socio-giuridica della società – fondatamente, in futuro, il legislatore italiano avrebbe potuto ampliare le possibilità di adozione del singolo. Il suggerimento, tuttavia, non è stato raccolto, pur in presenza della affermazione della Corte circa la non contrarietà dell'adozione da parte del singolo al sistema giuridico complessivamente considerato.

4. Segue: b) l'adozione del minore straniero da parte di un *single*

La questione, nel tempo, viene ulteriormente posta in rilievo con riferimento alle numerose richieste ricevute dagli organi giurisdizionali italiani di delibazione delle sentenza straniere di adozione di minori stranieri da parte del singolo, pronunciate in Paesi

---

[30] Beghè Loreti e Orlandi, *L'adozione da parte di persona sola: in merito ad una non condivisibile interpretazione della convenzione di Strasburgo*, in *Giust. Civ.*, 1995, 249 ss.; Dogliotti, *L'adozione da parte del singolo e la solitudine del giudice*, in *Fam. dir.*, 1995, 33 ss.; Guglielmi, *Adozione del singolo? Sì, ma quando?*, in *Giur. mer.*, 1995, 214 ss.; Astone, *L'adozione del minore da parte del singolo*, in *Dir. fam. pers.*, 1995, 516 ss.

[31] Convenzione europea sull'adozione dei minori stipulata a Strasburgo il 24 aprile 1967 e resa esecutiva in Italia con legge 22 maggio 1974 n. 357. In argomento cfr. Granelli, *Riforma o controriforma dell'adozione? (Appunti sul regime del!' adozione dopo l'entrata in vigore della Convenzione di Strasburgo),* in *Dir. fam. pers.,* 1978, 597 ss.; G. Cattaneo, *Convenzioni europee e leggi interne in tema di adozione dei minori e di trattamento dei figli naturali*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, 319 ss.; C.M. Bianca, *Note per una revisione dell'istituto dell'adozione*, in *Jus civile*, 2018, 60 ss.

[32] Corte cost., 16 maggio 1994, n. 183. Cfr. Cristiani, *L'adozione da parte del singolo: normativa convenzionale, legge italiana e prospettive di riforma alla luce dell'interesse del minore* in *Nuova gour. Civ. comm.*, 1994, 605 ss.; Lamarque, *Adozione da parte dei single: fra Corte costituzionale e Corte d'appello di Roma non c'è dialogo*, in *Giur. it.*, 1995, 540 ss.; Dogliotti, *La Consulta, l'adozione dei singoli ed il futuro (eventuale) legislatore*, in *Fam. dir.*, 1994, 245 ss.

dove tale istituto è consentito senza riserve[33]. Sicché una delle questioni maggiormente dibattute dalla giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, è stata quella della possibilità di delibare o non delibare provvedimenti stranieri che avessero disposto l'adozione in favore di soggetti *single*[34]. L'esame delle principali decisioni sul tema consente di isolare due differenti ipotesi. La prima è quella in cui la sentenza straniera di adozione attiene a un procedimento iniziato e concluso anteriormente all'entrata in vigore della legge 184/1983. Qui la giurisprudenza del Supremo Organo di legittimità ha ritenuto che nel vigore della disciplina transitoria dell'art. 76 legge n. 184 del 1983 si debbano applicare le norme nazionali vigenti alla data dell'esaurimento della procedura, sia sotto il profilo dell'iter processuale, che dei presupposti sostanziali, ivi compresi «quelli che attengono all'avente diritto al provvedimento di adozione», tra cui la persona singola. La seconda ipotesi riguarda i provvedimenti stranieri pronunziati nel vigore della nuova normativa sull'adozione regolati nell'art. 35, comma 4, legge 184/1983[35]. Al riguardo la Corte di Cassazione[36], sul presupposto che in tale materia trovano applicazione le norme stabilite dalla legge n. 476 del 1998, che ha ratificato la Convenzione dell'Aja del 1993[37], e non quindi gli artt. 64 e 66 legge 218 del 1995, ha ritenuto che fondamentale resta la previsione contenuta nell'art. 35, comma 4. Conseguentemente il provvedimento straniero di adozione può essere trascritto e produrre efficacia in Italia, solo dopo che il Tribunale competente abbia accertato non solo la sussistenza delle condizioni «previste dall'art. 4 della Convenzione, ma anche la sua non contrarietà ai "principi fondamentali" che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori o, più in generale, a norma dell'art. 24 della Convenzione, all'"ordine pubblico", valutati in relazione al superiore interesse del minore». Pur in presenza di questa differenza tra l'art. 24 della Convenzione e l'art. 35, comma 3, legge 184/1983, terminologica e non sostanziale, posto che l'ordine pubblico rilevante non è altro che l'insieme dei principi regolativi della materia, la delibazione del provvedimento straniero di adozione risulta così subordinata all'accertamento della sua conformità ai principi regolativi del diritto di famiglia e dei minori e al superiore interesse del mino-

---

[33] Cfr. Autorino, *Adozione e affidamento familiare: nuove definizioni e nuove tensioni*, in *Comp. dir. civ.*, 2014, 1 ss.

[34] Sul punto si rinvia al ns. Astone, *La delibazione del provvedimento di adozione internazionale di minore a favore di persona singola*, in *Fam. dir.*, 2011, 697 ss.

[35] L' adozione internazionale è stata regolata dalla Convenzione dell'Aja, attuata nel nostro ordinamento con legge n. 476 del 1998, che ha novellato la legge 184 del 1983. Sull'adozione internazionale e sul relativo procedimento Cafari Panico, voce *Adozione, IV) Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 2002, 5 ss.

[36] In tal senso cfr. Cass. civ., sez. I, 11 marzo 2006, n. 5376; Cass. civ. 23 gennaio 2004 n. 1155.

[37] La disciplina generale contenuta negli artt. da 64 a 71 del legge 31 maggio 1995 n. 218, che ha determinato l'abrogazione degli artt. 796 e 797 c.p.c., non trova applicazione con riferimento all'adozione internazionale, trattandosi di materia regolata da *lex specialis*, sottratta come tale alla applicazione della *lex generali*. La Convenzione dell'Aja ha previsto un apposito procedimento di delibazione del provvedimento adottivo, pronunciato all'estero, che, per la delicatezza dell'oggetto, si discosta da quello previsto nella legge 218 del 1995.

re[38]. Solo in presenza di tale conformità il provvedimento straniero di adozione veniva delibato, ai sensi del successivo art. 44, che al comma 3 prevede la possibilità che, nei casi di cui al comma 1, l'adozione in casi particolari è consentita anche a chi non è coniugato.

Il quadro ricostruttivo delineato oggi risente della decisone pronunciata nel 2022 dal Supremo Organo di controllo delle leggi[39], che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 55 l. 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, comma 2, c.c., prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante[40]. A partire da questo momento le distanze, sotto il profilo degli effetti, tra adozione ordinaria dei minori e adozione in casi particolari si accorciano sensibilmente sino quasi ad annullarsi[41].

5. L'ambito di riferimento della sentenza della Corte Cost. n. 33 del 2025

Con la decisione del 2025, la Corte Costituzionale interviene su questo secondo tipo di adozione – quella dell'adozione del minore straniero prevista dall'art. 29 *bis*, comma 1, e dall'art. 30, comma 1, della legge 184 – lasciando impregiudicata la prima e più risalente questione, ovvero quella dell'adozione di minore italiano da parte del *single*[42]. Malgrado la limitazione dell'oggetto del giudizio, il pregio della decisione è quello di aver cristallizzato nella prospettiva evolutiva il sistema degli interessi in gioco, l'interesse del minore ad avere un famiglia e l'interesse delle persone singole ad adottare. Intorno a questi due interessi e al loro rapporto verte il percorso svolto dalla Suprema Corte.

È noto infatti che la vigente normativa sull'adozione, in attuazione della normativa costituzionale e delle convenzioni internazionali, è un istituto diretto a fornire assistenza morale e materiale ai minori abbandonati. Il superiore interesse del minore costituisce non solo criterio di legittimazione dei diversi tipi di adozione, ma giustifica vistose deroghe alla regola secondo la quale legittimati all'adozione sono esclusivamente i coniugi uniti in matrimonio, come emerge dalla previsione contenuta nell'art. 25, commi 4 e 5, prima citata. Dall'insieme di tali disposizioni si desume che, se l'interesse superiore del

---

[38] Sulla problematica relativa al rapporto tra ordine pubblico e principi regolativi del diritto di famiglia e dei minori cfr. Bisio e Roagna, *L'adozione internazionale di minori*, *Normativa interna e giurisprudenza europea*, in Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2009, 162 ss.

[39] Corte Cost. 28 marzo 2022, n. 79. In argomento cfr. Sesta, *Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali*, in *Fam. dir.*, 2022, 897 ss.

[40] Salanitro, *L'adozione mite tra vincoli internazionali e formanti interni* (Nota a Cass. civ., sez. I, 25 gennaio 2021, n. 1476), in *Corr. giur.*, 2021, 1070 ss.

[41] Finessi, *Unicità dello stato di figlio e interesse del minore nell'adozione in casi particolari*, in *Riv. dir. civ.*, 1027 ss.

[42] Marchetti, *L'apertura dell'adozione internazionale ai single tra tutela dell'interesse del minore e dell'autodeterminazione orientata alla genitorialità*, in *Giustizia civile.com (online)*, 2025, 11 s.

minore[43] lo esige, alla emanazione del provvedimento di adozione e al conseguimento del relativo status legittimante non è di ostacolo la presenza di uno solo dei genitori.

In tali fattispecie l'adozione legittimante si instaurerà tra uno solo dei genitori e il figlio adottivo, dando così vita a un modello familiare mono-genitoriale, non esattamente corrispondente[44] a quello previsto dal precedente art. 6. E sebbene tali forme di adozione, come quella in casi particolari, non appaiono suscettibili di applicazione generalizzata, essendo stato fissato sul piano generale il principio di riconoscere il diritto all'adozione solo "*alla coppia di coniugi e non ai singoli componenti*"[45], dal sistema complessivamente interpretato emerge una precisa indicazione: l'interesse superiore del minore a crescere nell'ambito della *famiglia di origine* o in mancanza ad avere *"un ambiente familiare stabile e armonioso (un foyer stable et harmonieux)"* a volte può giustificare l'adozione da parte del singolo anche con effetti legittimanti[46]. Come infatti ha avvertito autorevole Maestro il superiore interesse del minore può assumere rilevanza "*in funzione derogatoria* di regole generali anche poste a tutela degli stessi minori, quante volte ad esigerlo è la particolare e specifica condizione in cui versi il singolo minore di che trattasi"*47*. Mentre la Corte Costituzionale rileva opportunamente che "*la possibilità di incidere sulla effettività della tutela dei bambini adottati è un rischio riconducibile anche alla restrizione della platea dei potenziali adottati*".

Conseguentemente può rilevarsi che i principi vigenti all'interno del diritto di famiglia e dei minori, ricostruiti alla luce della normativa interna ed europea[48], non si oppon-

---

[43] Si tratta di quello che è stato definito il "*best interests of the child*", sancito per la prima volta come *principio generale* nell'art. 3, par. 1, della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, adottata il 20 novembre 1989. Cfr. Focarelli, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di "best interests of the child"*, in *Riv. dir. int*., 2010, 981 ss.; Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ*., 2018, 405 ss.; Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ*., 2016, 86 ss.; Id., *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova Giur. civ. comm*., 2016, 148 ss.; Id., "*Best Interests of the Child" o "Best Interests of Children"*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2010, 157 ss.; Sicchiero, *La nozione di interesse del minore*, in *Corr. giur*., 2015, 72 ss.; Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale,* Milano, 2016, 21 ss.; Bilotti, *Diritti e interesse del minore*, in Senigaglia (a cura di), *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, Pisa, 2019, 13 ss.

[44] In tali casi, quindi, lo stato giuridico acquisito per adozione non opera nei confronti di entrambi i genitori. Per ulteriori approfondimenti su tali aspetti cfr. Scalisi, *Lo status di figlio legittimo da adozione*, in Id., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, cit., 377 ss. .

[45] Cass. civ. 18 marzo 2006, n. 6078; Corte Cost. n. 347 del 2005.

[46] In tal senso cfr. Cass. civ., sez. I, 5 ottobre 1992, n. 10923, per la quale le previsioni contenute negli art. 25, comma 5, e 44 della legge 184/1983 introducono deroghe al principio generale in funzione della realizzazione del preminente e superiore interesse del minore.

[47] Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, cit., 421.

[48] In tal senso si è già espressa la stessa Corte di Cassazione con la sentenza n. 10923 del 1992, ad avviso della quale «è ammessa la domanda di delibazione di una sentenza che stabilisce la adozione da parte di un soggetto singolo» la quale «non contrasta con l'ordine pubblico italiano».

gono al riconoscimento di un provvedimento di adozione di minore a favore di un singolo con effetti legittimanti.

D'altro canto verso una tale apertura si muove da tempo la stessa Corte Costituzionale: nella nota e citata sentenza n. 184 del 1993, essa ha affermato che, pur in presenza del criterio di preferenza adottato nei confronti della coppia unita in matrimonio, i principi costituzionali non sono ostativi ad una disposizione legislativa che preveda l'adozione da parte del singolo come la soluzione più conveniente al soddisfacimento dell'interesse superiore del minore. A supportare tale soluzione sono intervenute nel tempo le diverse norme primarie, in linea con la Costituzione e con la Cedu, contenute nella CDFUE: l'art. 1 che espressamente tutela la dignità umana, l'art. 7 sul rispetto della vita privata e familiare riservato alla persona singola, l'art. 21 sul principio di non discriminazione , l'art. 24 sui diritti del minore; l'art. 47 sul diritto all'effettività delle tutele e l'art. 52; disposizioni tutte che hanno rafforzato la tutela della persona umana e degli interessi e diritti di cui essa è portatrice , ormai assunti al rango di valore di vertice del sistema nazionale e sovranazionale.

Ne consegue che l'individuazione del sistema degli interessi coinvolti nel processo decisionale che porta alla richiesta di adozione costituisce un passaggio centrale nella decisione della Corte: l'adozione dei minori, quale istituto diretto a garantire un ambiente familiare idoneo al minore che ne è privo, presuppone, pur in presenza di diritti e valori della persona costituzionalmente tutelati, una loro composizione[49]. L'interesse superiore del minore, per quanto diritto fondamentale primario, deve essere sempre contemperato *secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità* con eventuali interessi generali o con diritti e libertà altrui[50] nel quadro della fattispecie concreta.

Anche la libertà di autodeterminazione, orientata alla genitorialità[51], sebbene strumento di attuazione della dignità umana – come è stato autorevolmente affermato[52] – non risulta incondizionata ma incontra limiti nella misura in cui il suo esercizio può incidere o su interessi pubblici generali di ordine pubblico o sulla sfera di un altro soggetto e, in questo caso, il minore. In tal senso tale interesse non può che coordinarsi da un lato con il

---

[49] Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, cit., 418 ss. il quale ribadisce che, sebbene il superiore interesse del minore sia certamente da ascrivere al novero dei diritti fondamentali primari, questo non esclude che lo stesso debba in ogni caso restare soggetto a necessario bilanciamento, proprio allo scopo di scongiurare ogni possibile scivolamento verso un uso *tirannico* dello stesso.

[50] Lo stesso art. 8 Cedu a proposito del diritto alla vita familiare al secondo paragrafo afferma che non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

[51] In tal senso anche da ultimo Corte Cost. n. 69 del 22 maggio 2025, punto 10.1

[52] Scalisi, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, 33 ss.

dovere inderogabile di solidarietà[53], e dall'altro con i diritti e gli interessi dei minori, e tra questi il diritto alla vita familiare di cui anche quest'ultimo è portatore. La composizione degli interessi si avrà sul piano dei requisiti richiesti a chi aspira all'adozione in ordine alla attitudine genitoriale e alla capacità di offrire al minore assistenza morale e materiale, ma non può riguardare la condizione di *single* o coniugato della persona umana in quanto un requisito di tal genere costituisce aperta violazione delle norme richiamate e del principio di non discriminazione. Laddove sia necessario garantire il pieno godimento dei diritti fondamentali riconosciuti al minore e al genitore adottivo, se sussistono le condizioni per creare un modello di vita familiare ai sensi dell'art. 2 Cost., necessariamente deve farsi luogo all'adozione anche a favore di persona singola, superando anche il dettato normativo contenuto nell'art. 6 della legge 184/1983, ormai non più in linea con l'evoluzione del sistema giuridico in materia di famiglia. In sostanza si deve sempre procedere a una interpretazione sistematico-evolutiva delle norme coinvolte, e accogliere le richieste di adozione se il superiore interesse del minore lo esige, prescindendo dallo *status* del soggetto che fa istanza e, soprattutto, tenendo conto anche delle relazioni personali e affettive anche solo di fatto già instauratesi con l'aspirante genitore[54].

6. Conclusioni: verso una necessaria riforma della legge in materia di adozione

La Corte Costituzionale in applicazione di tali principi e, sia pure limitatamente alle norme oggetto del giudizio, ha garantito la piena effettività delle tutele dei diritti del minore straniero ad avere una famiglia, e della persona singola alla genitorialità e, dunque, la "loro reale e concreta messa in azione"[55]. La sentenza rappresenta sicuramente una tappa fondamentale sia nell'ambito dell'evoluzione dei modelli familiari costituzionalmente rilevanti, ora ampliati sino a ricomprendere la famiglia monoparentale, sia rispetto alla configurabilità dell'adozione da parte del singolo quale strumento di tutela dell'interesse superiore del minore e del diritto alla genitorialità propria di ogni persona[56].

---

[53] Cfr. M. Bianca, *La Corte costituzionale e l'apertura dell'adozione alle persone singole. Un modello unico di famiglia monoparentale fondato sulla triade valoriale: autodeterminazione, solidarietà e interesse del minore*, in *Giustizia insieme*, 6 maggio 2025.

[54] Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, cit., 426, avverte che anche una situazione di fatto, in quanto rispondente al superiore interesse del minore, può assurgere ad autonoma fonte produttiva di veri e propri rapporti giuridici anche in contrasto con un espresso divieto di legge.

[55] Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, cit., 408 ss.

[56] Flick, *Diritto ad avere un genitore e/o diritto ad essere un genitore: una riflessione introduttiva*, in *Rivista AIC*, 2017; Venuti, *Coppie sterili o infertili e coppie "same sex": la genitorialità negata come problema giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 259 ss.; Paradiso, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, *in Riv. dir. civ.*, 2016, 1306 ss.; Id., Au bon marché des droits. *Tra globalizzazione dei di-*

Muovendo da questi principi, il Supremo Organo ha certamente contribuito, in linea con precedenti e noti interventi[57], al processo di adeguamento delle norme in materia di adozione alle nuove istanze e ai nuovi interessi, di cui ogni persona è portatrice[58]. D'altro canto erano ormai maturi i tempi per consentire l'esecuzione di un provvedimento straniero di adozione dei minori da parte di persona *single* con gli stessi effetti della adozione di persone unite in matrimonio, essendo identici i fatti e gli interessi in gioco in entrambi i casi[59]. Per tale ragione e per i principi costituzionali e sovranazionali richiamati la posizione dell'ordinamento e della giurisprudenza italiana in ordine alla legittimazione ad adottare un minore straniero apparivano superati.

Al contempo, tuttavia, restano aperte diverse questioni connesse essenzialmente all'art. 6 legge 184/1983, che continua a riservare il diritto all'adozione di minore italiano a una coppia coniugata da almeno tre anni[60]. Non solo restano esclusi dalla legittimazione all'adozione dei minori italiani gli uniti civilmente e i conviventi di fatto, ma anche le persone singole.

Si deve ritenere che , per le stesse ragioni per cui oggi si ammette l'adozione di minore straniero da parte del singolo, appare superato il divieto di adozione di minori italiani da parte di una persona sola, che ancora permane.

Sebbene il *decisum* della Corte Costituzionale risulta condizionato e circoscritto dall'oggetto del giudizio, appare auspicabile e non più eludibile un intervento legislativo che adegui il sistema dell'adozione ai principi oggi vigenti in materia di diritto di famiglia e dei minori, senza attendere ancora sentenze dichiarative dell' illegittimità costituzionale di norme riguardanti l'adozione.

---

ritti e delocalizzazione della procreazione, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 983 ss.; Liberati, *Il diritto alla procreazione: quale fondamento costituzionale?*, in D'Amico-Costantini (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della fecondazione eterologa: analisi critica e materiali*, Milano, 2014, 65 ss.; Stanzione, *Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari*, in *Comparazione dir. civ.*, 2013.

[57] Il riferimento è a Corte cost. 28 gennaio 2021, n. 32; Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79; e da ultimo a Corte Cost. 22 maggio 2025 n. 69; cfr., al riguardo M. Bianca, *Il travagliato percorso della tutela del bambino nato da maternità surrogata. Brevi note a margine dell'ordinanza di rinvio alle Sezioni Unite n. 1842 del 2022*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2022, Ead., *La Corte costituzionale e il figlio di coppia omoaffettiva. Riflessioni sull'evoluzione dei modelli di adozione*, in *Familia*, 2022, 364 ss.; Bugetti, *Lo status di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall'introduzione dello stato unico di filiazione. Un 'excursus' giurisprudenziale (e qualche riflessione)*, in *Fam. dir.*, 2022, 849 ss.

[58] Cfr. Acierno, *L'autodeterminazione non egoista secondo la Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 25 marzo 2025.

[59] È in fondo il principio di convenienza dell'effetto al fatto: su tale aspetto cfr. Falzea, voce *Efficacia,* in *Voci di Teoria generale*, II ed., Milano, 1978, 250, il quale precisa che l'effetto è il valore che quel modo determinato dell'agire umano assume in funzione di tutti i valori giuridici del sistema. Scalisi, *La Teoria,* in Id., *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, 25.

[60] Lenti, *L'adozione e il paradigma matrimoniale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, 911 ss.

Abstract

Con la decisione n. 33 del 2025 la Corte Costituzionale segna una nuova e fondamentale tappa sia nell'ambito dell'evoluzione dei modelli familiari costituzionalmente rilevanti, ora ampliati sino a ricomprendere la famiglia monoparentale, sia rispetto alla configurabilità dell'adozione da parte del singolo quale strumento di tutela dell'interesse superiore del minore e del diritto alla genitorialità propria di ogni persona. Sebbene il *decisum* della Corte Costituzionale risulta condizionato e circoscritto dall'oggetto del giudizio – l'adozione del minore straniero da parte del singolo – appare auspicabile e non più eludibile un intervento legislativo che adegui il sistema dell'adozione ai principi oggi vigenti in materia di diritto di famiglia e dei minori, senza attendere ancora sentenze dichiarative di illegittimità costituzionale di norme riguardanti l'adozione.

With decision no. 33 of 2025, the Constitutional Court marks a new and fundamental stage both in the evolution of constitutionally relevant family models, now expanded to include the single-parent family, and with respect to the configurability of adoption by an individual as a tool for protecting the best interests of the minor and the right to parenthood specific to each person. Although the decisum of the Constitutional Court is conditioned and limited by the object of the judgment – the adoption of a foreign minor by an individual – a legislative intervention that adapts the adoption system to the principles currently in force in the field of family and minors' law appears desirable and no longer avoidable, without waiting for further sentences declaring the constitutional illegitimacy of provisions regarding adoption.

L'accesso della persona singola all'adozione internazionale. Il supremo garante invade un ambito riservato al decisore politico?

Emanuele Bilotti
Prof. ord. dell'Università Europea di Roma

Sommario: 1. Un risultato squilibrato: la sorte della regola che riserva l'adozione interna solo alle coppie coniugate dopo la liberalizzazione dell'accesso delle persone singole all'adozione internazionale. – **2.** L'impianto argomentativo della sentenza n. 33 del 2025: la valutazione della proporzionalità della compressione di una pretesa libertà fondamentale ad opera del legislatore. – **3.** Dal diritto di procreare all'autodeterminazione orientata alla genitorialità: l'ambigua e confusa individuazione di una libertà della persona garantita a livello costituzionale e convenzionale. – **4.** La pretesa convergenza dell'autodeterminazione genitoriale delle persone singole verso una tutela più efficiente dei minori abbandonati: un assunto problematico in punto di fatto fondato su un'indebita ridefinizione del fine perseguito dal legislatore col divieto di adottare per le persone singole.

1. Un risultato squilibrato: la sorte della regola che riserva l'adozione interna solo alle coppie coniugate dopo la liberalizzazione dell'accesso delle persone singole all'adozione internazionale

Più di trent'anni fa una nota decisione della Corte costituzionale, la cui motivazione fu estesa da Luigi Mengoni, chiarì che, nel sistema della legalità costituzionale, e segnatamente in base agli artt. 3, 29 e 30 Cost., l'estensione della possibilità dell'adozione da parte di una persona singola non doveva essere considerata né una soluzione impraticabile né una soluzione necessaria. Il legislatore rimaneva libero di orientarsi in tal senso, do-

vendo solo preoccuparsi di subordinare l'adozione da parte delle persone singole al "concorso di speciali circostante" e al permanere di una preferenza per le coppie coniugate[1].

Fino ad ora il legislatore non ha però ritenuto di introdurre alcuna innovazione al riguardo. Quanto alla possibilità di accesso all'adozione da parte di persone singole, la scelta originaria del legislatore del 1983 è rimasta sostanzialmente immutata. L'art. 6, co. 1, legge n. 184 del 1983 continua a disporre che l'adozione di un minore abbandonato è consentita solo a coniugi uniti in matrimonio da un certo numero di anni, mentre l'adozione da parte di un singolo – e dunque da parte di una persona non coniugata – è possibile solo in casi eccezionali[2]. Nelle ipotesi più rilevanti si tratta peraltro di adozioni

---

[1] Cfr. Corte cost., sent. n. 183 del 1994, *in diritto* n. 5, ove si legge anzitutto che gli artt. 3, 29 e 30 Cost. "non si oppongono a un'innovazione legislativa che riconosca in misura più ampia la possibilità che, nel concorso di speciali circostanze, tipizzate dalla legge stessa o rimesse volta per volta al prudente apprezzamento del giudice, l'adozione da parte di una persona singola sia giudicata la soluzione in concreto più conveniente all'interesse del minore". La Corte precisa, infatti, che "i principi costituzionali richiamati... non vincolano l'adozione dei minori al criterio dell'*imitatio naturae* in guisa da non consentire l'adozione da parte di un singolo se non nei casi eccezionali in cui oggi è prevista dalla legge n. 184 del 1983". La Corte ha però cura di evidenziare che quegli stessi principi "esprimono una indicazione di preferenza per l'adozione da parte di una coppia di coniugi, essendo prioritaria l'esigenza, da un lato, di inserire il minore in una famiglia che dia sufficienti garanzie di stabilità, e dall'altro di assicurargli la presenza, sotto il profilo affettivo ed educativo, di entrambe le figure dei genitori (sent. n. 198 del 1986)". Su tale importante decisione v. il commento di Dogliotti, *La Consulta, l'adozione dei singoli ed il futuro (eventuale) legislatore*, in *Fam. e dir.*, 1994, 245 ss., ove l'A., dopo aver ricostruito con estrema chiarezza la vicenda storica che ha portato alle scelte operate con la legge n. 184 del 1983, si interrogava sull'opportunità di un'innovazione legislativa come l'adozione da parte delle persone singole, pervenendo a una soluzione fermamente negativa. E ciò sia perché "la Costituzione italiana conferma (a ragione o a torto, ma comunque conferma) una prevalenza per la famiglia fondata sul matrimonio" sia perché i minori adottabili "necessitano di un ambiente idoneo al loro sviluppo psicofisico (ciò che non hanno mai avuto), così da far superare, per quanto possibile, le ferite del passato" ed hanno dunque "bisogno di una famiglia, in cui il ruolo genitoriale materno e paterno si svolgano e si completino vicendevolmente proprio perché non hanno mai avuto una famiglia che assolvesse degnamente ai suoi compiti". Sempre secondo quest'A., d'altra parte, non "avrebbe pregio l'obiezione per cui talora una persona sola può essere più idonea ad educare che una coppia di genitori". E ciò perché "è proprio questo il compito (tra i più delicati ed i più alti) che la legge attribuisce al Tribunale per i minorenni: scegliere tra i molti coniugi che presentino domanda di adozione, quelli più idonei ai compiti educativi, i migliori genitori per quel particolare minore, già tanto provato". Per un commento più centrato sui profili di teoria delle fonti e su problematiche di giustizia costituzionale, che considera anche il seguito giudiziario della vicenda che aveva dato occasione alla pronuncia della Corte costituzionale, v. Lamarque, *Adozione da parte dei* single*: fra Corte costituzionale e Corte d'appello di Roma non c'è dialogo*.

[2] I casi eccezionali sono chiaramente indicati nella sentenza in esame: v. Corte cost. sent. n. 33 del 2025, *in diritto* n. 6.3. Si tratta anzitutto dell'ipotesi di separazione tra i coniugi affidatari intervenuta nel corso dell'affidamento preadottivo. In tal caso, infatti, l'adozione può comunque essere disposta con pienezza di effetti anche nei confronti di un solo coniuge ai sensi dell'art. 25, co. 5, legge n. 184 cit. Accanto a questa ipotesi viene considerato in genere anche il caso previsto dall'art. 25, co. 4, legge n. 184 cit.: quando uno dei coniugi muoia sempre durante l'affidamento preadottivo.

"particolari", produttive di effetti diversi e più limitati rispetto all'adozione piena. E ciò anche dopo un recente intervento della Corte costituzionale che ha certamente attenuato le differenze[3]. Anche la giurisprudenza, d'altra parte, ha potuto incidere solo in misura marginale nell'ampliare l'ambito delle adozioni da parte delle persone singole[4].

In verità, in questa evenienza l'adozione è "disposta ad istanza dell'altro coniuge nei confronti di entrambi, con effetto, per il coniuge deceduto, dalla data della morte". Ma la realtà è comunque che il minore abbandonato crescerà con un solo genitore vivente. Vengono poi in considerazione le ipotesi di adozione "particolare" di cui all'art. 44, co. 3, legge n. 184 cit., in cui però, anche dopo la recente decisione della Corte costituzionale n. 79 del 2022 (v. nt. seguente), l'adozione continua a produrre effetti diversi e più limitati, anzitutto perché non comporta la cessazione dei rapporti dell'adottato con la famiglia di origine. Le ipotesi in questione sono fondamentalmente quella dell'orfano di padre e di madre, che può essere adottato anche dalla persona singola che abbia già consolidato con esso un rapporto stabile e duraturo, e quella del minore abbandonato, quando, in ragione della sua età, della sua personalità, dei suoi precedenti o di una sua particolare condizione di infermità, non si è potuto disporre l'affidamento preadottivo o il cui affidamento preadottivo ha avuto esito negativo. A queste due ipotesi di adozione, previste fin dal 1983, è stata poi aggiunta, nel 2001, l'ulteriore ipotesi del minore disabile orfano di entrambi i genitori.

[3] Il riferimento è alla già cit. Corte cost., sent. n. 79 del 2022, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 3, 31 e 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU, l'art. 55 della legge n. 184 del 1983, nella parte in cui esclude, mediante rinvio all'art. 300, co. 2, cod. civ., l'instaurarsi di rapporti civili tra l'adottato in casi particolari e i parenti dell'adottante, determinando un grave pregiudizio nell'identità che deriva stabilmente al minore dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo e, dunque, dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni. Su tale decisione è sufficiente il rinvio al commento di Sesta, *Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali*, in *Fam. e dir.*, 2022, 904 ss.

[4] Rispetto al quadro esposto nel dettaglio alla nota 2 una qualche estensione della possibilità di adozione da parte di una persona singola sembra in effetti essersi prodotta in virtù dell'interpretazione meno rigorosa del presupposto della "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" di una delle ipotesi di adozione "particolare" quell'interpretazione per cui si ritiene ormai che il "caso particolare" di cui alla lett. d) dell'art. 44 della legge n. 184 cit. possa riguardare anche un minore del quale non può essere dichiarato lo stato di abbandono. Per i necessari riferimenti giurisprudenziali alle decisioni di merito e di legittimità che hanno consolidato l'orientamento interpretativo in questione e per una sua valutazione critica sia consentito rinviare al ns. *L'adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il confronto tra i giudici di merito*, in *Fam. e dir.*, 2017, 1003 ss. L'orientamento interpretativo in questione, invero, non rileva qui per la possibilità, che pure se ne è fatta conseguire, di adozione di un minore da parte del *partner* – anche dello stesso sesso – del genitore con sostanziale dilatazione del "caso particolare" dell'adozione del figlio del coniuge previsto dalla lett. b) dell'art. 44 cit. Certo, in tal caso l'adottante è persona non coniugata, per quanto potrebbe anche non trattarsi di una persona di stato libero (così nell'ipotesi dell'adottante unito civilmente al genitore dell'adottato). Nondimeno, come nel "caso particolare" dell'adozione del figlio del coniuge, qui il minore non viene inserito in un nucleo monoparentale, benché la stabilità della coppia genitoriale – semplicemente convivente o unita civilmente – sia comunque diversa da quella di una coppia coniugata. Più significativo in questa sede appare invece il ricorso all'orientamento interpretativo in questione al fine di permettere l'adozione "particolare" anche da parte dell'affidatario non coniugato – l'affidamento a una persona singola è infatti previsto dall'art. 2, co. 1, legge n. 184 cit. – nei casi di c.d. abbandono semipermanente. Questa eventualità non sembra in

Questo quadro non sembra ora mutato neppure dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 2025[5]. Tale decisione, infatti, ha dichiarato illegittimo, con riferimento all'art. 2 Cost. e, per il tramite dell'art. 117 Cost., all'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, solo l'art. 29-*bis*, co. 1, legge n. 184 cit., "nella parte in cui, facendo rinvio all'art. 6, non include le persone singole residenti in Italia fra coloro che possono prestare dichiarazione di disponibilità ad adottare un minore straniero residente all'estero e chiedere al tribunale per i minorenni del distretto in cui hanno la residenza che lo stesso dichiari la loro idoneità all'adozione". La decisione della Corte riguarda dunque solo l'ipotesi in cui un cittadino italiano intenda adottare un minore straniero residente all'estero. In tal caso anche una persona singola può ora ottenere dalla competente autorità giudiziaria italiana il decreto di idoneità necessario all'avvio della procedura di adozione internazionale.

L'ambito della decisione, del resto, è del tutto conforme ai "limiti dell'impugnazione". La Corte non ha cioè ritenuto di doversi avvalere della possibilità prevista dall'art. 27

effetti esclusa dal disposto dall'art. 4, co. 5-*bis*, legge n. 184 cit., che consente l'adozione in continuità unicamente alla coppia affidataria coniugata da almeno tre anni quando il minore sia dichiarato adottabile durante un prolungato periodo di affidamento. L'adozione considerata da tale norma è infatti un'adozione con pienezza di effetti, mentre, nei casi di c.d. semiabbandono permanente, il minore non è dichiarato adottabile e l'adozione che viene disposta è quella "particolare".

[5] Alla sent. n. 33 del 2025 sono stati già dedicati diversi commenti ampiamente adesivi: cfr. in particolare i contributi di Acierno, *L'autodeterminazione non egoista secondo la Corte costituzionale*, in *www.questionegiustizia.it* (25 marzo 2025) e di M. Bianca, *La Corte costituzionale e l'apertura dell'adozione alle persone singole. Un modello unico di famiglia monoparentale fondato sulla triade valoriale: autodeterminazione, solidarietà e interesse del minore*, in *www.giusitiziainsieme.it* (6 maggio 2025). Quest'ultima A., in particolare, parla di una decisione "bella e rivoluzionaria", che si caratterizza per "coerenza sistematica" e per "una composizione mirabile dei vari interessi in gioco" e cha ha "il merito... di contribuire all'avanzamento del diritto della famiglia e delle persone". Adesivo è anche il commento di Anselmo, *Le adozioni internazionali da parte delle persone singole: il superamento di un'esclusione non proporzionata e inattuale*, in *www.lecostituzionaliste.it* (aprile 2025). Senz'altro elogiativo della decisione della Corte, ma meno attento ai profili propriamente tecnico-giuridici, è poi il contributo di Brogi, *Le adozioni internazionali delle persone singole: una primavera attesa a lungo*, in *www.giusitiziainsieme.it* (9 luglio 2025). Più cauta e con interessanti spunti problematici è invece l'analitica nota di Piccolo, *L'adozione internazionale da parte delle persone singole*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2025, 129 ss. Severamente critico è il commento di Ruggeri, *Un ossimoro costituzionale: la "famiglia monoparentale" (implicazioni di ordine istituzionale ed al piano della teoria della Costituzione)*, in *www.federalismi.it* (9 aprile 2025), 2025, IV ss. L'illustre A. censura in particolare la "singolare idea, di cui si fa portatrice la Consulta, secondo cui potrebbero darsi *ab initio* famiglie 'monoparentali', in palese scostamento dal disegno costituzionale che richiede l'esistenza di una coppia di persone per dar vita, attraverso il matrimonio, ad una nuova famiglia" e paventa quindi il rischio di una "riscrittura della Carta costituzionale" per mano dello stesso Giudice delle leggi, che si trasformerebbe così "in un legislatore di revisione costituzionale e persino in un autentico *potere costituente permanente*. Per un commento critico, chiaro e ben documentato, v. anche Marchetti, *L'apertura dell'adozione internazionale ai* single *tra tutela dell'interesse del minore e dell'autodeterminazione orientata alla genitorialità*, in *www.giustiziacivile.com* (14 aprile 2025).

della legge n. 87 del 1953, estendendo la portata del proprio dispositivo di accoglimento anche ad altre norme.

Sembra tuttavia difficile che, a seguito della decisione della Corte, l'art. 35, co. 6, lett a), legge n. 184 cit. possa ancora essere invocato dalla giurisprudenza di legittimità al fine di riconoscere all'adozione di un minore straniero residente all'estero da parte di un singolo italiano solo l'efficacia limitata di un'adozione "particolare" anziché la piena efficacia di cui all'art. 27 della stessa legge n. 184 cit.[6]. Quella norma dispone invero che la trascrizione del provvedimento straniero di adozione non può essere ordinata «nei casi in cui ...riguarda adottanti non in possesso dei requisiti previsti dalla legge italiana sull'adozione». E però, se un cittadino singolo può ora essere considerato idoneo all'adozione di un minore straniero residente all'estero e può perciò adottare in un Paese che glielo consente, non ha senso escludere che un provvedimento straniero di adozione possa poi conseguire piena efficacia solo perché l'aspirante genitore è una persona singola.

Sembra plausibile insomma che, pur in difetto di una pronuncia di illegittimità conseguenziale, il dispositivo di accoglimento della decisione in esame debba essere esteso dall'interprete anche all'art. 35, co. 6, lett a), cit. Almeno con riferimento a tale norma,

---

[6] Per una chiara esposizione della complessa problematica indicata nel testo e per tutti gli opportuni riferimenti giurisprudenziali si rinvia alla trattazione di Tuo, voce "Adozione internazionale", in *Enc. del dir. I tematici*, IV, *Famiglia*, diretto da F. Macario, Milano, 2022, 63 ss. Già prima della sent. n. 33 del 2025, l'A. evidenziava gli "effetti manipolatori" dell'orientamento giurisprudenziale in questione e, richiamando le sentenze della Corte costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021, rilevava come l'orientamento in questione della giurisprudenza di legittimità fosse "difficilmente conciliabile con l'indirizzo della giurisprudenza costituzionale verso un accesso all'adozione che sia 'meno restrittivo e più vicino all'evoluzione condivisa dei modelli relazionali e filiali' e, più in generale, con la... tendenza a privilegiare l'interesse del minore alla conservazione dei propri legami affettivi e familiari quand'anche riconducibili a modelli di adozione non espressamente contemplati dalla legge italiana". Invero, secondo Lenti, *Diritto della famiglia*, nel *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2021, 1078 ss., l'orientamento in questione sarebbe stato ormai superato dalla stessa Corte di cassazione con la sent. n. 9006 del 2021, pronunciata a sezioni unite, la quale ha stabilito che non contrasta con l'ordine pubblico il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo *status* genitoriale secondo il modello dell'adozione piena. Secondo Lenti, questa decisione attesterebbe che ormai "la pronuncia dell'autorità straniera, se attribuisce all'adottato l'identica posizione familiare spettante a un figlio biologico, può essere riconosciuta in Italia come adozione piena anche se gli adottanti non hanno i requisiti di cui all'art. 6 l. 184, in particolare se non sono una coppia eterosessuale unita in matrimonio". Per Lenti "l'affermazione delle sezioni unite, data la motivazione principale che la sostiene – il diritto del minore alla conservazione transnazionale del proprio stato – ha un valore generale" e "deve quindi applicarsi in tutti i casi in cui chi chiede il riconoscimento della sentenza straniera di adozione non è una coppia eterosessuale sposata" anche quando si applica la speciale procedura di riconoscimento prevista dalla l. n. 184 cit. Dovrebbe di conseguenza ritenersi ormai superato l'orientamento della Suprema Corte per cui, se l'adottante è una persona singola o una coppia non sposata, il riconoscimento della pronuncia straniera è ammesso solo come adozione semplice in virtù dell'operatività dei limiti previsti dall'art. 35, co. 3 e 6, della legge n. 184 cit.

dunque, sembra ricorrere una tipica ipotesi di illegittimità conseguenziale riconoscibile anche dall'interprete. In effetti, in ragione dello stretto nesso logico tra le due norme considerate, l'illegittimità conseguenziale, laddove fosse stata effettivamente pronunciata dalla Corte, avrebbe avuto un carattere meramente ricognitivo o dichiarativo e non propriamente costitutivo[7].

Un'argomentazione analoga non sembra invece spendibile con riferimento all'art. 6, co. 1, legge n. 184 cit.

Si potrebbe invero osservare che, se per la legge italiana anche un singolo può essere reputato idoneo all'adozione di un minore straniero residente all'estero, appare ragionevole che un singolo possa adottare anche un minore residente in Italia. Peraltro, una soluzione permissiva circoscritta alle sole adozioni dei minori residenti all'estero rischia di apparire tanto più squilibrata quanto più la necessità di rimuovere ogni barriera all'accesso all'adozione internazionale per le persone singole risulti correttamente fondata – come ritiene appunto la Corte costituzionale – sulla tutela di un diritto fondamentale degli stessi aspiranti genitori. Non si vede infatti come il riconoscimento di un simile diritto possa essere subordinato alla residenza in Italia o all'estero dei minori adottabili. Da un diverso punto di vista, poi, una soluzione differenziata per le adozioni interne e per quelle internazionali introdurrebbe un principio di discriminazione privo di qualsiasi ragionevolezza anche – e soprattutto – tra minori. La garanzia dell'inserimento in un nucleo familiare sostitutivo caratterizzato dalla presenza di due figure genitoriali complementari opererebbe infatti solo per i minori residenti in Italia e non anche per i minori stranieri residenti all'estero.

In effetti, sembra difficilmente contestabile che le due norme ora in questione – quella dichiarata illegittima dalla Corte e quella a cui quest'ultima norma rinviava – siano portatrici di *rationes* assai prossime se non del tutto coincidenti. Un nesso puramente analogico – e non logico – tra due norme non è tuttavia reputato sufficiente a fondare un'illegittimità conseguenziale – *rectius*: "automatica" – rilevabile anche in via interpretativa[8].

---

[7] Per una chiara prospettazione e una ricca esemplificazione di una simile ipotesi di illegittimità conseguenziale si rinvia senz'altro ad A. Ruggeri e A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, VII ed., Torino, 2022, 299, i quali ritengono invero che qui si tratti piuttosto di una "illegittimità automatica", in quanto "evidente *ictu oculi* a qualunque operatore giuridico, non solo alla Corte". Gli stessi Autori precisano che "l'automatismo discende dal fatto che essa appare 'necessaria', benché (o forse proprio perché) – si badi – non può essere fatta valere autonomamente, ma solo come 'effetto' di una prima dichiarazione di illegittimità".

[8] Secondo Ruggeri e Spadaro, *Lineamenti*, cit., 300, "quando il nesso fra le norme è solo *analogico-giuridico*, esclusivamente la Corte sarà in grado di valutare se sussiste l'effetto di un'ulteriore illegittimità". Al riguardo gli Autori cit. distinguono poi tra un'illegittimità conseguenziale in senso proprio, quando "è 'molto probabile' la conseguenza dell'illegittimità per la norma connessa che, in ogni caso, non potrebbe essere dichiarata autonomamente invalida", e una "mera illegittimità derivata", che non è illegittimità conseguenziale in senso proprio e che ricorre quando la prima pronuncia di accoglimento è "una condizione necessaria, ma non sufficiente (mera probabilità) di un'ulteriore illegittimità".

Nel caso di specie, peraltro, la stessa *ratio* normativa opera in contesti di disciplina diversi: quello delle adozioni dei minori residenti in Italia, che rientrano per intero nella competenza del legislatore nazionale, e quello delle adozioni dei minori stranieri residenti all'estero, rispetto alle quali, per espressa previsione dell'art. 5 della Convenzione dell'Aja del 1993, oltre al giudizio di idoneità degli aspiranti genitori, allo Stato di accoglienza compete anche l'indicazione dei requisiti di qualificazione degli stessi, e perciò l'eventuale introduzione di una barriera all'accesso all'adozione internazionale per le persone singole, quale che sia la scelta dello Stato di origine a questo riguardo.

In effetti, non sembra impossibile che il legislatore adotti una certa soluzione per le adozioni interne – quella di permettere l'adozione da parte di un singolo solo in casi eccezionali – e rinunci invece ad imporre la stessa soluzione alle adozioni destinate a perfezionarsi all'estero su istanza di cittadini italiani. Ed è appunto questo l'assetto che sembra ora essersi determinato a seguito della decisione della Corte. Certo, una simile diversità di regole per le adozioni interne e per le adozioni internazionali avrebbe già potuto essere considerata irragionevole e discriminatoria dalla stessa Corte. Ma si trattava appunto di una possibilità rimessa alla sua valutazione. Non di un esito necessario. Il che conferma che l'illegittimità dell'art. 6, co. 1, legge n. 184 cit., non può ora essere rilevata dall'interprete. In tal caso, infatti, l'illegittimità conseguenziale, laddove fosse stata effettivamente pronunciata, non avrebbe certo avuto un carattere meramente ricognitivo o dichiarativo.

D'altra parte, la scelta della Corte di attenersi rigorosamente al rispetto dei limiti della questione di legittimità portata alla sua attenzione potrebbe trovare una giustificazione nella volontà di rispettare la necessità di garantire comunque una preferenza alle coppie coniugate rispetto alle persone singole: un problema, questo, che si pone evidentemente solo nella disciplina delle adozioni dei minori residenti in Italia e non anche per le adozioni dei minori stranieri residenti all'estero, con riferimento alle quali, come già si è detto, il legislatore nazionale è competente unicamente rispetto alla qualificazione e all'idoneità degli aspiranti genitori.

In ogni caso, la Corte costituzionale non ha solo omesso di pronunciare l'illegittimità conseguenziale della norma che riserva di regola l'accesso alle adozioni interne alle sole coppie coniugate, ma neppure ha ritenuto di segnalare al legislatore il prodursi, a seguito della propria decisione, di un intollerabile squilibrio sistematico, evidenziando perciò la necessità di un sollecito intervento di riforma a garanzia dei valori costituzionali. Né la Corte ha avvertito l'esigenza di mettere in discussione il proprio precedente che, come si è visto, quanto all'ampliamento delle ipotesi di adozione da parte delle persone singole, aveva escluso che sussistesse una necessità costituzionale in senso negativo o positivo. Nella sentenza in esame non è dunque riconoscibile alcun *overruling*. Sicché deve ritenersi che il precedente indicato conservi tuttora la sua efficacia vincolante.

Insomma, a quanto pare, anche dopo la decisione della Corte, che pure ha ritenuto l'accesso generalizzato delle persone singole all'adozione internazionale un approdo costituzionalmente necessario in ragione della tutela di una libertà fondamentale degli adulti, la scelta del legislatore del 1983 di riservare invece l'adozione dei minori residenti in Italia alle sole coppie coniugate non solo sarebbe rimasta senz'altro in vigore, ma non

potrebbe neppure considerarsi una soluzione ormai giunta sul precipizio dell'illegittimità costituzionale. Si tratterebbe anzi di una scelta la cui legittimità è implicitamente confermata, in quanto ricompresa in un margine di discrezionalità del legislatore, che non viene messo in discussione.

L'impressione di uno squilibrio sistematico tutt'altro che trascurabile è innegabile. A questo punto, però, è ormai tempo di procedere ad un'attenta valutazione delle argomentazioni spese dalla Corte a sostegno della propria decisione. E ciò soprattutto al fine di misurare, a fronte dello squilibrio denunciato, la sua reale capacità di condizionare le scelte che il legislatore potrà assumere in occasione di un futuro intervento di riforma della materia. La forza vincolante di un giudicato costituzionale come quello in esame dovrà infatti considerarsi tanto meno intensa quanto più l'impianto argomentativo che lo sorregge appaia non persuasivo o senz'altro inadeguato, con la conseguenza che, in occasione di una complessiva risistemazione della materia, il legislatore potrebbe anche decidere di riproporre la soluzione che la Corte ha invece ritenuto di abrogare[9].

2. L'impianto argomentativo della sentenza n. 33 del 2025: la valutazione della proporzionalità della compressione di una pretesa libertà fondamentale ad opera del legislatore

Il percorso logico-argomentativo seguito dal Giudice delle leggi, per quanto assai ricco ed articolato, non sembra difficile da ricostruire nei suoi passaggi essenziali. In effetti, seguendo la prospettazione del giudice rimettente, che ha indicato quali parametri del giudizio sia l'art. 2 Cost. sia, per il tramite dell'art. 117, co. 1, Cost., l'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (e non l'art. 3 Cost.), la Corte costituzionale ha svolto un ragionamento chiaramente riconducibile al modello del giudizio di legittimità relativo alla tutela dei diritti fondamentali e al loro bilanciamento (e perciò non ascrivibile né al modello del giudizio sulla razionalità della legge né al modello del c.d. giudizio "ternario" di ragionevolezza).

---

[9] Invero, anche secondo Ruggeri, *Un ossimoro costituzionale*, cit., XIV, "nulla... esclude che il legislatore si risvegli dal letargo e sbarri ai *single* la via di accesso all'adozione internazionale e, un domani, all'adozione *tout court*, preservandola unicamente nei casi... per i quali è già oggi consentita, fermo peraltro restando il bisogno che si ponga finalmente mano ad un complessivo rifacimento della disciplina delle adozioni, non più, per vero, procrastinabile". L'illustre A. sembra peraltro ritenere che un esito di questo tipo sia praticabile anche a prescindere dalla valutazione dell'impianto argomentativo che sorregge la decisione in esame. In effetti, secondo Ruggeri, un intervento del legislatore come quello indicato "proprio per il carattere sostanzialmente innovativo nei riguardi del quadro legislativo preesistente non si tradurrebbe... in un *vulnus* per il giudicato costituzionale prodotto dalla pronunzia in commento, quale invece si avrebbe laddove, ferma la 'situazione normativa' preesistente negli elementi oggettivi che la connotano, venisse puramente e semplicemente riprodotta la disciplina dapprima caducata dalla Corte".

Più in particolare, nella decisione in esame la Corte costituzionale ha chiaramente inteso operare un test di proporzionalità dell'opzione normativa oggetto del suo sindacato: una verifica della proporzionalità della restrizione apportata mediante quell'opzione all'area presidiata da un determinato diritto fondamentale[10]. La motivazione si articola pertanto in due passaggi ben definiti: (*a*) la previa individuazione dell'ambito di tutela di una libertà della persona costituzionalmente e convenzionalmente garantita e (*b*) il successivo controllo delle restrizioni ad essa imposte dal legislatore in vista di un "fine legittimo", e dunque di un fine che non sia in contrasto con i principi costituzionali: una verifica, questa, volta ad appurare se il beneficio perseguito attraverso la scelta normativa sospettata di illegittimità sia effettivamente maggiore del suo costo in termini di compressione di una libertà fondamentale.

Ebbene, quanto alla questione indicata *sub* (*a*), la Corte costituzionale riconduce con chiarezza l'aspirazione della persona singola a diventare genitore adottivo di un minore abbandonato nell'ambito di una più generale "libertà di autodeterminarsi nella scelta orientata alla genitorialità", la quale, a sua volta, è considerata come una manifestazione dell'interesse del singolo alla realizzazione di sé nella dimensione relazionale: in interesse individuale certamente protetto sia dall'art. 2 Cost. sia dall'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo[11].

Ciò posto, tralasciando qui per ragioni di sintesi altre considerazioni volte per lo più a chiarire il metodo della ponderazione degli interessi, la successiva verifica indicata *sub* (*b*) – il vero e proprio test di proporzionalità – è condotta dalla Corte[12] osservando anzitutto che l'esclusione delle persone singole dalla genitorialità adottiva non può essere considerata un mezzo proporzionato rispetto al fine di "assicurare un ambiente stabile e armonioso al minore (in situazione di abbandono)". Non solo, infatti, nessun principio costituzionale si oppone ad un ampliamento delle ipotesi di adozione da parte di persone singole, ma anche il legislatore ordinario riconosce che una persona singola è astrattamente idonea ad assicurare un ambiente stabile e armonioso al minore, ferma restando la necessità di un accertamento concreto di tale idoneità a garanzia del miglior interesse del minore.

La barriera all'accesso all'adozione internazionale per le persone singole è poi considerata un mezzo non proporzionato anche rispetto al fine – qui più precisamente individuato – di assicurare all'adottato un "ambiente familiare" caratterizzato dalla presenza di entrambe le figure genitoriali. E ciò sia perché – sostiene la Corte – "anche il model-

---

[10] Sul test di proporzionalità quale tecnica di controllo sulle limitazioni legislative ai diritti fondamentali e sulle modalità del suo impiego da parte della Corte costituzionale italiana è qui sufficiente il rinvio alle chiare pagine di sintesi di Olivetti, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018, 130 ss. e di Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, testo reperibile *on line*.

[11] Cfr. Corte cost., sent. n. 33 del 2025, *in diritto* n. 8.

[12] Cfr. Corte cost., sent. n. 33 del 2025, *in diritto* n. 9.

lo della famiglia monoparentale trova riconoscimento nella Costituzione" sia perché la conseguente restrizione della platea degli adottanti "rischia di riverberarsi negativamente sulla stessa effettività del diritto del minore a essere accolto in un ambiente familiare stabile e armonioso".

Invero, sembra essere soprattutto quest'ultimo l'argomento decisivo ai fini dell'esito negativo del test di proporzionalità. In una successiva decisione, in cui la Corte ha riconosciuto la legittimità del divieto di accesso alle tecniche procreative per le persone singole[13], la stessa relatrice della sentenza in esame, nel riproporne in sintesi la *ratio decidendi*, ha rilevato infatti che, a differenza di quanto avviene nel caso del ricorso alle tecniche procreative, "nell'ipotesi dell'adozione... l'autodeterminazione delle persone singole converge verso lo stesso interesse del minore riflesso nella finalità perseguita con l'istituto adottivo". E ha quindi precisato che, "a fronte di bambini e di ragazzi in stato di abbandono per i quali l'alternativa all'adozione è quella di restare in contesti non paragonabili a un ambiente familiare stabile e armonioso, il puro divieto frapposto alle persone singole è un mezzo non proporzionato a perseguire il loro miglior interesse, anche a fronte di quello alla bigenitorialità, che al più potrebbe giustificare, a favore della coppia, un criterio di tipo preferenziale".

3. Dal diritto di procreare all'autodeterminazione orientata alla genitorialità: l'ambigua e confusa individuazione di una libertà della persona garantita a livello costituzionale e convenzionale

L'impianto argomentativo così ricostruito nei suoi due snodi essenziali non sembra condivisibile. Cominciando dal primo punto, e cioè dalla previa individuazione dell'ambito di tutela di una libertà fondamentale degli aspiranti genitori, appare anzitutto problematica l'idea secondo cui sia il desiderio di essere genitore adottivo di un minore abbandonato sia la generazione di un figlio attraverso l'esercizio della sessualità o attraverso il ricorso alle tecniche fecondative sarebbero "scelte orientate alla costituzione di vincoli genitoriali", tutte egualmente riconducibili ad una più generale "autodeterminazione orientata alla genitorialità" tutelata ai sensi dell'art. 2 Cost e dell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Lascia certamente perplessi l'impiego di una terminologia che evoca un paradigma volontaristico di filiazione che non trova riscontro nel sistema della legalità costituzionale. Ma non solo. Ciò che più conta è che la prospettazione indicata confonde interessi individuali molto diversi sia nella loro materialità sia nella loro conformazione normativa col risultato di estendere surrettiziamente la protezione riservata al diritto fondamentale alla realizzazione di sé nella dimensione relazionale a situazioni del tutto estranee al suo ambito di tutela.

[13] Cfr. Corte cost., sent. n. 69 del 2025, *in diritto* n. 10.2.

In effetti, parlare di "scelte orientate alla costituzione di vincoli genitoriali... ascrivibili all'ampio contenuto della libertà di autodeterminazione" non sembra anzitutto per nulla corretto perché, in base all'art. 30 Cost., la genitorialità non è mai l'effetto di una "scelta" degli adulti. La stessa decisione in esame, del resto, parla della genitorialità come di un "vincolo". E certo non si tratta di un vincolo che gli adulti si autoimpongono secondo logiche tipicamente negoziali. La genitorialità è piuttosto "responsabilità" che, come si ricava agevolmente dalla lettura dell'art. 30 Cost., si impone ai generanti per il semplice fatto della generazione, a prescindere dalla loro volontà. La logica propria della genitorialità non è perciò quella dell'autodeterminazione negoziale, bensì quella istituzionale della responsabilità[14].

La genitorialità non è un diritto soggettivo, un interesse puramente individuale che l'ordinamento garantisce in pienezza secondo la volontà del suo titolare. La genitorialità è *status*: relazione complessa, nella quale, da una parte e dall'altra, convivono poteri e doveri; vincolo che lega il genitore agli interessi del figlio per tutta la vita e che non dipende né nel suo costituirsi né nel suo contenuto dalla volontà dell'uno o dell'altro[15]. Per questo il "luogo" costituzionale della genitorialità non è l'art. 2 Cost., ma appunto l'art. 30 Cost. Qui non si tratta infatti di riconoscere e garantire un diritto fondamentale della persona, ma un rapporto etico-sociale[16].

Ciò posto, è comunque fuor di dubbio che la generazione – e non la genitorialità – è oggetto di una libertà fondamentale della persona riconducibile alla più generale libertà di autodeterminarsi, e dunque di un diritto riconosciuto e garantito dall'art. 2 Cost. e certamente ricompreso anche nell'ambito tutelato dal diritto al rispetto della vita privata di cui all'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. È fuor di dubbio, insomma, che la procreazione – e non la "costituzione di vincoli genitoriali" – sia una libertà costituzionalmente e convenzionalmente garantita in quanto attinente a una dimensione

---

[14] Per la critica al paradigma volontaristico della filiazione è imprescindibile il riferimento agli scritti di Nicolussi, tra i quali v. almeno *La filiazione e le sue forme: la prospettiva giuridica*, in *Allargare lo spazio familiare: adozione e affido*, a cura di Scabini e Rossi, Milano, 2014, 7 ss.; *La natura dell'umana generazione: una prospettiva giuridica*, in *La natura dell'umana generazione*, a cura di Rossi e Scabini, Milano, 2017, 139 ss.; la voce "Genitorialità", in *Enciclopedia Italia Treccani*, testo reperibile *on line*; *Diritto di famiglia e cambiamento*, in *Fam. e dir.*, 2022, 1055 ss. Sul fondamento costituzionale del modello della genitorialità naturale cfr. anche Senigaglia, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere*, in *Europa e diritto privato*, 2017, spec. 959 ss.; Renda, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*, in *Corriere giur.*, 2015, 485; Id. *La surrogazione di maternità e il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e diritto privato*, 2015, 415 ss.

[15] Al riguardo rimangono attuali le notazioni di Cicu, *Considerazioni sulla struttura del rapporto giuridico*, già in *Rendiconto delle Sessioni della Accademia delle scienze dell'Istituto di Bologna*, Classe di Scienze Morali, serie IV, vol. VII, 1944, 26 ss. e ora in *Scritti minori di Antonio Cicu*, I, 1, Milano, 1965, 71 ss.

[16] Cfr. Nicolussi, *Diritto di famiglia e cambiamento*, cit., 1055 s.

primaria della vita personale, che condiziona la possibilità di sviluppare la propria personalità attraverso la maternità e la paternità[17].

È in forza della garanzia di questa libertà fondamentale che, con la sentenza n. 332 del 2000, richiamata anche nella decisione in esame, la Corte costituzionale ha giustamente ritenuto l'illegittimità della norma che includeva l'essere senza prole tra i requisiti necessari per il reclutamento nel corpo della Guardia di finanza. E ciò, appunto, in virtù del riconoscimento di una "grave interferenza nella sfera privata e familiare della persona" considerata comunque priva di giustificazione sul piano dei principi costituzionali anche a fronte del "rapporto di dedizione che deve legare il militare in fase di istruzione al corpo di appartenenza"[18].

La stessa libertà fondamentale di generare è poi riconosciuta dalla Corte anche in caso di ricorso alle tecniche fecondative. Una simile estensione potrebbe invero apparire tutt'altro che scontata in considerazione dell'oggettivazione del generato che inevitabilmente si realizza in ogni caso di generazione attraverso il ricorso alle tecniche, sicché il rispetto del valore sovrautilitaristico della persona imporrebbe forse una maggiore cautela[19].

Bisogna tuttavia prendere atto che l'equiparazione della procreazione attraverso l'esercizio della sessualità alla procreazione attraverso il ricorso alle tecniche è ormai per lo più ammessa[20]. La libertà fondamentale di generare ricomprenderebbe senz'altro entrambe le ipotesi considerate almeno finché la generazione attraverso le tecniche sia comunque riconducibile alla coppia cui è imposto il vincolo genitoriale in virtù dell'impiego esclusivo di materiale genetico proveniente dai suoi stessi componenti.

È noto invero che, con la sentenza n. 162 del 2014, anch'essa richiamata dalla decisione in esame, la Corte costituzionale ha ritenuto che il diritto alla procreazione debba ritenersi "incoercibile" anche nel caso di ricorso a tecniche che impieghino anche materiale genetico esterno alla coppia fintanto che non risultino compromessi altri valori costituzionali[21]. Il divieto generalizzato di fecondazione eterologa, originariamente previsto dal legislatore, è stato perciò ritenuto costituzionalmente illegittimo.

È pur vero che certe conclusioni sono state successivamente ridimensionate dalla stessa Corte costituzionale. È stata infatti riconosciuta la piena legittimità delle limitazioni soggettive imposte dalla legge ad un esercizio indiscriminato della libertà di generare attraverso le tecniche, in particolare dei divieti previsti per le coppie di donne e per le donne singole, considerati senz'altro ragionevoli e proporzionati[22]. A tutela degli interessi del generato la Corte afferma ormai con chiarezza che la libertà fondamentale

---

[17] Cfr. Olivetti, *Diritti fondamentali*, cit., 495.

[18] Cfr. Corte cost., sent. n. 332 del 2000, *in diritto* n. 2.2.

[19] Al riguardo sia consentito rinviare alle considerazioni già svolte nel ns. *La norma personalista, la famiglia 'fondata sul matrimonio' e il diritto alla genitorialità naturale*, in *Jus*, 2021, 449 ss.

[20] Al riguardo è sufficiente il rinvio a Olivetti, *Diritti fondamentali*, cit., 495.

[21] Cfr. Corte cost., sent. n. 162 del 2014, *in diritto* n. 6.

[22] Il riferimento è alle sentenze della Corte cost. n. 221 del 2019 e n. 69 del 2025.

in questione non ha "la stessa latitudine di ciò che la tecnica potenzialmente consente, né fonda una pretesa costitutiva di un diritto alla genitorialità"[23]. Resta comunque fermo il riconoscimento di fondo della riconducibilità della scelta di procreare attraverso le tecniche alla libertà fondamentale di realizzare la propria personalità nella dimensione relazionale.

Tutto ciò non ha però nulla a che vedere con la genitorialità adottiva dato che l'adozione non è una forma di generazione[24]. Certo, anche l'adozione dà luogo ad un rapporto genitoriale ed è perciò *species* di un *genus* più ampio di genitorialità, che ricomprende anche la genitorialità fondata sulla generazione. Non bisogna però commettere l'errore di pensare che l'adozione sia anche *species* di un diverso *genus* più ampio di generazione, che ricomprende anche la generazione attraverso l'esercizio della sessualità e la generazione attraverso il ricorso alle tecniche. Il *genus* che ricomprende anche l'adozione è la genitorialità non la generazione. E ciò appunto perché, com'è peraltro del tutto evidente, l'adozione dà luogo ad una genitorialità senza generazione.

Eppure, la Corte costituzionale considera sia le diverse possibilità generative sia la disponibilità all'adozione come "scelte orientate alla costituzione di vincoli genitoriali... ascrivibili all'ampio contenuto della libertà di autodeterminazione". È chiaro quale sia il frutto di questa confusione tra genitorialità e generazione: la logica dell'autodeterminazione e della tutela di una libertà fondamentale della persona – una logica che, come si è detto, è indiscutibilmente propria della generazione – è estesa anche alla genitorialità, e segnatamente a una *species* di genitorialità – quella adottiva – che prescinde del tutto dalla generazione. Ma la genitorialità, come pure si è già detto, è quanto di più estraneo alla logica dell'autodeterminazione. Infatti, sia che consegua alla generazione sia che non consegua alla generazione, la genitorialità è pur sempre un "vincolo" imposto dalla legge ora a carico dei generanti ora a carico degli adulti che abbiano manifestato la disponibilità all'adozione e siano stati riconosciuti idonei a tal fine. E ciò sempre nell'interesse superiore del generato ovvero, in caso di genitorialità senza generazione, di un minore abbandonato.

Beninteso, non si può negare che gli aspiranti genitori debbano manifestare la propria disponibilità all'adozione. Questa non è imposta agli adulti come se si trattasse di

---

[23] Così Corte cost., sent. n. 69 del 2025, *in diritto* n. 10.1.

[24] Sul punto insiste opportunamente in chiave critica anche Marchetti, *L'apertura dell'adozione internazionale ai* single, cit., 9 s. L'A. osserva che nella sentenza della Corte costituzionale "l'adozione è considerata quasi alla stregua di uno strumento alternativo alla procreazione naturale e alla procreazione medicalmente assistita, appianando implicitamente le distanze che intercorrono tra la filiazione realizzata mediante procreazione e quella adottiva". Rileva quindi che, se è vero "che chi non può procreare considera l'adozione e la procreazione assistita come due strade diverse e alternative per accedere alla genitorialità", "resta, però, il fatto che si tratta di istituti che si fondano su logiche diverse, l'adozione quella di dare una famiglia a un minore e solo in subordine di realizzare il desiderio di genitorialità; la procreazione assistita quella di permettere agli aspiranti genitori di dare alla luce un figlio proprio nonostante la loro condizione di sterilità o infertilità".

una prestazione obbligatoria. Né si può mettere in discussione che una simile disponibilità è normalmente espressione del desiderio di genitorialità degli adulti: un desiderio che non può essere valutato negativamente e che, almeno di regola, è anzi espressione di una scelta solidale altamente meritoria, che la collettività deve sostenere. È altrettanto indiscutibile però che neppure la genitorialità adottiva deve perciò ritenersi una conseguenza che la legge riconnette alla volontà degli aspiranti genitori. Non diversamente dalla genitorialità fondata sulla generazione, anche la genitorialità adottiva non è effetto negoziale, ma, come si è detto, "vincolo" imposto agli adulti nel superiore interesse del minore.

L'art. 30, co. 2, Cost., del resto, riserva al legislatore ogni iniziativa a favore dei minori in caso di incapacità dei genitori a provvedere ai loro compiti. Tra queste iniziative la genitorialità adottiva costituisce evidentemente la soluzione estrema, da assumere solo quando la genitorialità naturale sia venuta meno definitivamente o risulti irrimediabilmente inadeguata a far fronte alle esigenze di cura di un minore. Nella prospettiva costituzionale, dunque, ciò che può venire in considerazione nella disciplina dell'adozione è solo l'interesse superiore alla cura di un minore che versi in stato di abbandono, non certo il desiderio di genitorialità degli adulti.

La stessa Corte costituzionale, d'altra parte, mostra di essere perfettamente consapevole dell'impossibilità di concepire la disponibilità all'adozione alla stregua di un diritto soggettivo alla genitorialità, e dunque come un interesse individuale il cui appagamento realizzi un valore per la collettività. Anche nella decisione in esame, infatti, non si manca di ribadire un dato peraltro largamente consolidato nella giurisprudenza costituzionale, e cioè che, nel caso dell'adozione, l'autodeterminazione orientata alla genitorialità non fonda comunque un diritto alla genitorialità. Del resto, altro è riconoscere il valore per la collettività della disponibilità degli adulti all'adozione di un minore abbandonato e altro è riconoscere il valore per la collettività dell'appagamento di una simile aspirazione. Si tratta di valutazione profondamente diverse: la prima fa seguito al riconoscimento di un diritto dei bambini, la seconda mette capo al riconoscimento di un diritto degli adulti.

In ogni caso, pur negando che la disponibilità degli adulti all'adozione possa essere concepita come diritto di adottare, la Corte ha comunque ritenuto di potere e di dovere verificare la legittimità dei limiti imposti dalla disciplina legislativa dell'adozione alla realizzazione del desiderio di genitorialità degli adulti. Ma ciò, come già si è rilevato, non rispetto all'art. 3 Cost., e dunque attraverso un giudizio sulla razionalità della legge o attraverso un c.d. giudizio "ternario" di ragionevolezza, bensì rispetto all'art. 2 Cost e, per il tramite dell'art. 117 Cost, rispetto all'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e dunque mediante un test di proporzionalità che presuppone però l'identificazione di quel desiderio come libertà fondamentale della persona.

Lo stesso modulo argomentativo – il test di proporzionalità – è impiegato dalla Carto anche nei giudizi finalizzati alla verifica della ragionevolezza dei limiti posti dalla legge al ricorso alle tecniche procreative. Tuttavia, come si è già osservato, mentre l'autodeterminazione procreativa, quand'anche si realizzi attraverso il ricorso alle tecniche, è riconosciuta come una libertà costituzionalmente garantita, per quanto comprimibile

dal legislatore secondo proporzionalità e ragionevolezza a tutela dei generati, la disponibilità degli adulti all'adozione di un minore abbandonato non è invece riconosciuta – né è invero riconoscibile – non solo come un diritto fondamentale ma neppure come un semplice diritto soggettivo.

Né si può dire che la compressione della quale si verifica la proporzionalità riguarda comunque il più generale interesse a realizzare la propria personalità nella dimensione relazionale. Se si riconosce infatti che il sistema non garantisce – né può garantire – il diritto di adottare, allora l'aspirazione degli adulti alla genitorialità adottiva non può neppure essere ritenuta un peculiare modo di atteggiarsi della libertà di autodeterminazione costituzionalmente e convenzionalmente garantita. La contraddittorietà di un simile ragionamento è palese. Il diritto di adottare o esiste o non esiste: o viene in considerazione un interesse individuale il cui appagamento è riconosciuto come un valore per la comunità o no. Non ci sono altre possibilità.

Qui non si tratta di contestare la possibilità di un'integrazione per via interpretativa del catalogo dei diritti fondamentali, e segnatamente la possibilità di far "derivare" un diritto fondamentale più specifico da un altro diritto fondamentale più ampio già riconosciuto o comunque considerato esistente: un diritto che costituisca, per così dire, un modo particolare di esercizio del diritto di partenza, un suo "aspetto" o una sia "esplicazione" peculiare. In questa sede una questione così delicata di ermeneutica dei diritti fondamentali può anche rimanere impregiudicata[25]. Non è questo il punto. Qui si tratta semplicemente di prendere atto che, in base ai dati costituzionali e convenzionali, un diritto di adottare non esiste – né può esistere – quale peculiare esplicazione della libertà garantita di realizzarsi nella dimensione relazionale. L'appagamento dell'interesse degli adulti alla genitorialità adottiva non può mai essere un valore per la comunità. Il valore collettivo è solo la protezione del minore abbandonato, il suo interesse all'inserimento in una famiglia sostitutiva.

Di fronte a un dato così chiaro la Corte costituzionale avrebbe allora dovuto concludere rapidamente la propria disamina nel senso dell'infondatezza della questione di legittimità portata alla sua attenzione. Ed invece la Corte ha ritenuto di condurre comunque un test di proporzionalità nell'ambiguo presupposto per cui "le scelte orientate alla costituzione di vincoli genitoriali sono ascrivibili all'ampio contenuto della libertà di autodeterminazione". Ma nel caso in esame non viene in considerazione la scelta di generare un figlio, che è senz'altro espressione di una libertà fondamentale della persona. La scelta di adottare non può essere confusa con la scelta di generare. Anch'essa è certamente espressione di autodeterminazione. Non si tratta però di un'autodeterminazione garantita come tale dall'ordinamento nella sua attuazione né riconducibile nel perimetro di nessuna libertà garantita dalle norme costituzionali e convenzionali.

---

[25] Per una chiara trattazione di sintesi del delicato problema si possono consultare le pagine di Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, 135 ss.

È chiaro ormai come l'argomentazione della Corte si regga tutta sull'indebita sovrapposizione tra la scelta di generare e la scelta di adottare: una confusione che si cerca maldestramente di occultare mediante l'idea secondo cui si tratterebbe comunque di scelte riconducibili a una più generale "autodeterminazione orientata alla genitorialità" garantita quale libertà fondamentale della persona.

La radice di un simile fraintendimento è rinvenibile, a sua volta, in quella grave alterazione della generazione operata dalla già citata sentenza n. 162 del 2014 mediante l'equiparazione delle tecniche omologhe ed eterologhe quali strumenti di autodeterminazione procreativa, entrambi considerati analogamente alternativi alla generazione attraverso l'esercizio della sessualità[26]. In effetti, la generazione che si realizza attraverso il ricorso alla tecnica eterologa non è destinata a trovare una piena corrispondenza nell'attribuzione della genitorialità, la quale, solo in virtù di un artificio normativo, è riconosciuta anche a prescindere dalla generazione. Ma a questo punto il diritto alla generazione che si ritiene possa realizzarsi anche attraverso il ricorso alle tecniche – omologhe ed eterologhe – è senz'altro compreso come diritto alla genitorialità: un diritto che viene quindi riconosciuto non solo in ogni ipotesi di generazione, ma anche in tutti i casi di genitorialità senza generazione. E perciò anche nel caso della genitorialità adottiva.

È significativo, del resto, che, al fine di legittimare anche la genitorialità senza generazione conseguente al ricorso alla tecnica eterologa, la sentenza n. 162 del 2014 facesse appello proprio all'adozione quale istituto idoneo ad attestare che "il dato della provenienza genetica non costituisce un inequivocabile requisito della famiglia"[27] e che la sentenza in esame richiami ora quel precedente al fine di ricondurre anche la scelta di adottare nell'ambito della nozione di "autodeterminazione orientata alla genitorialità". Si tratta di due ragionamenti chiaramente erronei che si sostengono a vicenda in un cortocircuito argomentativo la cui inconsistenza emerge con chiarezza non appena si consideri un dato di realtà del tutto evidente, e cioè che l'adozione non è una forma di procreazione, ma una genitorialità sostitutiva che trova la sua ragion d'essere a garanzia del superiore interesse di un minore abbandonato: un rimedio che non ha dunque nulla a che vedere né con la generazione che fonda la genitorialità né con la controversa ipo-

---

[26] Al riguardo in senso decisamente critico v., ad es., Nicolussi, *La filiazione e le sue forme*, cit., 11, il quale parla al riguardo di una "distorsione del principio di eguaglianza" in quanto "vengono equiparate situazioni diverse (dato che) la coppia che ricorre alla PMA con i propri gameti... ricerca una genitorialità in cui affetti e biologia si combinano (mentre) la coppia che utilizza i gameti di persone estranee strumentalizza la biologia a una simulazione di genitorialità biologica"; Id., *Diritto di famiglia e cambiamento*, cit., 1055; Olivetti, *Diritti fondamentali*, cit., 495. Anche secondo Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 73 ss., "ritenere le due forme di fecondazione, omologa ed eterologa, specie di uno stesso genere, come la Consulta assume [nella sent. n. 162 del 2014, *in diritto* n. 11] non è corretto" come attesta "la diversa regola che ne viene tratta riguardo alla fecondazione omologa e a quella eterologa: mentre nella prima vengono riconosciuti come genitori i portatori dei gameti, maschile e femminile, che nel caso sono i coniugi, nell'eterologa è riconosciuto come genitore il coniuge sterile non il donatore estraneo".

[27] Cfr. Corte cost., sent. n. 162 del 2014, *in diritto* n. 6.

tesi di una generazione che si realizza attraverso il ricorso alla tecnica eterologa e che, solo in virtù di un artificio normativo, non trova corrispondenza nell'attribuzione della genitorialità.

4. La pretesa convergenza dell'autodeterminazione genitoriale delle persone singole verso una tutela più efficiente dei minori abbandonati: un assunto problematico in punto di fatto fondato su un'indebita ridefinizione del fine perseguito dal legislatore col divieto di adottare per le persone singole

Ciò posto quanto all'insussistenza della libertà fondamentale che si assume invece compressa dalla scelta legislativa oggetto del sindacato di costituzionalità, sembra ormai del tutto inutile soffermarsi anche sulla correttezza intrinseca del test di proporzionalità operato dalla Corte nella decisione in esame. E ciò perché, in mancanza di una libertà fondamentale della cui compressione si debba valutare la proporzionalità, il test operato dalla Corte costituzionale è chiaramente destinato a rimanere privo di ogni ragion d'essere. E si rivela per quello che è realmente: non un controllo sulla correttezza di una scelta del decisore politico da parte del supremo garante della legittimità del sistema, ma un'indebita intromissione di quest'ultimo in uno spazio in cui il primo ha senz'altro libertà di manovra.

Qualche breve considerazione appare comunque opportuna. Si è già osservato che l'argomento decisivo in vista dell'esito negativo del test di proporzionalità operato dalla Corte è efficacemente sintetizzato nell'affermazione – contenuta nella successiva sent. n. 69 del 2025 – secondo cui "nell'ipotesi dell'adozione... l'autodeterminazione delle persone singole converge verso lo stesso interesse del minore riflesso nella finalità perseguita con l'istituto adottivo". Una simile affermazione, tuttavia, è solo apparentemente persuasiva. Infatti, al di là della sua fondatezza in punto di fatto, sulla quale ci si soffermerà più avanti, l'affermazione in questione è efficace solo in virtù di un'indebita ridefinizione del "fine legittimo" perseguito dal legislatore attraverso la scelta di riservare di regola l'adozione solo alle coppie coniugate.

Quel fine, infatti, non può essere individuato altrimenti che sulla base delle stesse scelte operate dal decisore politico. Ma allora deve riconoscersi che, per il legislatore nazionale, l'ambiente stabile e armonioso in cui inserire un minore abbandonato è rappresentato di regola solo da una famiglia sostitutiva caratterizzata dalla presenza di entrambe le figure genitoriali e capace di offrire idonee garanzie di stabilità. È questo il "fine legittimo" perseguito dal legislatore, non l'inserimento in un qualsiasi ambiente stabile e armonioso.

Ora, una simile opzione non è chiaramente censurabile né sotto il profilo della sua razionalità intrinseca, in quanto è certamente una scelta sensata, né sotto il profilo della ragionevolezza, in quanto non è certamente che introduce discriminazioni irragionevoli. Ma anche nella prospettiva di un test di proporzionalità della compressione di una pretesa libertà fondamentale, è comunque indubitabile che il fine perseguito dal legislatore

attraverso la scelta oggetto di sindacato risponde al requisito minimo per cui quel fine deve essere semplicemente "legittimo", e cioè non in contrasto con i principi costituzionali.

Si comprende allora perché, per garantire al test di proporzionalità il risultato negativo avuto di mira, la Corte abbia avvertito l'esigenza di ridefinire il "fine legittimo" in questione in senso più ampio, identificandolo senz'altro nella semplice garanzia di un qualsiasi ambiente stabile e armonioso anziché nell'inserimento in una famiglia sostitutiva con presenza di un padre e di una madre e con un'adeguata garanzia di stabilità. È del tutto evidente, infatti, che quanto più quel fine è definito con ampiezza tanto più diviene agevole argomentare nel senso di un esito negativo del giudizio di proporzionalità della compressione di una determinata libertà fondamentale rispetto a quel fine.

La stessa Corte costituzionale sembra peraltro essersi resa conto dell'opportunità di correggere in qualche modo l'indicata forzatura argomentativa. Come si è già osservato, infatti, nel corso della motivazione la Corte si preoccupa di precisare che l'ambiente stabile e armonioso da garantire al minore abbandonato deve essere in realtà un ambiente "familiare". Ma avverte pure l'esigenza di chiarire che "anche il modello della famiglia monoparentale trova riconoscimento nella Costituzionale".

Quest'ultima affermazione rimane tuttavia priva di qualsiasi supporto argomentativo quasi che si trattasse di una verità autoevidente. Davvero non si riesce a comprendere però quali dati costituzionali possano dare ad essa fondamento e sostanza. Com'è noto, infatti, l'art. 29. Cost. identifica chiaramente l'istituto familiare quale "società naturale fondata sul matrimonio". Inoltre, in virtù del principio della responsabilità per la generazione di cui all'art. 30 Cost., al generato è comunque riconosciuto il diritto fondamentale all'accertamento dello *status* nei confronti di entrambi i genitori. Beninteso, la realtà di una famiglia monoparentale, che può concretamente determinarsi *in fieri* per diverse ragioni, non può essere negata. Sembra tuttavia altrettanto innegabile che la famiglia monoparentale non è un modello costituzionale. E che perciò l'affidamento alle cure di un unico genitore sostitutivo non può mai rappresentare per il minore abbandonato un bene da porre sullo stesso piano dell'inserimento in una famiglia sostitutiva con la presenza di entrambe le figure genitoriali e con adeguate garanzie di stabilità.

L'idea della Corte di una convergenza dell'autodeterminazione delle persone singole verso una tutela più efficiente dei minori abbandonati è poi smentita anche in punto di fatto. Non sembra affatto sicuro cioè che allargare la platea degli aspiranti genitori adottivi anche alle persone singole significhi favorire la possibilità delle adozioni.

In effetti, è ben noto anzitutto che il crollo del numero degli aspiranti genitori adottivi registratosi negli ultimi anni a livello mondiale riguarda anche Paesi che consentono da tempo in maniera generalizzata l'adozione da parte delle persone singole. Ma soprattutto è noto che in Italia, nonostante il divieto per le persone singole di accedere all'adozione, il crollo della disponibilità all'adozione, comunque significativo, è stato però di gran lunga inferiore anche rispetto ai Paesi che invece consentono da tempo in maniera generalizzata l'adozione da parte delle persone singole. In ogni caso, poi, nel nostro Paese il numero delle coppie che hanno ottenuto il decreto di idoneità all'adozione risulta tuttora ben superiore rispetto al numero delle adozioni internazionali.

Né può essere trascurato il dato della significativa riduzione dei bambini adottabili a livello mondiale. La crisi delle adozioni internazionali non dipende solo dal crollo della domanda. In realtà, quella crisi è dovuta soprattutto ad una significativa contrazione dell'offerta, per cui i bambini disponibili per le adozioni internazionali non sono solo in numero assai più ridotto rispetto al passato, ma sono anche per la maggior parte bambini con bisogni speciali: ormai grandicelli, con fratelli e/o sorelle o con una qualche forma di disabilità mentale o fisica.

Questa situazione si è determinata soprattutto per ragioni strutturali, demografiche ed economiche. In effetti, anche nei tradizionali Paesi di origine il declino della mortalità e un miglioramento generalizzato delle condizioni di vita della popolazione ha determinato una riduzione significativa del numero degli orfani. Negli stessi Paesi, inoltre, a seguito della diffusione della contraccezione e delle pratiche abortive, nonché a seguito del venir meno dello stigma associato alla nascita fuori dal matrimonio, si è ridotto significativamente anche il numero delle nascite indesiderate e degli abbandoni alla nascita. Bisogna poi considerare che, grazie alla crescita delle risorse disponibili, i governi di molti Paesi di origine riescono molto più che in passato a finanziare anche politiche familiari e di sostegno alla genitorialità e ai bambini orfani e abbandonati, sicché in quei Paesi diminuisce il numero dei minori trascurati o maltrattati dai genitori ed aumenta il numero delle adozioni interne con conseguente riduzione dei bambini disponibili per le adozioni internazionali.

La decisione della Corte non ha tenuto conto di questi dati ulteriori, ragionando solo sul dato della diminuzione delle disponibilità all'adozione e riproponendo il consueto argomento secondo cui allargare la platea degli aspiranti genitori adottivi consentirebbe di garantire ai bambini abbandonati una tutela più efficiente. In realtà, nonostante le significative trasformazioni intervenute negli anni sia sul fronte della domanda sia sul fronte dell'offerta, rimane tuttora vero quanto scriveva Alfredo Carlo Moro all'indomani dell'entrata in vigore della nuova disciplina delle adozioni internazionali, e cioè "che anche con le limitazioni oggi esistenti vi è un forte esubero di disponibilità ad adottare nei confronti di soggetti adottabili e che di conseguenza ampliare la fascia dei possibili adottanti comporterebbe solo consentire che siano alimentate inutili speranze in soggetti che, nella comparazione, resteranno sicuramente soccombenti sia per l'adozione nazionale sia per quella internazionale, ed al tempo stesso rendere più difficile l'opera di approfondimento delle singole situazioni da parte dei servizi e più lenti i tempi di valutazione degli adottanti"[28].

A quanto pare, insomma, la previsione di opportuni criteri di selezione degli aspiranti genitori adottivi non è affatto divenuta priva di senso. Oggi, come in passato, negare

[28] Così A.C. Moro, *Una grande sfida: la legge sull'adozione internazionale*, già in *Questioni e documenti. Quaderni del Centro nazionale di documentazione ed analisi per l'infanzia e l'adolescenza.* Istituto degli Innocenti, Firenze, 2000 ed ora in *Una nuova cultura dell'infanzia e dell'adolescenza. Scritti di Alfredo Carlo Moro* scelti e annotati a cura di Fadiga, Milano, 2006, 122.

questa realtà in nome di una tutela più efficiente dei bambini sembra essere solo un modo per occultare maldestramente il tentativo di far prevalere l'aspirazione degli adulti alla genitorialità adottiva: un tentativo pienamente coerente, del resto, col riconoscimento anche di quell'aspirazione quale peculiare manifestazione dell'interesse alla realizzazione di sé nella dimensione relazionale garantito dall'ordinamento al massimo livello.

Abstract

Il commento prova anzitutto a chiarire l'effettiva portata della decisione della Corte costituzionale che ha liberalizzato l'accesso all'adozione internazionale per le persone singole, evidenziando lo squilibrio che tale decisione ha determinato in virtù del fatto che le adozioni interne rimangono tuttora di regola riservate alle coppie coniugate. Il commento analizza quindi criticamente l'impianto argomentativo della decisione della Corte, rilevando in particolare come essa sia fondata sull'ambigua e confusa individuazione del desiderio degli adulti di essere genitori adottivi quale situazione soggettiva compresa nella più generale libertà della persona di autodeterminarsi nella dimensione relazionale garantita a livello costituzionale e convenzionale e sull'idea per più versi problematica di una pretesa convergenza della stessa autodeterminazione genitoriale degli adulti verso una tutela più efficiente dei minori abbandonati.

Firstly, the paper attempts to clarify the extent of the Constitutional Court's ruling to liberalise access to intercountry adoption for single people. It then draws attention to the resulting imbalance, given that domestic adoptions are generally still reserved for married couples. Furthermore, the paper provides a critical analysis of the Court's argumentative framework, noting that it is based on the ambiguous and confusing identification of adults' desire to become adoptive parents as part of the fundamental right of self-determination in the relational dimension guaranteed by the Constitution and the European Convention of Human Rights. Finally, the paper highlights the problematic idea of a purported convergence of adults' parental self-determination towards the more efficient protection of abandoned children.

Dalla "natura" alla società: l'adozione nel canone costituzionale

Valentina Calderai
Prof. ass. dell'Università di Pisa

Sommario: 1. I tre anni che hanno cambiato la legge sull'adozione. – **2.** L'effetto moltiplicatore del principio di autodeterminazione. – **3.** (Segue) Sull'autodeterminazione orientata alla genitorialità. – **4.** Il futuro dell'adozione.

1. I tre anni che hanno cambiato la legge sull'adozione

La pronuncia in commento[1] completa un trittico di sentenze della Consulta che hanno riscritto la filiazione adottiva all'insegna del congedo dal paradigma naturalistico[2] e del ritorno al fondamento dell'adozione nel principio di solidarietà[3]. *Trait d'union* tra le

[1] Corte costituzionale, 21 marzo 2025, n. 33, su cui: Bianca, *La Corte costituzionale e l'apertura dell'adozione alle persone singole. Un modello unico di famiglia monoparentale fondato sulla triade valoriale: autodeterminazione, solidarietà e interesse del minore*, in *Giustizia insieme*, 06/05/2025; Acierno, *L'autodeterminazione non egoista secondo la Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 25/03/2025; Trapuzzano, *Adozione internazionale: legittima l'adozione dei single,* in *Quotidiano Giuridico*, 26/03/2025; Figone, *Anche i single posso accedere all'adozione internazionale di minori d'età: lo dice la Corte costituzionale,* in *IUS Famiglie*, 25/03/2025; Brogi, *Le adozioni internazionali delle persone singole: una primavera attesa a lungo*, in *Giustizia Insieme*, 9/07/2025.

[2] V. Thomas, *Les artifices de la vérité en droit commun médiéval*, in *L'Homme*, 2005, 113 ss. 126 ss., sulle origini nell'interpretazione medievale delle fonti romane dell'adozione secondo il paradigma di una filiazione «une filiation définie (au rebours du droit romain antique) comme purement charnelle, comme incarnation». *Adde* Marella, *Adozione* (voce) in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, agg., I, Torino, 2000, 18 ss.; Nicolussi, *Paradigmi della filiazione*, in Salanitro (a cura di) *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, Pisa, 2020, 263 ss.

[3] Sull'adozione come «strumento di politica sociale, anziché come un mezzo posto a disposi-

decisioni è la lettura relazionale e sociale della clausola generale del miglior interesse degli adottandi, ogniqualvolta l'applicazione formalistica della legge si risolva nell'irragionevole compressione di situazioni giuridiche che assumono a riferimento un orizzonte più ampio della famiglia nucleare.

La prima, fondamentale decisione[4] ha attuato il principio di unità dello stato filiale nei confronti dei figli adottati nelle forme dell'adozione «in casi particolari» (art. 44, L. n. 184/1983), discriminati rispetto ai figli adottati nelle forme dell'adozione piena dall'impedimento all'instaurazione di «rapporti civili» con i parenti del genitore adottante (art. 55, L. n. 184/1983, in relazione all'art. 300, secondo comma, c.c.)[5].

Che si sia dovuto attendere l'intervento parzialmente demolitorio della Consulta, quando sarebbe bastato trarre la «conseguenza logica inevitabile della declamata unificazione dello stato di figlio»[6], nell'art. 74 c.c. novellato dalla L. 219/2012, è testimonianza eloquente della forza del pregiudizio inscritto nella L. 184/1983, non emendato dalla riforma del 2012: i limiti della generazione naturale segnano i limiti della filiazione adottiva[7], tal che l'esclusione dell'adottato dallo stipite familiare dell'adottante, qualora non fosse possibile o opportuno rescindere l'appartenenza allo stipite familiare d'origine, appariva quasi una conclusione necessaria, invece che una deliberata discriminazione[8]. *Et pace* se tra le vittime figuravano bambini e adolescenti in condizioni di vulnerabilità assoluta: minori orfani dei genitori, a maggior ragione se disabili (art. 44, lett. a, c), o in stato di abbandono di fatto (art. 44, lett. d).

La destituzione del «dogma»[9], secondo il quale ogni persona può appartenere a una sola famiglia, nell'adozione in casi particolari, non poteva lasciare indenne l'adozione detta "piena" (ma *rectius* "generale", in un quadro improntato alla mancanza di gerarchie

---

zione dei privati per l'attuazione di interessi individuali»: Cattaneo, *Adozione*, in *Dig. civ*., Torino, 1987, §§ 3-6; Bessone e Ferrando, *Adozione speciale*, in *Noviss. dig. it., Appendice*, Torino, 1980, 87; C.M. Bianca, *Art. 1, Commento alla legge 4 maggio 1983, n. 184*, in *Nuove leggi civ. comm*., 1984, n. 1-2, 2. In anni più prossimi: Lenti, *L'adozione*, in Lenti, Mantovani (a cura di) *Il nuovo diritto della filiazione*, in *Trattato di diritto della famiglia*, diretto da Zatti, *Le riforme*, II, Milano, 2019, 381 ss.; Morace Pinelli, *Per una riforma dell'adozione*, in *Fam. Diritto*, 2016, 727.

[4] Corte Cost. 28 marzo 2022, n. 79 in *Nuova giur. Civ. Comm.*, 2022, 1021, con nota di Cinque, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità*, cui *adde* il commento di Bianca, *La Corte costituzionale e il figlio di coppia omoaffettiva. Riflessioni sull'evoluzione dei modelli di adozione*, in *Familia,* 2022, 364 ss.; Finessi, *Unicità dello stato di figlio e interesse del minore nell'adozione in casi particolari*, in *Riv. dir. civ*., 2022, 1027 ss.

[5] Cipriani, *Adozione in casi particolari*, in *Enc. dir. I Tematici*, *Famiglia*, Milano, 2022, 25 ss., 39.

[6] Nell'immediatezza della promulgazione della L. 219/2012, autorevolmente: Lenti, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova Giur. Civ. comm*., 2013, 201 ss.

[7] Mantovani, *I fondamenti della filiazione*, in Collura, Lenti, Mantovani (a cura di), *Filiazione*, in *Trattato di diritto della famiglia*, diretto da Zatti, vol. II, Milano, 2012, 10 ss.; Lenti, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, *ivi*, 799 s.

[8] V. le considerazioni critiche di Mantovani, *Fondamenti*, cit., 10.

[9] C. cost. n. 2022/79, cit., 8.3. Lenti, *Vicende*, cit., 783 ss. *Adde* Morozzo Della Rocca, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. dir*., 2013, 838.

e alla «pluralità di modelli» di filiazione adottiva[10]) sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità della *tabula rasa* dei rapporti anche affettivi dell'adottato con la famiglia di origine e dei requisiti soggettivi degli adottanti. Nell'assolutezza delle rispettive presunzioni, quelle misure costituivano invero altrettanti corollari del modello di filiazione adottiva *ad instar naturae* nella L. 184/1983: l'adozione come nuova nascita, nella famiglia fondata sul matrimonio[11]. Tuttavia, se per introdurre nell'ordinamento l'adozione "aperta", ove questa corrisponda al concreto interesse dell'adottando, è bastata l'interpretazione conforme dell'art. 27, terzo comma[12], l'apertura del procedimento di adozione internazionale alle persone non coniugate ha richiesto lo strumento più incisivo della sentenza additiva, declaratoria di illegittimità costituzionale del rinvio dell'art. 29 bis, primo comma, all'art. 6 — il cuore del paradigma naturalistico — laddove «determina un sacrificio dell'autodeterminazione orientata alla genitorialità che [...] rischia di riverberarsi negativamente sulla stessa effettività del diritto del minore a essere accolto in un ambiente familiare stabile e armonioso»[13].

2. L'effetto moltiplicatore del principio di autodeterminazione

Più ancora del superamento dell'efficacia ostativa dello stato civile, la relazione molto stretta nel passo da ultimo citato tra tutela dell'autodeterminazione e effettività della legge è la chiave di accesso alla logica della decisione. La caduta dell'impedimento all'adozione delle famiglie monoparentali rappresenta infatti uno sviluppo naturale dell'itinerario intrapreso da Corte Cost. n. 79/2022, ampiamente sedimentato nel costume, nella dottrina, nella giurisprudenza[14]. La stessa L. 184/1983 non ha mai del resto veramente escluso l'adozione delle persone non coniugate, limitandosi a costruirla, *bon gré, mal gré*, come una concessione eccezionale al bisogno di stabilità affettiva dell'adottato (art. 25, comma 4 e 5) o come un rimedio di ultima istanza a situazioni di vulnerabilità

---

[10] Così già l'esemplare Cass., S.U., 9006/2021, su cui Lenti, *L'adozione e il paradigma matrimoniale*, in *Nuova Giur. Civ. comm*., 2021, 911 ss.

[11] Lenti, *L'adozione e il paradigma matrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 911 ss.; Corso, *Alla migliore delle famiglie possibili. Brevi considerazioni sull'adozione da parte dei single*, in *GenIus*, 2022, 61 ss.

[12] Corte Cost., n. 183 del 28 settembre 2023, nel solco di un orientamento consolidato sui limiti degli automatismi legislativi che proprop nella materia dei rapporti familiari ha un terreno di elezione fin da Corte Cost., 24 luglio 1996, n. 303, in Foro it., 1997, 51-58, sulla differenza massima di età tra adottato e adottanti, su cui Lamarque, *L'eccezione non prevista rende incostituzionale la regola (ovvero, il giudice minorile è soggetto alla legge, ma la legge è derogabile nell'interesse del minore)*, in *Giur. cost*., 1996, 2513 ss. In generale, sugli automatismi legislativi e correlate presunzioni assolute nella giurisprudenza costituzionale: Zagrebelsky, Marcenò, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 210.

[13] Corte Cost. n. 33/2025, cit., § 9.4.

[14] Pesce, *La lunga marcia verso l'adozione piena da parte del single: una decisione originale*, in *Famiglia e diritto*, 2018, 157 ss.

estrema (44, lett. a, c, d). Il Giudice delle leggi si è limitato per questo aspetto a decretare la fine di un paradosso che nel tempo era diventato incomprensibile e intollerabile ai più: se le famiglie monoparentali possono accogliere i bambini che «richiedono un impegno particolarmente elevato»[15], è difficile giustificare la prerogativa sull'adozione piena delle famiglie unite in matrimonio, salvo tacitamente ammettere inconfessabili differenze di qualità degli adottandi.

L'aspetto innovativo, anche rispetto alle decisioni precedenti, risiede nell'uso dell'art. 8 CEDU in coordinamento con l'art. 2 Cost. per ottenere una sorta di effetto moltiplicatore degli effetti della legge. Nel caso di specie, il titolare della situazione soggettiva protetta non è il minore, che a questo stadio del procedimento giuridicamente non esiste ancora, ma colei o colui che intende accedere all'adozione e, indirettamente, la classe dei potenziali adottandi. Si può dire, allora, che mentre le sentenze n. 79 del 2022 e n. 183 del 2023 guardano al presente di un soggetto giuridico già individuato e situato in una famiglia, la sentenza n. 33 del 2025 guarda al futuro, ai bisogni di quanti sono esclusi dal dispositivo della soggettività e dalle garanzie associate ai rapporti familiari.

3. (Segue) Sull'«autodeterminazione orientata alla genitorialità»

Il riconoscimento dell'autodeterminazione nella tutela della vita privata e familiare non è nuovo alla giurisprudenza costituzionale[16]. D'altro canto, la particolare connotazione che il principio assume nel quadro dell'unica forma di filiazione intenzionale riconosciuta dall'ordinamento italiano giustifica gli interrogativi autorevolmente sollevati in merito al possibile «impatto sistematico» nella direzione di altre forme di genitorialità intenzionale allo stato non riconosciute[17].

La premessa di una riflessione rigorosa in tema è la *summa divisio* tra diritti fondamentali come *Abwehrrechte*, pretese negative contro l'ingerenza dei poteri pubblici nelle costituzioni di prima generazione, e altri diritti, parimenti fondamentali, i quali hanno tuttavia per oggetto una pretesa positiva, tipicamente legati alle costituzioni del dopoguerra e all'affermazione dello Stato sociale. Questa distinzione pone in risalto l'equivoco del presunto "diritto" di avere figli, se inteso come pretesa immediata e azionabile a che altri cooperi nel soddisfare il desiderio di essere genitori. Molto semplicemente, l'affer-

---

[15] Corte Cost., 33/2025, cit., § 6.3.

[16] Cfr. Corte Cost. n. 332 del 24 Luglio 2000; Corte Cost. n. 162 del 9 aprile 2014, in materia di procreazione medicalmente assistita: «La libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia [...] non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti. Tuttavia, questi limiti, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto, come già sottolineato, a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale».

[17] Bianca, *La Corte costituzionale,* cit., *§ 1.*

mazione di un tale "diritto" implicherebbe la negazione del "diritto" eguale e contrario di non avere figli e, *funditus*, della libertà personale dell'obbligato. Non si tratta di una *reductio ad absurdum*: nel corso della storia il diritto degli uomini di avere figli è stato ed è ancora efficacemente garantito con la pratica del matrimonio forzato, il divieto assoluto e la criminalizzazione dell'aborto e della contraccezione, l'immunità dal reato di stupro consumato nelle mura familiari.

Queste considerazioni non autorizzano a derubricare a semplice desiderio la realizzazione dell'aspirazione a essere genitori[18], come affermano talvolta le Corti europee e italiane[19], verosimilmente al fine di evitare le trappole — «l'immensa rete dei sentieri sbagliati facilmente percorribili»[20] — disseminate nel linguaggio dei diritti soggettivi. La decisione in commento segna per questo aspetto una decisa inversione di rotta verso il franco riconoscimento della complessità insita nella formula indeterminata "diritto alla genitorialità": «le scelte orientate alla costituzione di vincoli genitoriali sono ascrivibili all'ampio contenuto della libertà di autodeterminazione»[21]. Più precisamente, tale libertà si riflette nella «pretesa a non subire indebite compressioni [...] da parte del legislatore»[22]. Al catalogo classico delle cause vietate di discriminazione («race, nationality or religion»[23]) si aggiungono oggi nelle democrazie liberali le discriminazioni fondate sul sesso, l'orientamento sessuale e naturalmente, per quel che qui interessa, lo stato civile.

Al tempo stesso, l'esercizio della libertà di autodeterminazione e la correlativa pretesa all'astensione possono bene essere limitati in considerazione degli interessi di individui e gruppi: nel nostro caso dei minori, in continuità con le radici illuministe del diritto della famiglia moderno, che nell'emancipazione dei figli dal potere quasi-dominicale del padre ha il proprio atto di nascita[24]. Nella filiazione che ha titolo nella generazione

---

[18] Condivisibilmente sul punto Azzarri, *Libertà e autodeterminazione nei nuovi orizzonti del diritto di famiglia*, in *Riv. Crit. Dir. priv*., 2024, 75 ss., 109.

[19] *Ex multis* Corte EDU, sentenze 24 gennaio 2017, Paradiso e Campanelli contro Italia, paragrafo 141; 22 gennaio 2008, E.B. contro Francia, paragrafo 41; 28 giugno 2007, Wagner e J.M.W.L. contro Lussemburgo, paragrafo 121; 26 febbraio 2002, Fretté contro Francia, paragrafo 29. Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit.; Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit.

[20] Wittgenstein, *Die Klärung des Sprachgebrauches. Fallen der Sprache*, in *The Big Typescript. TS 213*, German-English ed., Oxford, 2005, 311 ss., 312 (trad. mia).

[21] Corte Cost., n. 33/2025, cit. § 8.1.

[22] Corte Cost., n. 33/2025, cit. § 8.2.

[23] Art. 16, Universal Declaration of Human Rights, cui *adde* e art. 12 European Convention of Human Rights.

[24] Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ*., 2016, 86 ss. Le basi teoriche risalgono alla critica lockiana del fondamento del potere politico sul potere paterno e alla costruzione del rapporto di parentela come responsabilità congiunta dei genitori: Locke, *Two Treatises on Government*, Cambridge, 1988, II, §§ 52-53 (303 e s.). Nel segno di Locke e di Rousseau (*Discours sur l'origine de l'inégalité*, Paris, 2008, 134), Diderot rappresenta il potere del padre sui figli come la sola forma di autorità naturale, razionalmente giustificata dalla temporanea incapacità della prole di provvedere a se stessa: «Toute autre autorité vient d'une autre origine que la nature» («Autorité politique», in *Encyclopédie des Lumières,* Éd. Numérique Collaborative et Critique de l'Éncyclopedie, I

detta naturale, peraltro, l'intervento dei poteri pubblici non incide su una situazione di libertà, ma sull'adempimento dei doveri e sull'assunzione delle responsabilità inerenti al rapporto di filiazione già costituito, la garanzia della libertà personale essendo incompatibile con l'istituzione di un controllo *ex ante*. Per converso, l'accertamento preventivo sulle motivazioni, le attitudini, l'idoneità degli aspiranti genitori alla cura dei figli fino all'età adulta rappresenta, si può dire, la ragion d'essere dell'adozione, precisamente in quanto si fonda una scelta consapevole.

I bambini in attesa di essere adottati sono, da questo punto di vista, titolari dell'interesse primario, alla cui soddisfazione è strumentale la tutela dell'interesse degli aspiranti genitori adottivi. Il collegamento della rimozione della condizione ostativa, per un verso, alla volontà, per altro verso, alla verifica in concreto della idoneità dell'aspirante genitore, pone in risalto il bene della vita protetto: non il diritto degli adulti di avere figli, ma l'assunzione di responsabilità nei confronti dei minori privi di genitori. Prefigurando una sorta di *drittwirkung* costruttiva indiretta della tutela della vita privata e familiare, la Corte afferma che non si tratta di riconoscere un astratto "diritto alla genitorialità" ma di rimuovere un ostacolo che, senza fondamento in un interesse costituzionalmente protetto, incide negativamente sull'effettività della legge sull'adozione[25]. L'approdo del ragionamento è né più né meno la funzionalizzazione dell'autodeterminazione genitoriale alla garanzia dei diritti dell'infanzia e alla realizzazione di obiettivi di politica sociale: «Questo specifico interesse si coniuga, dunque, anche con una finalità di solidarietà sociale, in quanto rivolge le aspirazioni alla genitorialità a bambini o a ragazzi che già esistono e necessitano di protezione»[26].

In queste parole è *in nuce* la risposta all'interrogativo in merito alla portata espansiva del principio di autodeterminazione. Non ha senso (se non, forse, come manifesto politico, auspicio, iperbole) discorrere del diritto di avere figli come manifestazione di libertà, astraendo dalle norme di diritto oggettivo che ne qualificano l'esercizio. Questa conclusione è obbligata considerando che in una società minimamente complessa la garanzia della libertà individuale non si esaurisce nell'astensione dello Stato, ma presuppone una serie articolata di prestazioni positive volte alla concreta realizzazione dell'interesse e di contrappesi a tutela di interessi individuali e sociali limiti. La libertà non

---

(1751), 898a-900b, *http://enccre.academie-sciences.fr/encyclopedie/article/v1-3753-1/*). La demolizione dell'analogia tra Padre e Sovrano travolge le basi della *patria potestas*. Autentica sintesi di pedagogia illuminista, la voce dell'Enciclopedia dedicata al potere paterno (de Jaucourt, «Pouvoir paternel (*Droit nat. & civ.*)», in *Encyclopédie*, cit., XIII (1765), pp. 255b-256b) ridefinisce la *puissance* («plutôt un dévoir qu'un pouvoir») e la attribuisce in pari misura ai genitori («Le pouvoir des peres & des meres sur leurs enfans dérive de l'obligation où ils sont d'en prendre soin durant l'état imparfait de leur enfance [...]») anticipando gli sviluppi del diritto della filiazione contemporaneo.

[25] Il tema può essere appena sfiorato in questa sede. V. però sull'efficacia nei confronti dei terzi dei principi di rango costituzionale in connessione col principio di effettività: Navarretta, *Costituzione, Europa e Diritto privato. Effettività e* Drittwirkung *ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, particolarmente 19 ss., 211 ss.

[26] Corte Cost., n. 33/2025, cit., § 9.1.

vive in una bolla solipsistica, ma si determina nella relazione con le libertà e i diritti di individui e gruppi.

Mutato quel che c'è da mutare, valgono le parole di una celebre *dissenting opinion*: «a Constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the state or of laissez faire»[27]. Svolgendo il filo dell'analogia, si può affermare che la Costituzione italiana non sposa l'ideologia dell'*imitatio naturae* e neppure il libero mercato della riproduzione, ma affida al legislatore il compito di coniugare libertà di autodeterminazione e tutela dei minori nel rispetto dei diritti fondamentali.

4. Il futuro dell'adozione

Al di là dell'ampliamento dei presupposti soggettivi dell'adozione internazionale, il significato sistematico e in senso alto politico di Corte Cost. 33/2025 è la riaffermazione della funzione sociale dell'adozione, come modo costituzione del rapporto di filiazione fondato sulla valutazione *ex ante* e in concreto della capacità dell'adottante di garantire al minore un ambiente idoneo a uno sviluppo armonioso, nella cornice comune del principio di unità dello stato filiale.

Dal fondamento autonomo della filiazione adottiva segue che essa non potrebbe essere rappresentata come un surrogato o una filiazione minore. Se l'adozione si scioglie dal condizionamento ideologico del modello naturalistico per assumere la veste tecnica di strumento di tutela, ogni gerarchia e ogni preclusione basata sull'applicazione di un modello astratto merita di essere sottoposta al vaglio del principio eguaglianza, secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, a maggior ragione, se la differenza di trattamento dovesse concretizzarsi nel *vulnus* di una situazione giuridica costituzionalmente e convenzionalmente tutelata.

Le linee portanti della nuova adozione si compendiano nel congedo dall'idea di filiazione adottiva come imitazione della filiazione fondata sul matrimonio, nella pari dignità di adozione in casi particolari e adozione generale, nella centralità dell'interesse concreto del minore nella rete estesa delle relazioni familiari, nella tutela dei minori come gruppo sociale vulnerabile.

In questa prospettiva, la *maßstabsetzende Funktion* della sentenza in commento trascende la questione sottoposta al giudizio della Consulta, nella direzione della rimozione dell'impedimento delle persone non coniugate anche nell'adozione nazionale e della legittimazione anche delle coppie omosessuali, oltre il recinto del compromesso cinico e reticente consumato nella l. 20 maggio 2016, n. 76[28].

---

[27] Lochner v New York, 198 U.S. 45 (1905), 75–76 (Holmes, J., dissenting)

[28] V. Azzarri, *Unioni civili*, in *Enc. Dir. I Tematici*, IV, Milano, 2022, 1329 ss.; Barba, *Unione civile e adozione*, in *Fam. dir.*, 2017, 381 ss.

Abstract

Corte Cost. n. 33/2025 completa un trittico di sentenze della Consulta che hanno riscritto la filiazione adottiva nel segno del principio di solidarietà. Il commento riconosce la cifra della decisione, fortemente innovativa, nella funzionalizzazione della tutela dell'autodeterminazione individuale alla garanzia dei diritti dell'infanzia.

Constitutional Court ruling no. 33/2025 completes a trilogy of rulings that have redefined adoptive parenthood based on the constitutional principle of solidarity. The decision's innovative nature lies in its approach to protecting individual self-determination to ensure children's rights.

Adozione da parte del *single* e interesse del minore

Francesca Cristiani
Prof. ass. dell'Università di Pisa

Sommario: 1. La questione sottoposta alla Corte Costituzionale. – **2.** I due poli di riferimento della pronuncia: l'interesse del minore a un ambiente stabile e armonioso... – **3.** ...e l'aspirazione alla genitorialità come espressione di autodeterminazione. – **4.** Conclusioni.

1. La questione sottoposta alla Corte Costituzionale

Il Tribunale dei minorenni di Firenze, con ordinanza 20 maggio 2024, ha rimesso alla Consulta la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 117, primo comma della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, degli artt. 29-*bis*, comma 1 e 30, comma 1 della legge 4 maggio 1983, n. 184,

> *nella parte in cui, rispettivamente, non consentono alla persona non coniugata residente in Italia di presentare domanda per la dichiarazione di idoneità all'adozione internazionale e al giudice di emettere il decreto di idoneità all'adozione internazionale nei confronti della persona non coniugata di cui siano state positivamente riscontrate le attitudini genitoriali nel corso dell'istruttoria.*

L'ordinanza – emessa nell'ambito di un giudizio di riassunzione di precedente procedimento nel quale era stata sollevata questione di legittimità costituzionale relativa alle medesime norme, dichiarata inammissibile con sentenza n. 252 del 2021 per difetto di motivazione – muove dalla considerazione di fondo che l'interesse del minore, nell'ambito del rapporto adottivo, sia rivolto a garantirgli un ambiente stabile e armonioso. Secondo il Tribunale rimettente, tale situazione non si configura unicamente nel modello

familiare tradizionale al quale invece fa esclusivo riferimento, come presupposto per la dichiarazione di idoneità, con il richiamo che le norme sospette di illegittimità effettuano all'art. 6, la legge sull'adozione del 1983.

La ricerca della miglior soluzione per l'adottando, criterio di riferimento essenziale in materia, comporta la necessità di valutare, in concreto, la richiesta di coloro che, uniti o meno da un vincolo coniugale, abbiano manifestato disponibilità ad accogliere un bambino in stato di abbandono e ad occuparsene in veste di genitori, esercitando legittimamente il diritto a sviluppare relazioni con altri essere umani, nella prospettiva di un progetto di vita familiare.

Il diritto alla vita privata, tutelato dall'art. 8 CEDU, non dovrebbe subire ingerenze se non dovute a un'esigenza sociale pressante ed eventualmente preminente nell'ottica di bilanciamento con altri interessi pure legittimamente tutelati.

Nel caso in esame, la preclusione dell'adozione internazionale alle persone singole non sarebbe giustificata dall'esigenza – sicuramente in astratto da reputare prioritaria rispetto alla aspirazione alla genitorialità del richiedente – di garantire una crescita armoniosa del minore.

La disciplina italiana sull'adozione internazionale sarebbe caratterizzata, dunque, da un eccesso di rigidità, esprimendo una preclusione all'idea di una genitorialità adottiva monoparentale, pur in astratto ammessa dalla stessa legge 184 del 1983, per quanto in ipotesi da considerare come eccezionali.

In sintesi, la mancanza di un criterio di proporzionalità del limite posto all'autodeterminazione orientata alla genitorialità con la preclusione all'adozione internazionale da parte di persone non coniugate, in astratto e in concreto in grado di garantire la preminente tutela diretta del minore ad un contesto familiare stabile e armonioso, fonderebbe l'illegittimità costituzionale delle norme richiamate nell'ordinanza.

2. I due poli di riferimento della pronuncia: l'interesse del minore a un ambiente stabile e armonioso...

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 33 del 2025, ha dichiarato:

> *l'illegittimità costituzionale dell'art. 29-bis, comma 1, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), nella parte in cui, facendo rinvio all'art. 6, non include le persone singole residenti in Italia fra coloro che possono presentare dichiarazione di disponibilità a adottare un minore straniero residente all'estero e chiedere al tribunale per i minorenni del distretto in cui hanno la residenza che lo stesso dichiari la loro idoneità all'adozione.*

La decisione della Consulta[1] si segnala per il grande equilibrio argomentativo, che emerge, in particolare, nel riferimento ai principi, di fonte nazionale e internazionale, che informano oggi l'istituto dell'adozione in un quadro di relazioni familiari caratterizzate da sempre maggiore fluidità e da un inequivocabile allontanamento dal modello tradizionale di famiglia[2], un tempo esclusivo; constatazione indiscutibile che tuttavia non fa perdere di vista il fulcro dell'adozione, rispetto al quale devono necessariamente cedere il passo eventuali pur legittime istanze individualistiche, espressione di esercizio della autodeterminazione del singolo.

La Corte focalizza la censura di illegittimità costituzionale sull'art. 29-*bis*, comma 1 della legge n. 184 del 1983, rilevando come dall'accoglimento della questione di legittimità di questa norma non potrebbe che discendere una dichiarazione di idoneità da parte del Tribunale, ai sensi del successivo art. 30, pure sospettato di illegittimità nell'ordinanza di rimessione.

In sintesi, la pronuncia si fonda sulla necessità di una contemporanea considerazione delle due esigenze che entrano in gioco per la soluzione del caso di specie, ovvero da una parte l'aspirazione alla costituzione di un vincolo genitoriale, esaminato dalla prospettiva di una scelta personale volta alla creazione di un progetto di vita familiare, scelta che costituisce espressione della autodeterminazione relativa alla propria sfera privata, dall'altra l'interesse del minore ad essere cresciuto ed educato in un ambiente stabile e armonioso.

Nella disamina della configurazione di quest'ultimo interesse la Consulta ricostruisce l'evoluzione storica dell'adozione, puntando l'accento sull'attuale fondamento dell'i-

---

[1] La sentenza, che ha avuto un certo rilievo anche sugli organi di stampa, è stata oggetto di due primi commenti ad opera di Figone, *Anche i single possono accedere all'adozione internazionale di minori di età: lo dice la Corte Costituzionale*, in *IUS Famiglie*, fasc. 24 marzo 2025 e Cianciolo, *Un'apertura limitata ai soli casi internazionali*, in *Guida al diritto* n. 13/2025, 42 ss.

[2] La dottrina unanimemente ha posto in luce la mobilità dei rapporti personali nel diritto di famiglia e la caducità dei legami familiari fondati sul vincolo coniugale nella società contemporanea: cfr., tra altri, Balestra, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 2010, 1105 ss.; Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ*., 2002, I, 509 ss.; Paradiso, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è,* in *Riv. dir. civ*., 2016, 1306 ss. Rileva Sesta, in *Verità e relazioni familiari: Roberto Conti intervista Gabriella Luccioli e Michele Sesta*, in *Accademia*, 2024, 597 come "la parola 'famiglia' è riferita a una pluralità di modelli familiari socialmente tipizzati e da tempo giuridicamente tutelati: nell'ordinamento non si rinviene più *la* famiglia ma *le* famiglie". Sui diversi modelli familiari originati dal divorzio v. Al Mureden, *Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi,* in *Fam e dir*., 2021, 23 ss. Più recentemente, Busnelli, *La parabola del matrimonio tra la crisi dell'istituto e la "resilienza" di una istituzionalizzazione familiare,* in *Divorzio e famiglie, mezzo secolo di storia del diritto italiano. Atti del Convegno Ca' Foscari Venezia 11 13 novembre 2021*, a cura di Camardi, Padova, 2022, 9 ss.; e, *ivi*, Camardi, *Presentazione*, 5; Di Nicola, *Differenziazione dei modelli familiari e pluralizzazione del legame di coppia,* 81 ss.; Ferrando, *Divorzio e riforme degli istituti familiari,* 37 ss.; Patti, *Dall'isola all'arcipelago?*, 49 ss.; Sesta, *Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio,* 67 ss.

stituto, ispirato a garantire l'interesse del minore[3], la cui centralità – osserva la Corte – è plasticamente riprodotta nella stessa intitolazione della legge del 1983, riferita al "Diritto del minore ad una famiglia".

E se – come è incontestabile – l'adozione rappresenta lo strumento (non si dimentichi, sussidiario rispetto alla crescita nella propria famiglia di origine) per garantire al bambino un ambiente nel quale possa crescere e sviluppare la propria personalità, godendo di relazioni *lato sensu* familiari, caratterizzate da armonia e stabilità, si tratta allora di valutare se questo tipo di ambiente possa e debba essere considerato realizzabile esclusivamente nell'ambito di una famiglia cd. "tradizionale", ovvero fondata sul vincolo coniugale dei genitori.

Sotto quest'ultimo profilo deve rilevarsi come la legislazione degli ultimi anni, in particolare nella regolamentazione attinente ai rapporti tra genitori e figli nell'ambito della crisi di coppia, abbia vigorosamente affermato il principio della cd. bigenitorialità[4], ritenendo indispensabile, per lo sviluppo della personalità del minore, che lo stesso possa continuare, nonostante la rottura del rapporto tra i genitori, a mantenere vincoli continuativi di affetto e di frequentazione con ciascuno di essi[5].

Tale principio di bigenitorialità può certamente essere letto come espressione dell'intento del legislatore di assicurare al minore un ambiente di crescita armonioso e completo in vista della realizzazione della sua personalità.

Proprio l'esistenza di una coppia di genitori, per di più uniti dal vincolo matrimoniale, è stata scelta dalla legge sull'adozione come baluardo a presidio dell'interesse del bambino ad essere educato e crescere in una famiglia stabile e serena.

Tuttavia, non si può non rilevare – correttamente osserva la Corte – che tale baluardo non è considerato assolutamente invalicabile, come emerge da altre norme della medesima legge sull'adozione: specificamente l'art. 25, commi 4 e 5 e l'art. 44, comma 3.

---

[3] Analizza diffusamente, anche alla luce delle fonti sovranazionali, il significato e la rilevanza dell'interesse del minore, nell'ambito delle categorie della nuova dogmatica minorile Senigaglia, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, in *Diritto civile minorile*, a cura di Cordiano e Senigaglia, Napoli, 2024, 131 ss.

[4] Il riferimento normativo immediato è costituito dall'art. 337 *ter* c.c. il quale, com'è noto, sancisce il diritto del figlio minore "di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori", indicando in questo senso la strada che il giudice deve percorrere nell'adottare provvedimenti riguardo ai figli, secondo il criterio costituito dall'esclusivo interesse morale e materiale della prole, sicché le statuizioni sull'affidamento, il collocamento e la frequentazione dei figli devono rispondere ad una valutazione in concreto intesa al perseguimento di tale finalità. Cfr. in proposito, recentemente, Cassazione civile, sez. I, 17/06/2025, n. 16274.

[5] Pone in luce la centralità del figlio anche nella crisi della famiglia Giardina, in *Ruolo e diritti dei figli nella crisi e nella ricostituzione dell'ordine familiare*, in *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano*, *Atti del Convegno cit.,* 193. L'interesse del minore a "crescere in famiglia" nella crisi del rapporto di coppia, anche in relazione ai diritti degli ascendenti e degli altri parenti a frequentare il soggetto minore è efficacemente analizzato da C. Irti, *Nuovi modelli familiari e tutela del minore nella crisi del rapporto di coppia*, in *Diritto civile minorile*, a cura di Cordiano e Senigaglia, *cit*., 185 ss.

Per quanto si possa osservare che queste ultime ipotesi *"rispondono, evidentemente, a precise* rationes*"*, è pur vero che esse costituiscono indice del fatto che la bigenitorialità e il vincolo matrimoniale non devono essere interpretati come un valore assoluto e imprescindibile, che possa in concreto divenire preminente rispetto all'interesse del bambino a crescere in un ambiente familiare.

Il passaggio logico successivo impone allora di verificare se l'ambiente di crescita e sviluppo del minore, rispondente ai suoi superiori[6] e preminenti interessi, possa realizzarsi indipendentemente dalla esistenza di due genitori uniti da vincolo matrimoniale.

In sostanza, una famiglia cd. monoparentale può essere giudicata "*un foyer stable et harmonieux*", secondo le indicazioni della Convenzione di Strasburgo?[7]

In questa prospettiva, deve essere certamente condivisa la risposta data dalla Corte, alla luce non soltanto del superamento, ormai consolidato nella coscienza sociale, della sovrapposizione in via esclusiva tra famiglia basata sul matrimonio e ambiente familiare, ma anche in relazione all'evoluzione legislativa che ha investito "l'impianto famiglia", non più fondato sul vincolo matrimoniale, quanto piuttosto incardinato e polarizzato sul rapporto di filiazione. Filiazione rispetto alla quale il vincolo matrimoniale tra i genitori rappresenta un elemento tutt'altro che imprescindibile, nell'ambito di un rapporto il cui polo di riferimento è costituito dal figlio e dalla sua connessione con ciascuno dei genitori, indipendentemente dalla relazione di coppia, formalizzata o meno, sussistente o solo pregressa, tra i medesimi[8].

In altri termini, volendo – come doveroso – preminentemente tenere in considerazione il suo interesse ad una crescita serena e armoniosa, non si può che convenire sul fatto che la costituzione di un rapporto genitoriale, anche se non coltivato e proseguito nell'ambito di una coppia e quindi tale da garantire il rispetto della bigenitorialità, costituisca comunque una tutela idonea per il soggetto che si pone al centro del rapporto adot-

---

[6] Nel diritto convenzionale, in particolare, l'interesse del minore viene qualificato come "superiore": v., con specifico riferimento agli artt. 3 e 18 della Convenzione di New York, del 1989 sui diritti del fanciullo, E. Quadri, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Fam. e dir*., 1999, 80 ss.

[7] L'ordinanza di rimessione, sintetizzata dalla Corte, ricorda come l'art. 8, paragrafo 2 della Convenzione europea sull'adozione dei minori, firmata a Strasburgo il 24 aprile 1967, ratificata e resa esecutiva con legge 22 maggio 1974, n. 357, contempli l'esigenza di individuare un contesto familiare che dia sufficienti garanzie di stabilità.

[8] Cfr., tra altri, Rossi Carleo, *La famiglia dei figli*, in *Lo* status *di figlio*, a cura di P. Rescigno, in *Giur. It*., 2014, 1262 ss.; Sesta, *Persona del minore e rapporti di coppia nella riforma dei processi familiari*, in Liber Amicorum *per Paolo Zatti*, Napoli, 2023, II, 1858, che rileva come il rapporto genitori figli sia quello "sul quale sembra debba essere ricostruito l'intero diritto di famiglia", al centro del quale – osserva ancora lo stesso Autore, in *La riforma e il diritto di famiglia. La prospettiva paidocentrica dal diritto sostanziale al diritto processuale*, in *N.L.C.C*., 2023, 1056 – "ci sono i figli minori i loro legami, i loro interessi". Parla di "diritti riconosciuti al minore in qualsiasi contesto, a prescindere dal modello o dai modelli familiari in cui si trovino inseriti" F. Astone, voce *MINORE (relazioni con la comunità familiare)* in *Enc. Dir., I Tematici, IV - Famiglia*, Milano, 2022, 804.

tivo, ovvero il minore, con particolare specifico riferimento al presupposto dell'adozione, costituito da una accertata situazione di abbandono.

Insomma, un ambiente nel quale il bambino possa godere di affetto, attenzioni e cura, così come "in famiglia", può sicuramente realizzarsi anche nella famiglia cd. monoparentale, purché, naturalmente, siano in concreto accertate la capacità affettiva, educativa e la validità delle motivazioni che portano una persona singola a voler costituire un rapporto di filiazione con un minore abbandonato.

La soluzione accolta dalla Corte appare pienamente coerente e in linea non soltanto con il sentire sociale, ma anche con l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale che ha letteralmente "investito" i rapporti familiari in una prospettiva che potrebbe anche, da un certo punto di vista, apparire contraddittoria se non letta dall'angolo visuale più corretto.

Infatti, se, per un verso, si tende a valorizzare la relazione univoca che intercorre tra genitore e figlio – incontestabilmente, oggi, fulcro attorno al quale ruota la filiazione, prescindendo, nella costituzione e negli effetti della stessa, dalle caratteristiche e dalla attualità del rapporto intercorrente tra i genitori – per altro verso si rivaluta, sia in concreto che sotto il profilo più strettamente giuridico, la cerchia parentale[9]. Da quest'ultimo punto di vista, si assiste quasi ad un inaspettato ritorno ad un passato nel quale per "famiglia" si intendeva qualcosa di molto più ampio rispetto alla famiglia nucleare, ed era scontato, nel comune sentire, che genitori e figli fossero considerati parte di una vera e propria rete di riferimento di sostegno affettivo, economico, pratico, nel segno della solidarietà.

Inequivocabili sono i segnali, in quest'ultimo senso, del legislatore e della giurisprudenza, anche recente, della Consulta.

Dal punto di vista normativo devono essere senz'altro ricordati gli artt. 315 *bis*, 317 *bis* e 337 *ter* c.c., i quali, oltre a sancire, come sopra accennato, il criterio della bigenitorialità, espressamente prevedono anche il diritto di avere e conservare "rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale". Diritto preminentemente giustificato (e parametrato e comunque sotto ordinato[10]) dall'interesse del minore a godere di una cerchia familiare di riferimento più ampia rispetto a quella costituita

---

[9] Osserva come "il sorgere di legami di parentela è determinato dalla generazione di un figlio comune", e la "comune genitorialità" costituisce "oggi il nucleo essenziale e l'elemento aggregante intorno al quale si cementa l'unità della famiglia" Al Mureden, *Il cognome tra autonomia dei genitori e identità personale del figlio*, in *N.G.C.C.*, 2022, 1092.

[10] Limpidamente precisa che il diritto degli ascendenti di mantenere rapporti significativi con i nipoti non ha carattere incondizionato, ma è subordinato ad una valutazione avente di mira l'esclusivo interesse del minore Cass. civ., I sez., ord. 23.11.2022, n. 34566, in *N.G.C.C.*, 2023,793, con nota di Della Bianca, *L'interruzione dei rapporti con i nipoti non esclude il diritto di visita dei nonni* e di Tommaseo, *Rapporti con gli ascendenti e tutela dell'interesse del minore*, in *Fam. e dir*., 2023, 107 ss. In dottrina, sul punto, v., tra altri, all'indomani della riforma della filiazione, Ballarani - Sirena, *Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere significativi rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore*, in *N.L.C.C.*, 2013, 543 ss.

dai soli genitori, diritto che fa scattare anche una corrispondente situazione soggettiva tutelabile in capo agli ascendenti ed ai parenti[11].

Anche la legge sul diritto alla continuità affettiva[12] dei bambini e delle bambine in affido familiare ha modificato e integrato la normativa sull'adozione nella prospettiva di mantenimento dei legami instaurati dal bambino dato in affidamento, affinché lo stesso possa essere accolto, allevato e cresciuto nell'ambito di una comunità di affetti estesa, comprensiva di tutti coloro che abbiano con il medesimo una relazione significativa[13], che meriti per ciò stesso di essere coltivata.

Gli interventi normativi sulla parentela costituiscono un ulteriore tassello all'ampiezza del riconoscimento, anche giuridico, della cerchia familiare. Il riferimento specifico in questo senso è alla modifica dell'art. 74 del codice civile, che ha definitivamente confermato la sussistenza del vincolo di parentela indipendentemente dalla circostanza che la filiazione si sia realizzata, o meno, all'interno del matrimonio oppure che sia originata da un provvedimento di adozione[14].

La stessa Consulta è intervenuta in merito con una pronuncia cha può essere letta quasi a suggello di una rinnovata valorizzazione del "gruppo familiare" di riferimento, a proposito dell'adozione dei maggiorenni, risolvendo il problema interpretativo che si era posto con riferimento al secondo periodo dell'art. 74 c.c., il quale recita "il vincolo di

---

[11] La giurisprudenza ha in proposito precisato che anche il genitore che fa parte della cerchia familiare in questione è legittimato a richiedere la regolamentazione dei rapporti con gli ascendenti eventualmente ostacolati dall'altro genitore: così Cass. civ., I sez., 11/02/2025, n. 3539, in *Giustizia Civile Massimario* 2025. Il diritto del minore a mantenere rapporti significativi con i parenti, frutto dalla valorizzazione dei legami affettivi maturati dallo stesso minore, che rappresenta uno dei portati fondamentali della riforma della filiazione del 2012, era stato già in precedenza oggetto di considerazione specifica, nella sua evoluzione, da parte della dottrina: v., per tutti, M. BIANCA, *Il diritto del minore all'amore dei nonni*, in *Riv. dir. civ*., 2006, 173 ss.

[12] Il riferimento è alla legge 19 ottobre 2015, n. 173 che non solo esplicita il criterio del mantenimento dei legami con la famiglia affidataria, ma introduce altresì un ulteriore presupposto, rappresentato dal prolungato periodo di affidamento, in vista della procedura di adottabilità, valorizzando, ai fini dell'applicazione dell'art. 44, comma 1 lett. a), il vincolo affettivo che si sia venuto a creare nel corso del rapporto di affidamento. V. in merito, tra altri, Morace Pinelli, *Il diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci ed ombre della legge 19 ottobre 2015 n. 173*, in *Dir. fam e pers*., 2016, 303 ss..

[13] Seppure ad altro proposito, ovvero in relazione ai rapporti in ambito successorio tra figlio e cd. genitore sociale, osserva Cicero, in *Per una rinnovata successione necessaria*, in *questa Rivista* n. 7/2025, 87 come "la «significatività dei rapporti» si erge a principio di sistema quale comune denominatore del complesso delle norme dedicate alla tutela del preminente interesse del minore, evitando il rischio di un'estensione generalizzata della teoria della genitorialità di fatto, a convivenze e formazioni sociali aventi carattere occasionale ovvero struttura non familiare".

[14] Come è noto, la novella dell'art. 74 c.c. è dovuta alla legge n. 219 del 2012 e al relativo decreto attuativo 28 dicembre 2023. Sia consentito rinviare sul punto a Cristiani, *Vincolo di parentela e mutazioni della famiglia*, Torino 2019, 8 ss. Più recentemente si veda Campione, *Gli "itinerari" della parentela dalla l. n. 219/2012 ad oggi*, in Liber amicorum *per Michele Sesta. Scritti in onore di Michele Sesta*, Padova, 2025, 421 ss.

parentela non sorge nei casi di persone maggiori di età, di cui agli artt. 291 c.c. e seguenti". Con la sentenza n. 79 del 2022 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184 nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante[15].

La citata pronuncia muove dalla constatazione che il legislatore della riforma del 2012-2013 ha valorizzato i legami parentali e che il soggetto, divenuto figlio, entra nella rete parentale che fa capo allo stipite da cui discende ciascuno dei suoi genitori. La Consulta ha precisato, in proposito, come "la riforma della disciplina della parentela e dei suoi effetti sul piano personale, prima ancora che patrimoniale, siano focalizzati proprio sulla protezione del minore e sull'esigenza che egli cresca con il sostegno di un adeguato ambiente familiare, fermo poi restando che lo stato di figlio perdura per l'intera esistenza del soggetto. La rete dei legami parentali incarna, dunque, uno dei possibili istituti che la Repubblica è chiamata a favorire al fine di proteggere, con una proiezione orizzontale dell'obiettivo costituzionale, l'interesse del minore".

Nel senso della rilevanza, a tutela dell'interesse del minore, della cerchia familiare di riferimento, intesa come "rete" di relazioni affettive esistenti, indipendentemente da una loro specifica qualificazione giuridica, si è espressa altresì la Corte con la sentenza n. 183 del 2023. Con questa pronuncia, nell'escludere la fondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 27, comma terzo della legge sull'adozione, la Consulta ne ha proposto una interpretazione costituzionalmente orientata, fondata sull'interesse preminente del bambino a vedere preservate relazioni affettive, la cui rottura potrebbe cagionare traumi ulteriori proprio al soggetto da proteggere[16].

---

[15] Cfr. in merito M. Bianca, *La Corte costituzionale e il figlio di coppia omoaffettiva. Riflessioni sull'evoluzione dei modelli di adozione*, in Familia, 2022, 366 ss.; Chiricallo, *Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma*, in *Familia*, n. 3/2022, 17 maggio 2022; Cinque, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità,* in *N.G.C.C,* 2022, 1013 ss.*;* Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?* in *Questione Giustizia*, 7 giugno 2022; Sesta, *Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali*, in *Fam. e dir*., 2022, 904 ss., il quale rileva come la pronuncia della Corte non si sia limitata ad analizzare il problema in riferimento alla fattispecie sottoposta alla sua attenzione, ovvero quella dell'adottante genitore singolo, *partner* di una coppia omosessuale, ma abbia inteso, come espressamente dichiarato, riformare l'istituto nel suo insieme, osservando criticamente come la portata generale della pronuncia della Corte impedisca di prestare la necessaria attenzione alle differenze tra le varie situazioni previste dall'art. 44 della legge sulle adozioni.

[16] Cfr. i commenti di Dogliotti, *Questa è l'adozione da preferire*!, in *Fam. e dir*., 2024, 128 ss. e Grasso, *La Corte Costituzionale "apre" all'adozione aperta*, in *N.G.C.C.*, 2024, 321 ss. Entrambi gli Autori condividono la decisione della Corte, seppur con differenti interpretazioni in merito alla configurazione ed alle caratteristiche della adozione "aperta". Evidenzia l'evoluzione giurisprudenziale nel senso di un progressivo avvicinamento delle forme di adozione e della convergenza verso una tendenziale duttilità dei modelli adottivi Spangaro, *L'adozione duttile, in nome del miglior interesse del minore*, in *Giur. It*., 2024, 2048 ss.

In altri termini, la rete dei legami affettivi di cui è parte il minore deve essere protetta e mantenuta sia sotto il profilo giuridico, attribuendo ai legami stessi il suggello del vincolo di parentela, sia, comunque, evitando che il figlio veda di fatto cancellata ogni relazione con la originaria cerchia familiare di riferimento, purché sussista, in concreto, un suo interesse a mantenere, con la stessa, relazioni di tipo socio-affettivo.

La contraddizione tra la valorizzazione della relazione univoca e immediata genitore-figlio e la rivalutazione della più ampia cerchia familiare e affettiva di riferimento è in realtà solo apparente, se si pone l'attenzione sul fondamento unitario dei due criteri apparentemente divergenti.

Non c'è dubbio, infatti, che l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale relativa agli aspetti appena accennati muova da un unico presupposto e sia volta al raggiungimento di un unico punto di approdo, ovvero la tutela del minore, che deve essere educato, allevato e cresciuto in un ambiente familiare idoneo a garantirne il suo sereno sviluppo.

È dunque l'interesse del bambino l'esclusivo cardine attorno al quale ruota la normativa in materia e rispetto al quale si deve confrontare l'interprete che ne voglia fare corretta applicazione.

Riavvolgendo il filo del discorso, riportandolo alla figura dell'adottante singolo, non è dubbio che si tratti, allora, di valutarne la sua idoneità in concreto, come persona, ai fini di prendersi cura di un bambino abbandonato, non potendo la sua situazione di soggetto che si trovi in stato libero, e dunque non soddisfi il requisito previsto dall'art. 6.1 della legge sull'adozione, di per sé escludere che un'adozione pronunciata nei suoi riguardi risponda all'interesse del minore.

Quest'ultimo interesse, infatti, come precisa la Corte *"è direttamente preservato dalla verifica giudiziale concernente la concreta idoneità dell'adottante"*.

Alla luce di quanto poco fa accennato, la valorizzazione della rilevanza della cerchia familiare di riferimento determinerà la necessità che l'accento delle indagini sia posto non soltanto sulla situazione individuale del richiedente l'adozione, ma anche, in prospettiva più ampia, sulla "rete familiare", intesa come ambiente di riferimento nel quale il bambino potrà trovare accoglienza.

Non si deve dimenticare, in proposito, che l'art. 29, n. 4 lett. c) della legge 184 del 1983 prevede espressamente che le indagini ai fini della dichiarazione di idoneità riguardino anche l'ambiente "sociale" degli aspiranti genitori.

Né sembra possa ritenersi frutto di una precisa scelta del legislatore nel senso di differenziare la delimitazione dell'oggetto di acquisizione di elementi utili, il fatto che l'art. 22, in relazione alla adozione nazionale, si riferisca, invece, all'ambiente "familiare" dei richiedenti.

Entrambi gli aggettivi devono piuttosto ritenersi conferma, allo stesso modo, della opportunità di una completezza degli accertamenti e delle indagini preliminari, che non devono essere limitati soltanto ai richiedenti, bensì, e necessariamente, essere estesi all'intera sfera affettiva di riferimento per il potenziale adottando.

In altri termini, nell'ipotesi di richiedente adottante singolo, l'allargamento della informativa, prevista dalla legge ai fini dell'idoneità, alla sua cerchia parentale potrà in concreto avere un peso maggiormente determinante nella valutazione rispetto a quanto

avviene in generale per il caso della coppia di coniugi, coppia che costituisce già, direttamente, un primo nucleo di riferimento di carattere familiare.

In questa prospettiva potrà e dovrà essere affrontata anche l'ipotesi del richiedente l'adozione di stato libero che sia legato da una stabile relazione affettiva di coppia. Se è indubbio che tale relazione non possa, di per sé, essere ostativa all'adozione, è altrettanto certo che dovrà essere considerata come dato di fatto di grande rilevanza al fine di individuare l'ambiente nel quale il minore verrà a trovarsi una volta pronunciata l'adozione nei suoi riguardi.

3. ...e l'aspirazione alla genitorialità come espressione di autodeterminazione

È indiscutibile che la sentenza della Consulta abbia valorizzato la autodeterminazione del singolo alla scelta di un rapporto familiare che muova dalla costituzione di un vincolo genitoriale, scelta rispetto alla quale non possono essere ammesse limitazioni, se non per esigenze obiettivamente preminenti.

È parimenti evidente che la Corte si sia pronunciata in modo equilibrato e prudente, evitando di legittimare potenziali derive interpretative non pienamente aderenti al senso della decisione.

La scelta di diventare genitore di un bambino abbandonato rappresenta infatti espressione di una libertà individuale, attinente alla propria sfera intima e personale, che non può essere compressa; tuttavia, non si deve dimenticare che ciò non significa garantire incondizionatamente il diritto di diventare genitori ad ogni costo e in qualunque situazione, considerando il preminente e, in astratto, potenzialmente contrapposto interesse di un altro soggetto, in questo caso il minore adottando.

In altri termini, una scelta di questo tipo, in relazione ad un istituto, come l'adozione, che costituisce un rimedio sussidiario alla mancanza di una famiglia di origine e che nasce e muove da uno spirito di solidarietà[17], deve essere mossa dal medesimo spirito e non può essere, al contrario, espressione di un capriccio che si vuole soddisfare esclusivamente per il proprio egoistico interesse.

Correttamente e limpidamente, in merito, la Corte Costituzionale ricorda come spetti al legislatore *"il compito di dettare le condizioni di accesso a forme di genitorialità diverse dalla procreazione naturale"*, precisando che non solo la Consulta, ma anche la Corte

[17] Rileva come anche l'istituto dell'adozione dei maggiorenni, tradizionalmente giustificato dall'esigenza di garantire continuità alla stirpe e al patrimonio, "pur tra le pieghe della disciplina esistente, ben si presti a realizzare già in atto talune finalità ulteriori di carattere più eminentemente affettivo o solidaristico" e come sia auspicabile *de lege ferenda* "una riforma che accentui tali potenzialità ad oggi ancora in larga parte inespresse, o addirittura le ponga come coessenziali alla natura dell'istituto" Troiano, *Automatismo vs. libertà di scelta nella determinazione del cognome dell'adottato maggiore di età*, in *N.G.C.C.*, 2024, 340.

di Strasburgo abbiano chiarito che *"non si può, evidentemente, parlare di una pretesa o di un "diritto alla genitorialità"*[18].

La necessità di una ponderazione della pluralità di interessi coinvolti nella costituzione del vincolo genitoriale rappresenta la misura della *vis* espansiva dell'autodeterminazione orientata alla genitorialità, così come devono essere ponderate le singole esigenze riferite al potenziale figlio, che devono essere perseguite con mezzi idonei e proporzionati.

La corretta indicazione dei legittimi – in quanto proporzionati e parametrati agli altri interessi coinvolti – limiti che possano essere posti alla aspirazione alla genitorialità, come espressione della autodeterminazione individuale, è inequivocamente indicata dalla pronuncia, che merita di essere condivisa anche per la estrema chiarezza argomentativa.

Altrettanto limpidamente la sentenza precisa quale sia il suo esclusivo ambito di riferimento, puntualizzando specifici aspetti con lo scopo di evitare non corrette equiparazioni o generalizzazioni.

In apertura, la Corte chiarisce infatti come la questione affrontata si riferisca all'adozione richiesta da un soggetto di stato libero, in quanto non coniugato, e precisa che

> *non rientra, invece, nel perimetro del presente giudizio la condizione della persona che non ha lo stato libero, in quanto è parte di un'unione civile (art. 86, primo comma, seconda parte, cod. civ.).*

Tale affermazione sembra avere la funzione di *caveat* rispetto a possibili interpretazioni mosse dallo scopo di leggere tra le righe della pronuncia un'apertura alla richiesta di adozioni da parte di soggetti vincolati da unione civile, pertanto accomunati alla questione affrontata nel caso di specie dalla indifferenza rispetto al vincolo coniugale.

La Corte, dopo aver rilevato che *"le censure sollevate dal rimettente fanno riferimento talora alla persona non coniugata, talaltra alla persona singola"* sgombra il campo da ogni equivoco o tentativo di generalizzazione rispetto alla richiesta di adozione proveniente dalle parti di un'unione civile, chiarendo che "*tale questione non è oggetto del presente giudizio e, dunque, resta impregiudicata*".

Com'è noto, la questione della legittimazione ad essere genitori adottivi della coppia unita civilmente[19] è stata al centro del dibattito parlamentare che ha portato all'approva-

---

[18] Anche in relazione alla interpretazione della normativa in tema di procreazione medicalmente assistita, la Corte Costituzionale ha recentemente ribadito (v. sentenza n. 69 del 2025) come l'interesse alla autodeterminazione procreativa "non è espressione di una libertà che abbia la stessa latitudine di ciò che la tecnica potenzialmente consente, né fonda una pretesa costitutiva di un diritto alla genitorialità".

[19] La dottrina, fin dai primi commenti della legge, ha pressoché unanimemente rilevato come la vera e propria differenziazione tra coniugi e parti dell'unione civile si giochi sul piano della filiazione: cfr. Ferrando, *Conclusioni*, in *N.G.C.C.*, 2016, 1777; Quadri, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, *ivi*, 1688; Zatti, *Introduzione al Convegno*, *ivi*, 1663.

zione della legge n. 76 del 2016 la quale, nel definire l'ambito di applicabilità alle unioni civili della normativa sull'adozione, ha adottato una soluzione di compromesso[20], evitando di prendere posizione su un problema la cui soluzione[21] viene totalmente demandata all'interpretazione della giurisprudenza, alla quale viene così lasciato il delicato compito di colmare uno spazio fluido, potenzialmente aperto ad ogni contenuto.

Il punto nodale attiene al campo di applicazione delle ipotesi previste per l'adozione in casi particolari, e, specificamente, alla possibilità di applicare alla parte di una coppia omosessuale la lett. d) dell'art. 44, che prevede l'adozione in casi particolari nelle ipotesi di "constatata impossibilità di affidamento preadottivo". L'interpretazione di questo concetto di *impossibilità*, rigorosamente intesa nei primi anni di vigenza della legge n. 184 del 1983 (quando l'ipotesi corrispondente era quella prevista dalla lett. c) dell'art. 44) come *impossibilità di fatto* dell'affidamento preadottivo, con esclusione di ogni applicabilità alle ipotesi di *impossibilità giuridica* dell'adozione, ha subito una evoluzione pressoché costante, soprattutto nell'applicazione della giurisprudenza.

La giurisprudenza di merito si era ripetutamente pronunciata positivamente, seppur non in maniera univoca, accogliendo un'interpretazione che è stata in qualche modo avallata anche dalla modifica apportata alla norma con la legge n. 149 del 2001 che, con l'introduzione della lett. c), ha contribuito ad ampliare i margini di elasticità già riconosciuti, in via interpretativa, alla fattispecie dell'adozione in casi particolari.

La medesima opzione venne seguita anche dalla Corte di Cassazione con sentenza[22] emessa all'indomani dell'emanazione della legge n. 76 del 2016, peraltro non applicabile, *ratione temporis*, alla fattispecie oggetto di pronuncia. La Corte, ritenendo ammissibile la costituzione dell'adozione *ex* art. 44, lett. d), nei confronti di colui (o colei) che, unito ad

---

[20] Come è stato efficacemente rilevato da Morozzo Della Rocca, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della* stepchild adoption, in *Il Corr. giur.*, 2016, 1203 ss., la proposizione *fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti* "risulterebbe in sé priva di senso, poiché non v'era alcun bisogno di ricordare agli interpreti che le norme vigenti consentono ciò che consentono. Il vero è, come è stato subito osservato, che probabilmente questa singolare declamazione non mancava di obiettivo: senza dubbio quello di rassicurare dissenzienti opinioni parlamentari riguardo allo stralcio della *stepchild adoption* dal disegno di legge, esercitando nell'inappropriata sede legislativa l'auspicio che l'orientamento giurisprudenziale promosso in seno alle corti capitoline potesse poi consolidarsi, rendendo di fatto superflua la norma stralciata".

[21] Una soluzione meno timorosa e compromissoria, a fronte di una pressoché totale equiparazione tra matrimonio e unione civile, fondata sul principio di non discriminazione a causa dell'orientamento sessuale, avrebbe dovuto determinare piuttosto l'equiparazione del rapporto nascente dall'unione civile a quello di coniugio, consentendo anche alle parti dell'unione civile l'adozione, *ex* art. 44, lett. b). Sul punto, tra altri, Morozzo Della Rocca, *op. ult. cit.*; Zatti, *op. loc. ult. cit.*; V. Barba, *Unione civile e adozione*, in *Fam. e dir.*, 2017, 381 ss.

[22] Cfr. Cass. Civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962. La sentenza è stata oggetto di numerose note di commento. Si veda per tutti, anche per una diffusa analisi della evoluzione giurisprudenziale nell'interpretazione della lett. d) (*olim* c) dell'art. 44, Ferrando, *Il problema dell'adozione del figlio del partner*, *Commento a prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 12962 del 2016*, in *L.N.G.C.C.*, 2016, 1213 ss.

altro *partner* nell'ambito di una stabile relazione omosessuale, abbia instaurato un rapporto affettivo con il figlio di questi, affermò che tale disposizione "integra una clausola di chiusura del sistema", alla quale si possa ricorrere ogni volta che, nel precipuo interesse del minore, sia opportuno dare forma giuridica ad una situazione di fatto, il mancato riconoscimento della quale - o, a maggior ragione, la cui interruzione - possa costituire motivo di sacrificio della tutela del bambino, da assicurare in via assolutamente prioritaria. Tale soluzione è stata poi costantemente seguita dalla giurisprudenza successiva[23].

Obiettivamente, soprattutto considerando che la stessa "valvola" è stata utilizzata per consentire l'adozione del figlio del convivente *more uxorio* della coppia eterosessuale, non si può dubitare del fatto che risulterebbe priva di ogni fondamento una differenziazione basata soltanto sull'orientamento sessuale dei soggetti in questione, che palesemente si risolverebbe in una inammissibile e odiosa discriminazione.

Non si può tuttavia, al proposito, mancare di sottolineare il pericolo rappresentato da non corrette interpretazioni e opinabili applicazioni, in concreto, dell'interesse del minore, la cui stabilità e continuità affettiva, nel diritto ad un ambiente *familiare,* deve prevalere su ogni altra esigenza eventualmente contrastante.

Occorre, insomma, evitare rigorosamente che questo interesse diventi un vero e proprio scudo con il quale, giustificando ogni scelta del legislatore ed ogni soluzione della giurisprudenza, si finisca per coprire altri interessi, che non necessariamente meritano analoga preminente tutela. In altri termini, e specificamente in merito all'applicazione dell'art. 44, lett. d), talvolta il mantenimento di una situazione di fatto, ormai instaurata, potrebbe determinare la conseguenza di dare maggiore o preminente spazio alla protezione di interessi egoistici del singolo[24], non automaticamente coincidenti con quelli dell'adottando.

È incontestabile che nessuno debba subire discriminazioni a causa del suo orientamento sessuale; ciò non significa, tuttavia, attribuire a ciascuno, di fatto, il diritto ad essere tutelato in ogni sua esigenza, senza certezza che questa non corrisponda soltanto al suo egoistico interesse, eventualmente in conflitto con quello, preminente, dell'adottando.

È vero che il provvedimento di adozione postula un'indagine in concreto, *ex* art. 57 della legge n. 184 del 1983; ma se tale indagine parte del presupposto dell'inopportunità, per l'adottando, della modifica di una situazione ormai in atto, ciò potrebbe comportare

---

[23] Osserva come sia ormai pacifica (pur ritenendola frutto di una inammissibile forzatura) l'interpretazione dell'art. 44, lett. d), L. n. 149/2001 nel senso di consentire l'attribuzione della genitorialità in capo a persona dello stesso sesso del genitore naturale Sesta, *Il diritto di famiglia a cinquant'anni dalla Riforma: tra Codice e leggi speciali*, in *Fam. e dir*., 6/2025, 530. Per una limpida sintesi dell'evoluzione in proposito cfr. Ferrando, *Adozione del minore, linee evolutive e problematiche attuali*, in *Liber Amicorum per Michele Sesta*, a cura di Al Mureden e Balestra, Padova, 2025, 819.

[24] Rileva acutamente Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ*., 2016, come, talvolta "la dichiarata priorità dell'interesse del minore si risolve nell'effettiva promozione dell'interesse degli adulti".

il rischio di un esame non sufficientemente approfondito, inerente alla valutazione comparativa di interessi eventualmente confliggenti ed alla stabilità del vincolo che lega le due parti del rapporto.

Il diritto alla non discriminazione è indiscutibile, così come il diritto ad una vita familiare; ma non si può porre sullo stesso piano un *diritto alla filiazione,* che rischia di essere ingiustificatamente privilegiato passando attraverso il principio (ritenuto) preminente della non modificazione di una situazione già concretamente in essere[25].

Se è vero che la Consulta esclude preliminarmente (e correttamente a seguito dell'ordinanza di rimessione) ogni esame sulla questione dell'adozione da parte del soggetto unito civilmente, è indubbio che l'apertura alla adozione da parte del *single* deve prescindere da ogni indagine sul suo orientamento sessuale, che certo non può costituire, di per sé, ostacolo all'accoglimento della richiesta, nella misura in cui il richiedente sia in grado di garantire al minore tutti i presupposti per il suo sviluppo in un sereno ambiente di crescita.

Laddove il richiedente di stato libero risulti, in concreto, legato da una relazione di coppia, è comunque imprescindibile che le indagini e l'accertamento della situazione ambientale nella quale il minore si troverà si estendano alla valutazione di tale rapporto affettivo, coinvolgendo l'altro membro della coppia, al fine di considerare il peso che l'esistenza di tale relazione possa avere sulla configurazione dell'ambiente che sarà il riferimento per il minore. Tutto questo, peraltro, in modo del tutto indifferente e pienamente sovrapponibile tra legame di coppia etero o omosessuale[26].

Nel precisare i limiti di riferimento della questione affrontata, ai fini della valutazione della ammissibilità della stessa, in risposta ad eccezioni provenienti dalla Presidenza del Consiglio, la Corte ricorda altresì come *"l'adozione internazionale presenta tratti autonomi rispetto a quella interna, con la quale condivide solo alcuni profili della disciplina".*

Anche questa affermazione, di per sé apparentemente scontata, merita di essere valorizzata nella prospettiva della prevedibile sottoposizione all'esame della Corte, in termini analoghi, della questione relativa all'adozione nazionale.

Risulta infatti a questo punto obiettivamente difficile, in astratto, giustificare un differente trattamento, in relazione alla richiesta di adozione da parte di un *single*, in di-

---

[25] All'indomani dell'emanazione della legge n. 76 del 2016, rilevava efficacemente De Cristofaro, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1-34 dell'art. 1 della legge 20 maggio 2016 n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 5*, in *N.L.C.C.*, 2017, I, 106, come l'orientamento giurisprudenziale fondato su di una interpretazione elastica dell'art. 44, lett. d) della legge n. 184 del 1983 si fondi su un'ipotesi interpretativa da avanzare con grande cautela e che una questione di tale rilevanza meriterebbe un intervento chiarificatore del legislatore.

[26] La Corte Costituzionale, con orientamento costante, recentemente (cfr. sentenza n. 68/2025) ribadito, ha precisato come l'idoneità genitoriale non sia di per sé esclusa per una coppia omoaffettiva, che tantomeno evoca "scenari di contrasto con principi e valori costituzionali": in questa prospettiva l'interesse del minore deve essere valutato in concreto, allo stesso modo, in relazione a genitori che siano parti di una coppia omosessuale o eterosessuale.

pendenza del fatto che la disponibilità ad adottare sia riferita ad un minore di nazionalità italiana o straniera.

In concreto, tuttavia, la disciplina autonoma che regola le due diverse ipotesi difficilmente potrà portare all'accoglimento della disponibilità di un *single* all'adozione nazionale, per la quale l'art. 22, n. 5 della legge 184 del 1983 prevede, di fronte ad un minore in stato di abbandono, la scelta comparativa tra i diversi aspiranti all'adozione.

Non vi è dubbio, in proposito, e non potrà essere ragionevolmente considerato frutto di ingiustificato pregiudizio, il fatto che una coppia genitoriale appaia, in via comparativa, la scelta preferibile per il bambino in stato di abbandono rispetto ad una persona singola, che pure abbia favorevolmente superato il vaglio delle capacità richieste dalla legge, *ex* art. 6.

Se è vero, infatti, come ricorda la Corte, richiamando la sentenza n. 183 del 1994[27], che il criterio della *imitatio naturae*, correttamente interpretato, non impedisce di ravvisare nell'adozione da parte di persone singole una possibile "soluzione in concreto più conveniente all'interesse del minore", è altresì evidente che la richiesta proveniente dal *single* è inevitabilmente destinata a soccombere, in via comparativa, di fronte ad una coppia di genitori richiedenti, laddove, naturalmente, *single* e coppia genitoriale possano essere paritariamente considerati sotto il profilo della loro specifica idoneità affettiva e capacità educativa nei confronti del bambino in stato di abbandono.

Il riferimento alla lontana sentenza emessa nell'ambito del cd. "caso Di Lazzaro" appare particolarmente significativo. Già in quel caso, infatti, la Corte ipotizzò la possibilità che il legislatore potesse "ampliare l'ambito di ammissibilità dell'adozione di un minore da parte di un solo adottante, qualificandola in ogni caso con gli effetti dell'adozione legittimante". La decisione in commento viene così a costituire logica e consequenziale evoluzione di un concetto affermato dalla Consulta oltre trenta anni fa.

Merita altresì, conclusivamente, di essere sottolineato anche il riferimento, già contenuto nella sentenza del 1994, alla qualificazione degli effetti di una eventuale ipotesi, *de iure condendo*, di adozione in favore del *single* rispetto alla quale la Corte sembrava condividere, sia pure per *incidens*, l'impostazione proposta da autorevole dottrina[28] in tempi

---

[27] Con la sentenza 183 del 1994 – molto nota anche per il rilievo dato dalla stampa in considerazione della notorietà della persona coinvolta – la Corte Costituzionale dichiarò l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale sottoposta dalla Corte d'Appello di Roma sul presupposto (non condiviso dalla Corte) che la Convenzione di Strasburgo imponesse senza esclusioni l'adozione da parte del *single*. Per un più diffuso commento alla sentenza sia consentito rinviare, tra altri, a Cristiani, *L'adozione da parte del singolo: normativa convenzionale, legge italiana e prospettive di riforma alla luce dell'interesse del minore*, in *N.G.C.C.*, 1994, I, 608 ss.

[28] Cfr. Busnelli, Adoptio una et plena, *Il diritto del minore alla famiglia*, in *Studi sassaresi*, 1979-80, VII, 215. L'Autore ribadiva questa impostazione, avanzata prima della legge del 1984, anche all'indomani della emanazione della stessa, in *Luci e ombre nella disciplina italiana della adozione di minori stranieri*, in *R.D.I.P.P.*, 1986, 260. Nello stesso senso, in sede di primo commento della legge, Ceccherini, in *N.L.C.C.*, 1984, sub art. 6, 44.

molto lontani, ma tuttora attuale, nel senso di eliminare, una volta per tutte, la duplicità degli effetti dell'adozione dei minori.

Nella prospettiva di un avvicinamento tra le due forme di adozione si è negli anni mossa l'evoluzione giurisprudenziale. Il ridimensionamento delle differenze si è realizzato attraverso l'estensione in via interpretativa delle ipotesi di adozione cd. in casi particolari, che "da strumento residuale, riservato ad una casistica limitata, è divenuto strumento di normale impiego in quanto capace, grazie alla sua elasticità, di adattarsi alla varietà di situazioni in cui è necessario dare ai bambini una nuova famiglia"[29], nonché, recentemente, per effetto delle sentenze della Corte Costituzionale n. 79 del 2022 e n. 183 del 2023, con una tendenziale parificazione di effetti, da una parte con il riconoscimento del vincolo di parentela anche per l'adozione in casi particolari, dall'altra con il ridimensionamento della rigidità con la quale veniva intesa la recisione dei legami con la famiglia di origine.

In questa prospettiva, una equiparazione in astratto tra coppia genitoriale e *single* che si estendesse all'adozione nazionale potrebbe essere letta anche nel senso di portare a definitivo compimento l'unificazione delle due forme di adozione tuttora sussistenti, "sganciando" l'ipotesi dell'adozione del *single* dall'esclusivo riferimento ora contenuto nell'art. 44 della legge.

A fronte di una ormai pressoché totale unificazione degli effetti, risulta infatti priva di adeguata giustificazione una differenza di disciplina in relazione ai presupposti delle due forme di adozione, per i quali sembrano ormai maturi i tempi per una sostanziale equiparazione[30].

4. Conclusioni

La sentenza della Consulta non può che essere favorevolmente accolta. La stessa appare sorretta da condivisibili valutazioni che investono il fondamento dell'istituto dell'adozione del quale richiamano il profilo solidaristico, riconnettendo a tale profilo anche l'aspirazione alla genitorialità, che si manifesta attraverso la dichiarazione di disponibilità all'accoglienza rispetto ad un minore in stato di abbandono.

In questa prospettiva, nessun pregiudizio può legittimamente ostacolare il nobile intento di consentire ai bambini - che per le più diverse ragioni e occorrenze della vita non hanno la possibilità di crescere nell'ambito della famiglia di origine - di godere comunque di un ambiente familiare di affetti e di sostegno, morale e materiale, così da assicurare il loro sereno sviluppo.

È indubbio che da tempo sia in atto una evoluzione della legislazione, nazionale e sovranazionale, anche processuale, volta ad accentuare l'attenzione sulla persona del minore.

---

[29] Le parole riportate nel testo sono di Ferrando, *op. ult cit*., 801 ss.

[30] Cfr. ancora Ferrando, *op. ult. cit*., 826.

Anche la giurisprudenza, di legittimità e di merito, nonché le pronunce della Consulta e della Corte EDU non perdono occasione per ribadire la centralità del miglior interesse del minore che deve essere perseguito, nell'ambito dei rapporti familiari, in modo preminente rispetto ad altri interessi coinvolti, pur astrattamente meritevoli di tutela.

Eppure, a fronte di queste costanti e condivisibili affermazioni si assiste talvolta, nei fatti, a tentativi di prevaricazione che muovono da istanze individuali intese come espressioni libertarie di autodeterminazione, interpretata come legittima manifestazione delle esigenze del singolo, che non devono comunque essere frustrate.

La sentenza della Corte, nel riconoscere il valore dell'aspirazione individuale alla genitorialità e, al tempo stesso, nel valorizzare la dimensione altruistica che muove tale aspirazione all'interno del rapporto adottivo, rappresenta sicuramente un significativo tassello nel delineare un equilibrato bilanciamento degli interessi in gioco, evitando, con il doveroso richiamo al nobile principio della solidarietà, il rischio di derive di ispirazione meramente libertaria, non compatibili con l'interesse del minore.

Abstract

Il saggio esamina la sentenza n. 33/2025 della Corte Costituzionale in materia di adozione da parte di persona *single*, collocandola nel solco di una progressiva evoluzione normativa e giurisprudenziale verso un ampliamento dell'accesso all'adozione, anche nel rispetto del principio di non discriminazione, in relazione all'orientamento sessuale. L'analisi si sofferma sul necessario contemperamento tra l'aspirazione individuale alla genitorialità, intesa quale espressione di autodeterminazione, e il superiore interesse del minore, che permane quale parametro unico e indefettibile di valutazione, in coerenza con il principio di solidarietà, che è a fondamento dell'istituto dell'adozione dei minori. In tale contesto, si riflette altresì sulla possibile unificazione degli istituti dell'adozione legittimante e di quella in casi particolari, alla luce della tendenziale equiparazione degli effetti prodotta dalla giurisprudenza anche costituzionale più recente.

This article analyzes Constitutional Court judgment no. 33/2025 concerning adoption by single individuals, placing it within the broader normative and jurisprudential trend toward expanding access to adoption, in accordance with the principle of non-discrimination, including that based on sexual orientation. The discussion focuses on the need to balance the individual aspiration to parenthood – conceived as an expression of self-determination and solidarity – with the paramount best interests of the child, which remain the sole and indispensable standard of assessment. In this framework, the essay considers the potential unification of full and special adoption regimes, in light of the recent constitutional jurisprudence aiming at the substantive harmonization of their legal effects.

Il principio del consenso nella procreazione medicalmente assistita

Massimo D'Auria
Prof. ord. dell'Università di Siena

Sommario: 1. Premessa. – **2.** La portata unitaria delle decisioni n. 68-69/2025. – **3.** La portata innovativa della decisione n. 68/2025. – **4.** Profili argomentativi. – **5.** Sulla necessità di un'interpretazione evolutiva. – **6.** L'accesso della donna single. – **7.** Sulla programmatica esclusione della figura paterna. – **8.** La preesistenza della coppia come requisito di accesso alla PMA. – **9.** Il problema sistematico: funzione del consenso e serietà dell'intento genitoriale. – **10.** Sulla coppia – famiglia come dispositivo fondante la serietà dell'intento genitoriale. – **11.** Prima obiezione: l'autodeterminazione terapeutica. – **12.** Seconda obiezione: la famiglia *ad instar naturae*. – **13.** Profili critici.

1. Premessa

Le sentenze n. 68 e 69 del 2025 della Corte costituzionale affrontano due problemi relativi alle condizioni di accesso alla PMA[1] rispettivamente per le coppie omosessua-

[1] Com'è noto, la legge 40/2004 è stata oggetto di numerose pronunce da parte della Corte costituzionale che ne hanno ridisegnato l'impianto. Sul punto, v. Carrato (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita e le tematiche connesse nella giurisprudenza costituzionale,* Servizio Studi della Corte costituzionale, marzo 2021, reperibile in *https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_319_procreazione_medicalmente_assistita_20210324170526.pdf*; Salanitro, «*A Strange loop*». *La procreazione assistita nel canone della Corte Costituzionale,* in *Nuove leggi civ. comm*., 2020, 209 ss.; Vettori, *La fecondazione assistita tra legge e giudici*, in *Persona e mercato*, 2016, 3 ss.; Ferrando, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. e dir*., 2011, 517 ss.; A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale,* Padova, 2017, 202 ss.

li e per la donna single, attualmente non consentito in forza dell'art 5 l. 40/2004 che lo permette solo alle "coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi"[2].

Su entrambi i profili, si registra un acceso scontro politico e ideologico. Ciò è comprensibile, data la novità e caratura dei problemi suscitati dall'introduzione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, impensabili all'epoca della promulgazione della Carta costituzionale. Ciononostante, e non potrebbe essere diversamente, è alla Carta costituzionale che affidiamo la soluzione di conflitti aventi portata culturale, nella consapevolezza, peraltro, che la loro dimensione transnazionale incide inevitabilmente sull'effettività della norma nazionale[3].

Ciò, però, rischia di generare un corto circuito istituzionale dal momento che la Corte viene investita di un ruolo che non è più quello di controllo di costituzionalità delle leggi ma di riconoscimento e promozione di nuovi diritti costituzionali che il legislatore tarda oppure non è incline a riconoscere. In questa prospettiva, deve leggersi il *self restraint* a cui la Corte ricorre quando assume che la cornice ordinamentale non conosce un'unica soluzione costituzionalmente obbligata[4]. Ciò vale quanto dire che la soluzione di questa tipologia di conflitti deve restare di competenza del legislatore, sicché alla Corte può chiedersi non già di dettare la soluzione al posto del legislatore ma d'impedire la permanenza di regole che entrano in insanabile conflitto con i principi fondamentali della Carta costituzionale.

2. La portata unitaria delle decisioni n. 68-69/2025 della Corte costituzionale

Ciò premesso, anche dopo il duplice intervento della Corte costituzionale, le restrizioni all'accesso poste dall'art. 5 l. cit., impropriamente qualificati divieti a carico dei

---

[2] Salanitro, voce *Procreazione medicalmente assistita (diritto civile),* in *Enc. dir.,* Tematici, IV, 2022, Famiglia, F. Macario (dir.), 1015 ss.; Caggia, *La filiazione da procreazione assistita,* in Lipari, Rescigno (diretto da) e coordinato da Zoppini, *Diritto civile,* V. I, Fonti, soggetti, famiglia, II, La famiglia, Milano, 2009, 526 ss., spec. 537.

[3] Caggia, *La filiazione da procreazione assistita,* in Lipari, Rescigno, cit., 531.

[4] Da questo punto di vista, si tratta di un passo indietro rispetto a Corte cost. 10 giugno 2014, n. 162, in *Corr. giur*., 2014, 1062, con nota di Ferrando e in *Eur. dir. priv*., 2014, 1105, con nota di Castronovo. Come notato da Salanitro, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *Nuova giur. civ. comm*, 10/2016, II, 1360 ss., 1364 ss. l'argomento impiegato da quelle sentenze per abbattere il divieto di fecondazione eterologa, ossia l'autodeterminazione procreativa e terapeutica in funzione della genitorialità, era talmente pregnanti da mettere in crisi l'intero sistema dei requisiti di accesso; *adde* Bilotti, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale,* in *Nuova giur. civ. comm.,* n. 4, 2021, 919 ss.

"pazienti"[5], continueranno ad impedire ai centri di procreazione medicalmente assistita italiani di accogliere le istanze provenienti tanto dalla donna single, quanto dalle coppie omosessuali.

Si noti, però, che quanto al problema dell'accesso della donna single, il sindacato di costituzionalità è stato effettivamente portato sull'art. 5 l. 40/2004. Ancorché discutibile sul piano motivazionale, la tenuta del requisito della preesistenza della coppia risulta, perciò, per il momento assicurato dall'esito raggiunto dalla Corte costituzionale. Non altrettanto sicura è, invece, la futura tenuta della restrizione all'accesso prevista per le coppie omosessuali, dato che in questo caso, il sindacato di costituzionalità è stato attivato non direttamente sull'art. 5 l. cit. ma sugli artt. 8, 9 l. 40/2004, nonché sull'art. 250 c.c.

Con riferimento al caso delle coppie omosessuali, però, conviene evidenziare come, nel delimitare ulteriormente l'oggetto del giudizio al sindacato sull'art. 8 l. cit., la Corte ha tenuto a precisare l'estraneità dall'area del giudizio del "*diverso profilo delle condizioni, soggettive e oggettive, di accesso alla PMA in Italia e dei correlativi divieti, come attualmente previsti dall'ordinamento*", quello appunto disciplinato dall'art. 5 l. cit. Trattandosi di una *excusatio non petita* essa vale più a minare che a convalidare la premessa posta.

E, infatti, la pronuncia d'incostituzionalità dell'art. 8 l. cit. è stata dichiarata "nella parte in cui non prevede che pure il nato in Italia da donna che ha fatto ricorso all'estero, in osservanza delle norme ivi vigenti, a tecniche di procreazione medicalmente assistita ha lo stato di figlio riconosciuto anche della donna che, del pari, ha espresso il preventivo consenso al ricorso alle tecniche medesime e alla correlata assunzione di responsabilità genitoriale". La realtà è, però, che la disposizione di cui all'art. 8 l. cit. prevede espressamente che l'atto di nascita l'ufficiale di stato civile debba conformarsi alla volontà espressa della coppia di ricorrere alla PMA. Dunque, se il principio che ricollega lo status filiationis al consenso della coppia che sceglie la PMA è sempre stato nel testo dell'art. 8 l. cit., se ne deduce che il nodo problematico della questione affrontata dalla Corte non sta nell'effetto del consenso ma altrove e, segnatamente, nei requisiti di accesso disciplinati dall'art. 5 l. cit.

Con ciò non si vuole certo contestare alla Corte di avere travalicato l'oggetto del giudizio ma soltanto evidenziare la velleitarietà dell'espediente di fare leva sulla deli-

---

[5] È il caso di evidenziare la legge non ponga un divieto di accesso alle coppie omosessuali o al single alla PMA. La norma si esprime con il modulo del permesso poiché non dice che single e coppie "non devono" ma che "non possono" accedere alla PMA. Così regolando la fattispecie, la norma stabilisce delle condizioni la cui violazione rende illecita la condotta del centro medico che accolga le istanze di accesso in assenza dei requisiti stabiliti dall'art. 5 l. cit. Significativo da questo punto di vista, è che l'apparato sanzionatorio di cui all'art. 12 l. 40/2004 sia tutto destinato a sanzionare la condotta dei centri di procreazione medicalmente assistita che l'unica disposizione che si occupa dei "pazienti" è quella di cui all'art. 12,8° che stabilisce una causa di non punibilità in senso stretto per l'uomo o la donna. Sul punto v. l'ampio studio di V. Tigano, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi,* Torino, 2019, spec. 239 ss.

mitazione dell'oggetto del giudizio alla norma di cui all'art. 8 per giustificare il mancato coinvolgimento dei limiti all'accesso della PMA. Ciò dipende dalla circostanza che il legislatore ha preteso di congegnare il rapporto tra status e consenso in modo tale che gli effetti previsti dall'art. 8 l. cit., sul riconoscimento dello status filiationis, dipendono dall'efficacia di un consenso raccolto dal medico *purché* proveniente da coppie rispondenti ai requisiti di accesso prescritti dall'art. 5 l. cit.

La conferma di un siffatto nesso organico si ritrova in una pronuncia della Cassazione, di poco successiva al giudizio della Corte costituzionale qui commentata[6]. Contro chi avanzava la possibilità di un'interpretazione evolutiva volta a rimuovere la restrizione all'accesso delle coppie omosessuali, la Corte ha rilevato che l'art. 8 l. cit. ha stabilito un nesso organico tra status e consenso *ex* art. 6 l. cit., disposizione quest'ultima a sua volta impostata nel senso che quel consenso deve provenire da coppie aventi i requisiti soggettivi di cui all'art. 5 l. cit.

La constatazione incoraggia l'interprete ad assumere una postura meno pregiudicata da tatticismi argomentativi per svolgere una riflessione unitaria sulle sentenze al fine di vagliare, tanto più alla luce della portata assiologica dei principi impiegati, ossia il consenso e il migliore interesse del bambino, la ragionevolezza delle restrizioni all'accesso attualmente vigenti in base all'art. 5 l. cit.

3. La portata innovativa della decisione n. 68/2025

Chiarito il senso dell'indagine, la novità della decisione n. 68/2025 risiede in ciò che l'idoneità del consenso a fondare la responsabilità genitoriale è stata ravvisata anche nel caso in cui questo provenga da una coppia omosessuale[7].

Nella cornice fornita dal principio dell'interesse del minore, la Corte si dilunga nel motivare le ragioni che militano nel senso di escludere che l'omosessualità della coppia possa pregiudicare il principio di responsabilità che governa la relazione tra genitori e figli[8]. Da questo punto di vista, la natura omo o eterosessuale della coppia è del

---

[6] Punto recentemente sottolineato da Cass. 5 giugno 2025, n. 15075 che osserva come l'art. 8 l. 40/2004, richiamandosi all'art. 6, recante appunto le norme sul consenso informato, implicitamente richiama anche l'art. 5 sui requisiti di accesso "fornendo una disciplina organica della materia che non permette di scindere, a livello di previsione normativa, il profilo dei limiti soggettivi del ricorso alle tecniche di PMA da quello della tutela giuridica del nato.

[7] Venuti, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di PMA e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente,* in *Genius,* 1, 2018, 85-100;

[8] Corte costituzionale n. 32 e 33 del 2021, nonché Cass. 22 giugno 2016, n. 12962 in *Corr. Giur.,* 2016, 10, 1203, con nota di Morozzo della Rocca. In dottrina, Balestra, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra "pregiudizio" e interesse del minore,* in *Corr. Giur.,* 2013, n. 7, 893. Per un'opinione contraria, ispirata al principio di precauzione, v. D'Aloia, Torretta, *La procreazione come diritto della persona,* in Rodotà, Zatti (diretto da), *Tratt. di biodiritto, Il governo del corpo,* t. II, Milano, 2011, 1353.

tutto irrilevante perché, in entrambi i casi, il principio del *best interest of child* risulta garantito dall'effetto utile del consenso alla procreazione, senza necessità di rifugiarsi nel capzioso argomento, di portata escatologica, del "meglio nascere che non".

Sul piano sistematico, però, il dato più interessante risiede nella riscoperta che il comune progetto genitoriale e la connessa congiunta responsabilità sono il portato del consenso che la coppia ha prestato al momento dell'accesso alla PMA. È dunque, il consenso che costituisce nella PMA la valvola che unisce status e requisiti di accesso, due campi astrattamente separati ma che la legge ha organicamente unito, *perché* su quel consenso la legge fonda un progetto di genitorialità condivisa idoneo a sostenere la comune responsabilità.

Ciò dipende dalla circostanza che, in maniera appunto resa esplicita dall'art. 8 l. cit., mediante il consenso alla PMA, la coppia non dà semplicemente l'assenso a sottoporsi ad una terapia, né a prestare o far prestare il proprio o l'altrui corpo o materiale genetico affinché la terapia riesca (tutti atti, a ben vedere, autorizzatori individuali); né quel consenso è rivolto soltanto ad obbligare la coppia ad assumere congiuntamente le obbligazioni di un contratto di prestazione d'opera professionale con il centro di procreazione assistita.

Il consenso della coppia costituisce, invece, il dispositivo tecnico che la legge ha ritenuto idoneo a fondare la comune assunzione della responsabilità genitoriale a porre al centro l'interesse del minore, a partire dalla promessa che ciascuno dà all'altro che garantirà al nascituro, sin dal momento della nascita[9], la dotazione giuridica corrispondente allo *status filiationis* formalizzato nel consenso[10].

Pertanto, dopo la sentenza n. 68/2025 della Corte costituzionale, il nesso organico tra status e consenso non si presta più ad essere letto nel senso che il consenso attribuisce lo *status filiationis purché* provenga da una coppia avente i requisiti di cui all'art. 5 l.

---

[9] Ma v. art. 6,3° co. l. cit., che, in realtà, anticipa questa assunzione di responsabilità al momento della fecondazione dell'ovulo fissando da questo momento l'irrevocabilità del consenso prestato dalla coppia. Sul punto v. Corte cost., 24 luglio 2023, n. 161 che ha ritenuto non irragionevole la regola dell'irrevocabilità del consenso *ex* art. 6, comma 3, nella parte in cui arreca una violazione della libertà di autodeterminazione dell'uomo costretto «a diventare genitore contro la sua volontà» quando la donna decide di impiantarsi l'embrione nonostante la successiva opposizione del donatore di gameti. Su tale pronuncia, v. Ingenito, *La genitorialità basata sul consenso e diritto alla vita e dignità dell'embrione. Ancora una questione eticamente complessa sottoposta alla Corte costituzionale,* in *Osservatorio costituzionale,* 2, 2024, 219 ss.; Manetti, *Postilla: l'insostenibile veto del maschio all'impianto dell'embrione nella sentenza n. 161 del 2023,* in *Giur. cost.*, 2705 ss. la quale conclude osservando che "il progetto genitoriale ha, e deve avere, un significato ben diverso dal semplice desiderio di avere un figlio".

[10] Rossi Carleo, *Le informazioni per il consenso alla procreazione assistita,* in *Familia,* I, 2004, 705; D'Auria, *Informazione e consensi nella procreazione assistita,* in *Familia,* 2005, I, 1009 ss.; Faccioli, voce *Procreazione medicalmente assistita,* in *Dig.,* IV, *Disc. priv. sez. civ.*, Agg., II, Torino, 2007, 1051 ss.; Zagaria, *Fecondazione eterologa, status filiationis e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini,* in *Persona e mercato*, 2/2021, 370 ss.

cit., ma al contrario quel nesso deve essere letto nel senso che il figlio ha diritto al riconoscimento dello status conforme al consenso *perché* esso costituisce il titolo su cui l'ordinamento fonda la responsabilità genitoriale a carico della coppia che accede alla PMA.

4. Profili argomentativi

L'inversione del senso di lettura del nesso instaurato tra status filiationis e consenso si comprende ricordando che alla pronuncia che si commenta si è arrivati in forza di premesse già elaborate da precedente pronuncia della Corte costituzionale, la n. 32/2021, nella quale fu sollevato il problema dell'inadeguatezza della *stepchild adoption* quale modalità costitutiva dello status filiationis alternativa al consenso[11].

In particolare, quella soluzione si esponeva al rilievo che lo status filiationis viene reso instabile dalla facoltà di opposizione che la madre biologica avrebbe potuto svolgere contro la volontà di quella intenzionale di riconoscere il figlio concepito tramite PMA, innescando così un procedimento giurisdizionale per superare tale opposizione, con grave danno del principio di certezza delle relazioni giuridiche. Perciò, la Corte aveva lanciato un monito al legislatore affinché rimediasse ad una «una preoccupante lacuna dell'ordinamento nel garantire tutela ai minori e ai loro migliori interessi».

Quel monito non era rimasto davvero inascoltato perché la Circolare n. 3/2023 del Ministero dell'Interno, prendendo a pretesto una pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione resa sul diverso caso del riconoscimento dello status filiationis per il nato tramite gestazione per altri[12], aveva prodotto il perverso risultato di convalidare il doppio standard nelle regole di formazione dell'atto di nascita, a seconda che il parto del figlio da coppia omossessuale fosse avvenuto all'estero o in Italia[13].

È, dunque, a fronte di un quadro divenuto, indubbiamente, insostenibile che la Corte è oggi intervenuta al fine di «colmare il divario tra la realtà fattuale e quella legale nel rapporto del minore con la madre intenzionale, nell'ottica di conferire riconoscimen-

---

[11] Per un commento, v. Mannella, *Oltre un serio avvertimento al legislatore? La Corte costituzionale e la nuova categoria di "nati non riconoscibili". Nota alla sentenza n. 32 del 2021 della Corte costituzionale,* in *Nomos,* n. 1/2021, on line.

[12] Si tratta di Cass. sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Nuova giur. civ. comm*., n. 2, 2023, 377 con nota di Ferrando, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle Sezioni Unite;* Sesta, *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle Sezioni Unite,* in *Riv. dir. civ.,* n. 2, 2023, 387; Venuti, *Ordine pubblico, gestazione per altri e diritti dei minori: riflessioni a partire dalla sentenza SS.UU. 30 dicembre 2022, n. 38162,* in *Questione giustizia,* 2023, 1-22.

[13] Perciò, nel caso di parto avvenuto all'estero, l'atto di nascita con indicazione della doppia maternità può essere integralmente trascritto nei registri dello stato civile italiano. Si veda in tale senso, Cass. 23 agosto 2021 n. 23319, *Foro it.,* 2022, I, 293. Nel caso di parto avvenuto in Italia, alla madre intenzionale è dato l'onere di ricorrere all'adozione speciale *ex* art. 44 lett. d) l. n. 184/1983 (c.d. stepchild adoption) per vedere riconosciuta la relazione con il figlio. Così Cass. ord. 13 luglio 2022, n. 22179, *Foro plus*.

to giuridico ai legami affettivi e familiari esistenti, anche se non biologici, e all'identità personale del minore»[14]. Nel compiere tale intervento, quindi, la Corte costituzionale ha riconosciuto non solo al figlio nato all'estero, ma anche a quello nato in Italia lo status che gli compete alla luce del consenso *ex* art. 6 l. cit., siccome questo meccanismo deve ritenersi adeguato a garantire la comune assunzione di responsabilità genitoriale, senza che possa in alcun modo rilevare la natura omosessuale della coppia[15].

Riconosciuto, che il consenso alla PMA ha efficacia costitutiva dello status filiationis, la sentenza odierna della Corte costituzione suscita il problema di scrutinare se il principio del consenso alla PMA abbia la forza per retroagire anche sul diverso ma contiguo tema dei requisiti di accesso alla PMA. Tale traiettoria di indagine risulta, peraltro, suggerita dalla stessa Corte costituzionale nella parte della motivazione in cui ha osservato come la funzione teleologica del consenso può, a certe condizioni, prescindere dal rispetto delle condizioni di accesso contemplate dall'ordinamento interno. tra le quali figura, appunto, anche la diversità di sesso degli appartenenti alla coppia che consente ad accedere alla PMA.

5. Sulla necessità di un'interpretazione evolutiva

A nostro avviso, la proiezione finalistica del consenso *ex* art. 6 l. cit. oggi riconosciuta dalla Corte costituzionale appare inevitabilmente destinata ad ampliare i requisiti legali di accesso quantomeno rispetto alle coppie omosessuali. Il valore attribuito al principio del consenso ha, infatti, reso privo di qualunque giustificazione razionale la formale permanenza della restrizione all'accesso che impedisce ai centri di PMA italiani di accogliere le istanze provenienti dalle coppie omosessuali. Se, insomma, al fine di assicurare la responsabilità della scelta procreativa, è sufficiente che un consenso via sia e che questo si formi all'interno della coppia, senza distinzioni di orientamento sessuale, non si vede come possa tenersi in piedi una norma che, in maniera chiaramente discriminatoria, impedisca alle coppie omossessuali di esprimere il proprio consenso in Italia, costringendole al deprecabile fenomeno del c.d. turismo procreativo.

---

[14] Sul punto la Corte costituzionale ha superato l'eccezione sollevata dall'avvocatura dello Stato, che richiamandosi proprio alla sentenza n. 32/2021, ha contestato come l'intervento della Corte avrebbe generato, ora come allora, disarmonie nel sistema. Al riguardo la Corte ha rilevato la diversità della questione che, in quella occasione, ove la Corte fosse intervenuto, avrebbe prodotto disarmonie all'interno dell'adozione legittimante, nel senso di prevedere, «per il nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, il riconoscimento dello status di figlio, in caso di crisi della coppia e rifiuto dell'assenso all'adozione in casi particolari, laddove, invece, lo status – meno pieno e garantito – di figlio adottivo, ai sensi dell'art. 44 della legge n. 184 del 1983, verrebbe a essere riconosciuto nel caso di accordo e quindi di assenso della madre biologica alla adozione».

[15] Su tale vicenda, con approdo critico condivisibile rispetto all'impiego dell'adozione, v. Venuti, *Co-genitorialità femminile e status della prole,* in *Questione giustizia,* 2023, 1-15.

Del resto, i sintomi di una contraddizione nel sistema si sarebbero potuti sistematicamente cogliere già alla luce della l. 76/2016 che, seppure nulla stabilisce rispetto alla filiazione, [16]avendo prescritto, ai sensi di quanto previsto dall'art. 1, 20° co., un trattamento normativo previsto dalle leggi speciali per le unioni civili necessariamente equiparato a quello dei coniugi, aveva inoculato all'interno dell'art. 5 l. cit. i germi per la sopravvenuta abrogazione implicita del requisito della "diversità di sesso". Adesso, la funzione riconosciuta al consenso dalla sentenza n. 68/2025, ha fatto esplodere quella contraddizione, appare improrogabile un'interpretazione evolutiva che, costituzionalmente orientata dal principio di eguaglianza di trattamento, abroghi il requisito della diversità di sesso, senza la necessità di reclamare un ulteriore intervento della Corte costituzionale, al fine di superare, anche nell'ordinamento interno, l'ostacolo ancora vigente a carico delle coppie omogenitoriali[17].

6. L'accesso della donna single

Quanto alla richiesta di accesso della donna single, il problema si pone in termini evidentemente differenti[18]. Nel caso della donna single, non è ravvisabile alcuna preoccupante lacuna giuridica che imponga al legislatore d'intervenire sul testo normativo. D'altro canto, è vero che l'autodeterminazione del single rivolta alla genitorialità troverà modo di ripiegare all'estero per praticare la fecondazione artificiale. Tuttavia, anche in questa prospettiva, non è ravvisabile alcuna compromissione del diritto del figlio allo status che gli compete per derivazione biologica dalla donna single che decide di praticare all'estero la PMA.

Il problema risiede in ciò che il legislatore ha compiuto una scelta che la Corte ha ritenuto tra quelle costituzionalmente compatibili[19]. Non resta, perciò, che comprendere

---

[16] Lenti, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12, 2016, II, 1707 ss.; Morozzo della Rocca, *Progetti di procreazione e provvedimenti di adozione*, in Aa.Vv., *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, a cura di M. Gorgoni, Santarcangelo di Romagna, 2016, 143 ss.; Gattuso, *L'unione civile: tecnica legislativa, natura giuridica e assetto costituzionale*, in Buffone, Gattuso, Winkler, *Unione civile e convivenza*, Milano, 2017, 38 ss., spec. 60 ss.; Belleli, *La filiazione nella coppia omosessuale*, in *Giur. it.*, 2016, 1819 ss.; Quadri, *La tutela del minore nelle unioni civili e nelle convivenze*, in *Nuova giur. civ. comm*, 4, 2017, I, 566 ss.;

[17] Venuti, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di PMA e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, cit., 91 ss. che riteneva praticabile un simile intervento già prima della pronuncia di incostituzionalità; Id., *Co-genitorialità femminile e status della prole*, in *Questione giustizia,* 2023, 13 -1. Sul diverso ma contiguo problema del riconoscimento alla genitorialità della madre intenzionale, Cass. 5 giugno 2025, n. 15075, cit., ha ritenuto impraticabile l'interpretazione evolutiva dell'art. 8 l. 40/2004 proprio in ragione dell'espressa previsione normativa che limita l'accesso alle coppie di "sesso diverso".

[18] Venuti, *Co-genitorialità femminile e status della prole,* cit., 10.

[19] Così in parte motiva "*la scelta del legislatore di non avallare un progetto genitoriale che conduce al concepimento di un figlio in un contesto che, almeno a priori, implica l'esclusione della figura del*

quale autonomo fondamento assiologico debba darsi alla restrizione stabilita dall'art. 5 l. cit. nella parte in cui vieta ai centri di procreazione medicalmente assistita di accogliere la richiesta del single[20].

Del resto, se una cosa insegna la vicenda delle coppie omosessuali è, appunto, che, seppure il ricorso all'estero non valga ad imporre una revisione della legge, la diffusione del fenomeno potrebbe ridurre il divieto ad una norma manifesto, inutilmente punitiva per le donne e altrettanto limitante per i centri nazionali di procreazione medicalmente assistita.

Anche in questo caso, occorre partire dai principi, da un lato, il consenso e, dall'altro, il migliore interesse del bambino, dei quali occorre fissare il loro significato orientativo sul sistema.

In questa prospettiva, un chiarimento si ritrova nel passaggio operato dalla sentenza n. 69/2025 ove si osserva che il principio di autodeterminazione, terapeutico o procreativo, non può essere "espressione di una libertà che abbia la stessa latitudine di ciò che la tecnica potenzialmente consente, né fonda una pretesa costitutiva di un diritto alla genitorialità" atteso che tale diritto deve essere bilanciato con altri principi costituzionalmente rilevanti alla luce del canone di proporzionalità[21].

Si tratta di un passaggio argomentativo che, evidentemente, attribuisce all'interesse del minore la funzione di limite alla libertà riproduttiva e terapeutica della donna.

7. Sulla programmatica esclusione della figura paterna

Nella delineata prospettiva, la Corte ha impiegato il principio del migliore interesse del bambino coniugandolo, però, in un senso diverso da quello che ha condotto alla pronuncia di incostituzionalità dell'art. 8 l. cit. Ove fosse stato inteso come principio di tutela del figlio ormai nato, si sarebbero aperte le porte della PMA anche per la madre single[22]. D'altro canto, la Corte ha ragionato ponendo come controlimite all'autodeter-

---

padre, è tuttora riconducibile al principio di precauzione nell'interesse dei futuri nati. Pertanto, rispetto all'esigenza di tutelare questi ultimi, la conseguente compressione dell'autodeterminazione procreativa della donna singola non può, nell'attuale complessivo quadro normativo, ritenersi manifestamente irragionevole e sproporzionata".

[20] Già riconosciuta da Corte Cost. 33/2025 sull'apertura dell'adozione ai single.

[21] È il caso di evidenziare come nella sentenza n. 33/2025, la Corte costituzionale ha ritenuto incostituzionale la riserva all'accesso che la legge ha posto ai fini dell'adozione internazionale alle sole coppie sul presupposto che l'esclusione del single costituisce un limite sproporzionato rispetto alla finalità di assicurare al minore adottando un ambiente armonioso in cui sviluppare la propria personalità, il che è comprensibile dal momento che l'alternativa all'adozione del single non è l'adozione della coppia ma la permanenza del minore nell'orfanotrofio. Nel caso dell'accesso del single alla PMA, a meno che non si considera come alternativa la non nascita del figlio, la restrizione all'accesso dei single deve andare alla ricerca di un altro tipo di giustificazione.

[22] Così lo intende Di Masi, *Le sentenze nn. 68 e 69 /2025 ovvero dello strabismo della Corte costi-*

minazione della donna l'interesse del "nascituro" che, accoppiato al principio di precauzione, è stato ritenuto predicativo dell'interesse affinché non sia *programmaticamente* esclusa la presenza della figura paterna dal progetto genitoriale di chi intende solitariamente avvalersi delle tecniche di PMA.

A ben vedere questa scelta argomentativa non pare condivisibile alla luce dell'oggetto del giudizio di costituzionalità, ossia il disposto di cui all'art. 5 l. cit. nella parte in cui prevede che solo le istanze provenienti dalle coppie possono essere accolte dai centri di PMA. In questa prospettiva, a venire in rilievo non è l'interesse del nascituro al rispetto del diritto alla bigenitorialità, ma del "non ancora concepito" a cui, a ben vedere, il legislatore, quando vi ricorre, lo fa per allargare l'autonomia del disponente (arg. *ex* art. 462,3° c.c.). Ciò consente di svolgere due considerazioni.

Anzitutto, vi è che il principio dell'interesse del bambino si presta a giustificare retrospettivamente soluzioni aperturiste o fondamentalmente retrive a seconda per "bambino" s'intenda il nato, il nascituro o, addirittura, il non ancora concepito. Se, infatti, si ragiona sul presupposto che prevale la protezione del bambino perché è nato, tutto si può giustificare, ivi compreso il diritto della donna single ad accedere alla PMA; d'altro canto, corredando l'interesse del bambino che ancora deve nascere o addirittura essere concepito con una serie di "diritti", l'interesse del bambino scade a mero argomento escatologico, avente la funzione di realizzare quello che enfaticamente può essere inteso come l'interesse superiore dell'ordinamento a consolidare gli assetti sociali tradizionali[23].

Chiarita l'accezione impiegata dalla Corte, l'argomento utilizzato, ossia l'interesse del bambino a non subire la programmatica esclusione della figura paterna, suona ana-

---

tuzionale, in *Questione giustizia,* 2025, 16, il quale così implicitamente ammette che la libertà procreativa della donna non è sufficiente a giustificare soluzioni che egli ritiene straordinarie, come appunto l'adozione internazionale del single. Cosicché, sfidando il paradosso, l'autore contesta l'utilizzo perverso del principio del best interest of child che "tradizionalmente rivolta alla salvaguardia concreta di soggetti già esistenti, viene utilizzata per negare la possibilità stessa della nascita, in assenza di requisiti relazionali e strutturali imposti dalla nascita". Ma è facile osservare che la riserva di legge non impedisce al bambino di nascere, ma soltanto alla donna di accedere alla PMA e più, in generale, di soddisfare il proprio desiderio di maternità senza il fastidio di dovere condividere con alcuno, non solo con la figura maschile, la responsabilità genitoriale e la propria stessa vita. E, d'altro canto, senza con ciò volere intraprendere una discussione sulla contrapposizione tra libertà civili e diritto sociali, quando l'autore segnala che, per invertire la tendenza regressiva della natalità in Italia, dovrebbe favorirsi l'accesso a "donne adulte, autonome, spesso culturalmente e professionalmente qualificate (...)" forse si addiviene alla configurazione di un diritto avente una connotazione di classe e funzionale ad invertire una curva le cui ragioni risiedono nella necessità delle coppie di procrastinare la scelta procreativa in ragione di condizione di precarietà economica e sociale, questo essendo un obiettivo socialmente rilevante.

[23] Ciò in nome del modello di famiglia *ad instar naturae* su cui anche Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, in *Foro it.*, 2019, 1, 12, 3782. Sul punto si vedano le giuste osservazioni critiche di Di Masi, *Le sentenze nn. 68 e 69 /2025 ovvero dello strabismo della Corte costituzionale,* in *Questione giustizia,* 2025, 15.

cronistica proprio alla luce della coeva sentenza n. 68/2025, che ha appena riconosciuto anche alla coppia lesbica la capacità di assumere un progetto genitoriale responsabile[24].

Posto che, le tecniche di procreazione medicalmente assistita impongono una riconfigurazione del concetto di madre e padre, il rifiuto programmatico della necessità del padre, quale soggetto avente il diritto – dovere di mantenere, istruire e educare il figlio, potrebbe al massimo prospettare un problema sul versante della pari dignità della donna e dell'uomo ad assumere la funzione genitoriale. Allo stato attuale, se si volesse seriamente neutralizzare questo vulnus, si dovrebbe ammettere l'accesso alla PMA anche alle coppie di uomini, sul presupposto che né il padre, né la madre occorrono per assumere la responsabilità genitoriale, basta che vi siano due genitori intenzionali[25]. Ovviamente, l'accesso agli uomini alla PMA è reso impossibile a causa del divieto espresso di gestazione per altri, il che prospetta la necessità di riflettere, ancora una volta anche tenendo conto della dimensione sovranazionale del fenomeno, sull'opportunità di rimuovere il divieto ad una pratica procreativa sul presupposto che esso produce una discriminazione a danno della coppia omosessuale di sesso maschile.

8. La preesistenza della coppia come requisito di accesso alla PMA

La seconda considerazione da svolgere è che il vero problema posto dalla sentenza della Corte è, piuttosto, comprendere perché l'atto unilaterale di autodeterminazione rivolta alla genitorialità fallisce lo scopo che, invece, la Corte ritiene conseguibile soltanto attraverso il consenso proveniente dalla coppia.

Sorge, quindi, l'interrogativo se non sia proprio il principio del consenso appena sancito dalla sentenza n. 68/2025, il dispositivo da cui acquisire un criterio giustificativo sotteso alla restrizione alla coppia del diritto di accedere alla PMA.

Il dato su cui conviene concentrare l'attenzione è la connotazione "programmatica" del consenso all'utilizzo della PMA che, evidentemente, riflette la natura necessariamente intenzionale della genitorialità. Il problema diviene quindi se questo "programma" possa essere anche individuale oppure debba necessariamente essere consensuale. Ai fini di una sua disamina, molto dipende dalla dall'accezione di responsabilità genitoriale quale effetto del consenso che l'interprete intende impiegare.

---

[24] Si tratta, dunque, di un richiamo al principio di precauzione che appare, a questo punto, giunto fuori tempo massimo, almeno se ci si pone nella prospettiva bioetica di chi ha sin da subito sostenuto che la procreazione assistita attui un indebolimento della figura paterna. In questo senso, D'Agostino, *Bioetica,* Torino, 1998, 309 ss. Il punto non pare peraltro necessariamente connesso al divieto di fecondazione eterologa che, peraltro, è stato superato dalla Corte costituzionale. Così, Salanitro, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita,* in *Familia,* 2004, I, 494.

[25] *Contra* Ferrando, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche,* in *Corr. Giur.,* 2004, 815, che esclude l'esistenza di un principio di tutela della doppia figura genitoriale.

Ed invero, il richiamo al principio del consenso quale fondamento della responsabilità genitoriale può assolvere ad una funzione minimale o disincentivante, oppure realmente programmatica.

Partendo dal primo significato, il requisito del consenso costituisce *soltanto* un dispositivo tecnico per prevenire la rilevanza di accordi simulatori che potrebbero formarsi al solo scopo di consentire l'accesso del single alla PMA. Perciò, chiunque contribuisca ad integrare il consenso, si espone al rischio che il partner o il figlio reclami, comunque, l'assolvimento di quei doveri genitoriali dai quali egli non potrà evidentemente sottrarsi, perché si presuppone che quel consenso non è solo un espediente per dare la possibilità alla donna di generare un figlio. Insomma, l'art. 8 prima e la Corte poi hanno inchiodato gli adulti alle responsabilità genitoriali che discendono dalla cosciente condivisione di una scelta[26].

Questo significato indubbiamente risponde alla logica del sistema e riflette, per così dire, una divisione interna del lavoro a cui è stata chiamata la Corte costituzionale che, nel complesso, si è attestata su una linea interpretativa secondo cui la *ratio* del divieto del single all'accesso alla PMA rappresenta il portato inderogabile del diritto del figlio alla dotazione giuridica che gli discende dalla bigenitorialità.

In questa prospettiva, al concetto di responsabilità genitoriale si attribuisce un significato prospettico poiché riferito ai diritti che il figlio deve avere sin dal momento della nascita nei confronti di entrambi i genitori. Cosicché, questo il ragionamento, la restrizione all'accesso del single costituisce sì un ostacolo allo sviluppo della personalità ma giustificato dalla contemporanea presenza del diritto alla bigenitorialità che l'ordinamento garantisce al figlio. Perciò, un servizio d'impresa funzionale ad esaudire la libertà del single di accesso alla PMA costituirebbe un esercizio immeritevole della libertà di iniziativa economica che l'ordinamento riconosce *ex* art. 41 Cost. ai centri di procreazione medicalmente assistita. Risulterà così giustificata l'impossibilità giuridica per i centri di PMA italiani di accogliere le richieste provenienti da single e la conseguente necessità per la donna single a recarsi all'estero al fine di soddisfare il proprio desiderio di genitorialità solitaria, salva naturalmente la garanzia che nulla potrà intaccare il riconoscimento allo status corrispondente alla verità biologica.

9. Il problema sistematico: funzione del consenso e serietà dell'intento genitoriale

Il dubbio è se, alla luce del modo in cui è stato inteso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 68/2025, possa affidarsi qualcosa di più che il compito, alternativo al favor veritatis, di fungere da presidio del diritto del figlio alla bigenitorialità, ovvero da dispo-

[26] È il principio del *nemo potest venire contra factum proprium*, richiamato da Navone, *Note minime in tema di genitorialità intenzionale,*

sitivo d'imputazione *ex post* dei doveri e responsabilità che scaturiscono dalla filiazione. Occorre chiedersi se l'intenzione del legislatore non sia, piuttosto, quella individuare nel consenso della coppia – famiglia un dispositivo funzionale a garantire che l'accesso alla PMA sia seriamente sorretto da un programma genitoriale responsabile.

Contro la plausibilità di un simile risultato si obietta che il consenso dato *ex* art. 6 l. cit. al momento dell'accesso alla PMA non costituisce un presidio sufficiente a garantire che le parti si avvicinino alla scelta procreativa in maniera responsabile, né che lo diventi magicamente perché un medico somministra l'informativa anche sulle conseguenze giuridiche della filiazione. A ben vedere, questa obiezione fa propendere per l'idea che quell'informativa può suscitare un consenso alla PMA sufficientemente o insufficientemente responsabile sia nella coppia che nel single, ragione per cui non si vede perché negare l'accesso alle tecniche solo nel secondo caso.

Sennonché, il consenso all'accesso alla PMA risulta costitutivo della responsabilità genitoriale ma non può ritenersi costitutivo o rappresentativo dell'esistenza di un'organizzazione di tipo familiare. La legge, perciò, intende che questa organizzazione debba preesistere rispetto al momento dell'accesso alla PMA senza di che il consenso ex art. 6 l. cit. non garantirebbe la sussistenza di una seria progettualità genitoriale. Quel consenso interno alla coppia a realizzare il diritto individuale alla genitorialità attraverso la PMA deve, insomma, raggiungere il livello di intesa familiare *ex* art. 144 c.c.[27] perché, secondo la visione del legislatore, la scelta procreativa individuale può essere discussa e sufficientemente meditata soltanto tra individui che hanno instaurato un'unione affettiva connotata da sufficiente stabilità.

Si tocca qui un aspetto del discorso che, evidentemente, può suscitare una facile obiezione, atteso che la legge 40/2004 nulla aveva previsto al fine di accertare la stabilità del rapporto affettivo[28]. Tuttavia, tale obiezione prova troppo già alla luce dell'equiparazione del rapporto di convivenza a quello di coniugio – e oggi agli uniti civilmente – da cui poteva già desumersi che la legge alludesse ad una comunanza di vita dotata di stabilità, seppure in alcun modo garantita. Semmai, anche alla luce del riconoscimento delle convivenze di fatto *ex* l. 76/2016, può formularsi l'interrogativo se, sul piano sistematico,

---

[27] Da questo punto di vista, le tecniche di PMA consentono di allargare l'ambito di operatività delle intese familiari al tema della filiazione, ossia rispetto ad un profilo sul quale non si registrava unanimità di vedute. Si vedano Finocchiaro, *Del matrimonio,* in *Comm. cod. civ.*, dir. Scialoja – Branca, II, Bologna-Roma, 1993, 78; *contra* Alagna, Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto, Milano, 1979, 216; Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi (artt. 143 – 148 c.c.),* in *Comm. cod. civ.,* dir. Schlesinger, Milano, 1990, p. 169 ss. Sulla natura negoziale, v. Santoro Passarelli, *Commento art. 144 c.c.,* in Aa.Vv., *Commentario alla riforma del diritto di famiglia,* cit., 237, 240; Autorino Stanzione, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali,* in *Rass. dir. fam.,* 2004, 1 ss.

[28] Sul punto v. Segni, *Conviventi e procreazione assistita,* in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 7 ss.; Naddeo, *Accesso alle tecniche,* in *Procreazione assistita*, a cura di Stanzione, Sciancalepore, Milano, 2004, 68; D'Auria, *Informazione e consensi nella procreazione assistita,* in *Familia,* 2005, I, 1044.

l'accesso alla PMA non debba prevedere un grado minimo di formalizzazione, al fine di dimostrare la stabilità del rapporto affettivo.

Non vale, invece, obiettare che la legge 40/2004 non tiene in considerazione la permanenza del vincolo affettivo atteso che, una volta formatosi l'embrione, il rapporto bigenitoriale si è instaurato per effetto di un consenso che la legge stessa qualifica da quel momento come irrevocabile *ex* art. 6,3° co. l. cit., senza alcuna garanzia che quella comunione di vita prosegua. Ed invero, ciò che la legge richiede è che ciascun appartenente alla coppia assuma responsabilmente il proprio ruolo di genitore, in costanza di vita in comune o anche nell'eventualità di una separazione.

Semmai, il problema sta in ciò che il legislatore ha, in maniera certamente improvvida, fissato alla fecondazione dell'ovulo il momento in cui risulta impossibile revocare l'intesa familiare raggiunta, *come se* il "risultato" di quell'intesa fosse stato conseguito con la fecondazione dell'ovulo e non con la nascita del figlio. Così disponendo, però, dopo la formazione dell'embrione si pone il problema di come reagire al rifiuto della donna, oppure al dissenso sopravvenuto dell'uomo all'impianto[29]. Tali ipotesi, divenute più probabili anche per la possibilità giuridica di procedere alla crioconservazione degli embrioni[30], potranno essere risolte in forza del principio di eseguibilità unilaterale delle

---

[29] A testimonianza della forza che assume il consenso, è significativo che il principio di irrevocabilità abbia resistito alla questione di costituzionalità. Si veda Corte cost. 24 luglio 2023, n. 161 su cui Astone, *Procreazione medicalmente assistita e dinamiche del consenso. (Riflessioni a margine di Corte cost. 24 luglio 2023, n. 161,* in *Dir. fam. pers.,* 2, 2024, 705 ss., nonché, su questa casistica, v. Bonini, *Procreazione medicalmente assistita: vittime del consenso?,* in *Pol. dir.,* 3, 2021, 475 ss.; Cacace, *La revoca del consenso a essere padre nella procedura di procreazione medicalmente assistita,* in *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 2023, 569 ss.

[30] In questa prospettiva, un elemento ulteriore di complicazione è evidenziato in maniera condivisibile nello scritto di Bevivino, *L'interesse del minore quale criterio (non sempre correttamente) applicato da Corte Costituzionale nn. 68 e 69 del 2025* a p. 7, che individua appunto un limite della tecnica del consenso nell'impianto dell'embrione *post mortem* dell'uomo, nel qual caso, evidentemente, il diritto alla bigenitorialità del concepito o la tecnica del consenso sono in certa misura compromessi dalla volontà unilaterale della donna che sfocerà nella costituzione di una famiglia monoparentale. E, tuttavia, tendo a ritenere, anche considerato il divieto di accesso alle coppie separate o divorziate, che in un caso del genere, in cui lo scioglimento del rapporto è stato determinato da cause naturali, la morte del partner appunto, non può parlarsi di una famiglia programmaticamente monoparentale e, per certi versi, potrebbe anche discutersi se quel consenso mai revocato, possa in realtà generare la costituzione post mortem di uno status del figlio che ne permetta l'inserimento anche nella famiglia del partner prematuramente scomparso, con tutte le conseguenze giuridiche che ne discendono. In questa prospettiva si veda Cass. 15 marzo 2019, n. 13000 ove risulta stabilito l'importante principio, ai fini dell'attribuzione del cognome paterno, per cui «L'art. 8 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante lo status giuridico del nato a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, è riferibile anche all'ipotesi di fecondazione omologa *post mortem* avvenuta mediante utilizzo del seme crioconservato di colui, che, dopo aver prestato, congiuntamente alla moglie o alla convivente, il consenso all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ai sensi dell'art. 6 della medesima legge, e senza che ne risulti la sua successiva revoca, sia poi deceduto prima della formazione dell'embrione avendo al-

intese da parte della donne, dell'incoercibilità di ordini d'impianto nel corpo della donna e, infine, nella cornice della casistica della responsabilità da violazione del consenso espressamente prestato alla PMA, come tali suscettibili di condurre ad un risarcimento per equivalente dei danni da genitorialità negata in assenza di cause scriminanti[31].

10. Sulla coppia – famiglia come dispositivo fondante la serietà dell'intento procreativo

Dal sistema congegnato dagli artt. 5, 6, e 8 l. cit. quindi, il diritto alla procreazione non appartiene al singolo in quanto tale ma solo alla coppia quale parte soggettivamente complessa e ciò non solo come verità biologica ma anche come costrutto intenzionale.

Ciò vale nella procreazione naturale, ossia un fatto giuridico da cui la legge fa discendere conseguenze giuridiche che, essendo governato dalla necessità, in alcun modo possono dipendere dalla volontà perché la procreazione di un figlio non voluto "non è una violazione di diritti ma un incerto del mestiere di vivere"[32]. Perciò, nella procreazione naturale, la responsabilità della scelta procreativa non esige alcuna formalizzazione ex ante, né richiede la condivisione della scelta procreativa come tecnica per assicurare un sufficiente grado di ponderazione nell'assunzione ex ante delle conseguenze derivanti dalla procreazione che inevitabilmente si produrranno in capo ai genitori.

La procreazione artificiale è, invece, governata dall'intenzione. Perciò, ai fini della responsabilità genitoriale, mentre nella procreazione naturale non è necessario che esistano genitori intenzionali, poiché anche ove l'intenzione non c'è, supplisce la biologia, in quella artificiale, i genitori, quale che sia il sesso, sono necessariamente intenzionali

---

tresì autorizzato, per dopo la propria morte, la moglie o la convivente all'utilizzo suddetto. Ciò pure quando la nascita avvenga oltre i 300 giorni dalla morte del padre».

[31] Gazzoni, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale,* in *Dir. fam. pers. Succ.*, 2005, 176; Salanitro, *Principi e regole, contrasti e silenzi. Gli equilibri legislativi e gli interventi giudiziari in tema di procreazione assistita,* in *Fam. pers. succ.,* 2010, 86, nota 19.

[32] Per usare l'elegante fraseggio di Corte Cost. 20 novembre 2002, n. 494 sul riconoscimento dei figli incestuosi.

ed assumono volontariamente le connesse responsabilità. In questa prospettiva, la legge può scegliere fino a che punto assecondare un programma che ha natura evidentemente negoziale e il legislatore attuale lo ha fatto assumendo che l'intenzione alla genitorialità "responsabile" si costruisce nella famiglia, non attraverso la generazione di un figlio.

Alla luce di quanto dedotto, si può dire che, secondo il legislatore, per dirsi responsabile, la scelta genitoriale deve essere compiuta all'interno di una coppia che è già "famiglia", il che implicitamente significa che la PMA non può proporsi la finalità di consentire al richiedente di "creare" una famiglia.

Sul piano logico costituzionale, il requisito della preesistenza della famiglia non può ritenersi lesivo di alcun precetto costituzionale: non *ex* art. 2 Cost., nel senso che ben si può assumere che il diritto individuale e inviolabile alla genitorialità deve realizzarsi non come singolo ma nelle formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'individuo; non l'art. 3 Cost perché l'esistenza della famiglia costituisce una condizione affinché il diritto alla genitorialità acquisisca quel grado sufficiente di maturazione che la legge impone ai fini dell'assunzione della relativa responsabilità dei suoi membri; non l'art. 29 Cost., atteso che il riconoscimento dei "diritti della famiglia" come "società naturale" può generare una ridefinizione del concetto di famiglia la cui estensione non pare possa includere anche l'individuo aspirante genitore a cui attribuire il potere di formare una famiglia attraverso la procreazione assistita; nemmeno, infine, l'art. 30 Cost. che parla del diritto (oltre che del dovere) dei genitori (al plurale e senza connotazioni di genere) di istruire mantenere e educare i figli anche se nati "fuori dal matrimonio", il che però non vuol dire, fuori da una famiglia preesistente.

Perciò, la preesistenza della coppia – famiglia quale requisito di accesso alla PMA non può propriamente configurarsi come un ostacolo di ordine economico e sociale al pieno sviluppo della personalità umana che la Repubblica ha il compito di rimuovere ex art. 3 dovendo, semmai, ritenersi che la famiglia costituisce la formazione sociale al cui interno la Repubblica riconosce e garantisce il diritto a diventare genitori come fattore di sviluppo della personalità.

11. Prima obiezione: l'autodeterminazione terapeutica

Sul piano argomentativo, a questa impostazione possono essere sollevate due obiezioni fondate sul principio di autodeterminazione[33].

La prima obiezione si affida al principio dall'autodeterminazione terapeutica assumendo che il diritto negato della donna single all'accesso alla PMA configura una violazione del suo diritto costituzionale alla salute per gli effetti negativi che la genitorialità negata potrebbe produrre sul benessere psico-fisico.

[33] Su cui v. F. Rescigno, *L'autodeterminazione indeterminata,* in *Liber amicorum Pietro Rescigno,* V. 2., Napoli, 2018, 1629, spec. 1647 ss.

L'argomento che, con intensità certamente minore può estendersi anche all'uomo, è stato espressamente rigettato dalla Corte costituzionale, in un passaggio in cui si assume che il ricorso alla PMA è finalizzato a favorire la soluzione dei problemi riproduttivi della coppia causati dalla sterilità o dalla infertilità umana (...), ossia dalla necessità di rimuovere le cause impeditive della procreazione.

Indubbiamente, nell'impostazione originaria della legge 40/2004, il legislatore aveva pensato alla PMA alla stregua di un dispositivo terapeutico. Suona conferma di ciò l'art. 1,2° co. che classifica la procreazione medicalmente assistita come "un metodo terapeutico" per rimuovere le cause di infertilità o sterilità; la disciplina del consenso informato che, insieme a quello di gradualità delle terapie, assurge a principio applicativo delle tecniche (art. 4,2° co. lett. b).

In questa prospettiva, anche il limite all'accesso alla coppia qualificata dalla sua natura eterosessuale (art. 5), anziché rappresentare il portato di un'aspirazione a naturalizzare la PMA, era espressione coerente della dedotta impostazione salutista della disciplina. Al netto di questo requisito, infatti, la sterilità o infertilità *ex* art. 1 l. 40/2004 non assume alcuna rilevanza giuridica, costituendo una condizione fisiologica riferibile tanto al single, quanto alla coppia omosessuale.

Non può, quindi, escludersi che la finalità terapeutica rispondesse ad una precisa strategia del legislatore che vedeva nel principio di tutela della salute una circostanza concomitante con l'argomento *ad instar naturae* per blindare il requisito di accesso alle sole coppie eterosessuali. D'altro canto, che il consenso *ex* art. 6 l. cit. fosse così classificabile è apparso riduttivo alla dottrina, anche alla luce dei contenuti informativi contemplati dalla norma, evidentemente eccedenti rispetto a quanto necessario a sostenere l'applicazione di una terapia, includendovi tutte le conseguenze giuridiche annesse alla responsabilità della filiazione[34].

Ad ogni modo, se come auspicato, cadesse la restrizione all'accesso per la coppia omosessuale, un ripensamento dell'impostazione terapeutica sarebbe necessario e, su questa linea di faglia, la richiesta di accesso delle donne single potrebbe essere nuovamente avanzata, non è detto, però, con successo.

Ed invero, la rilettura proposta dalla Corte costituzionale n. 68/2025, volta a far prevalere il tema della responsabilità genitoriale sul diritto alla salute getterebbe una consistente ombra sulla responsabilità nell'assunzione del progetto genitoriale che alla nascita di un figlio si disponga per prevenire una malattia fisica o psichica, a ciò opponendosi il principio di dignità umana che impedisce di classificare il concepimento di un

[34] Forse, siamo in presenza di un caso classico di eterogenesi dei fini dato che questa pletora di informazioni, prescritta probabilmente per finalità dissuasive, ha predisposto il giudice costituzionale a ravvisare nel consenso *ex* art. 6 l. 40/2004 un luogo ben più complesso rispetto a quello puramente terapeutico, come tale idoneo a formare lo status filiationis. In tema, v. Rossi Carleo, *Le informazioni per il consenso alla procreazione assistita,* in *Familia,* I, 2004, 705; D'Auria, *Informazione e consensi nella procreazione assistita,* in *Familia,* 2005, I, 1009 ss.; Faccioli, voce *Procreazione medicalmente assistita,* in *Dig.,* IV, *Disc. priv. sez. civ*., Agg., II, Torino, 2007, 1051 ss.

figlio alla stregua di un risultato terapeutico. Perciò, quel diritto alla salute della donna che, nell'ambito dell'interruzione volontaria della gravidanza giustamente prevale nel contrasto con il diritto alla vita del nascituro, siccome riferibile ad una patologia in atto, non vale a costituire autonoma giustificazione per fondare l'accesso ad una tecnica in previsione che insorga un danno alla salute psico-fisica da maternità negata.

Con ciò non si vuole negare la dimensione terapeutica della procreazione medicalmente assistita ma solo che, all'esito della probabile evoluzione che interverrà con l'accesso delle coppie omosessuali, l'intervento e la responsabilità del medico nella PMA non potranno più finalisticamente essere intesi come rivolti a prevenire, diagnosticare, curare o alleviare una malattia del corpo o della mente[35]. Vi è, semmai, che ponendosi a servizio di una scelta di autodeterminazione procreativa[36], occorre procedere medicalmente per alterare la condizione ormonale dell'organismo gestante oltre che, per impiantare l'embrione formatosi in vitro[37], con conseguenze potenzialmente pregiudizievoli per la salute di colei che a quelle tecniche si sottopone. Da qui, insomma, la necessità di un consenso medico la cui liceità dipende da una finalità, quella procreativa, che la legge ha ritenuto meritevole di tutela e che, tuttavia, non può confondersi con il consenso terapeutico.

12. Seconda obiezione: la famiglia *ad instar naturae*

Si obietta che la preesistenza di una coppia - famiglia in cui incanalare il consenso alla PMA quale requisito di serietà del consenso alla filiazione costituirebbe il retaggio di un'impostazione "naturalista" e "patriarcale", ossia di un modello sociale che mira comunque a consolidare i modi di formazione della famiglia all'interno di schemi naturali e sociali predeterminati privi di patenti di costituzionalità[38].

---

[35] Come predica, in maniera anche parossistica, l'art. 4,1° co. l. 40/2004 stabilendo che "Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico".

[36] Il punto deve intendersi acquisito con la sentenza n. 162 del 2014, in cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa (contemplato dall'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004), sul presupposto che lo stesso si poneva in contrasto con la fondamentale libertà di autodeterminazione della persona (ricondotta agli artt. 2, 3 e 31 Cost.), la quale, tra le sue espressioni, include la scelta di diventare genitori e formare una famiglia, il cui diritto sarebbe irragionevole non riconoscere anche alle coppie sterili.

[37] Il ragionamento che si sta avanzando avverte come un "problema" la riconfigurazione di una pratica medica c.d. potenziativa che, offre una pletora di "enhancement techcnologies" in cui il concetto di salute e sganciato da quello di cura. Sul tema v. Busnelli, *Il fattore "potenziamento": salute, medicina e deontologia al vaglio delle nuove tecnologie,* in *Liber amicorum Pietro Rescigno,* V. I, Napoli, 2018, 435 ss.

[38] Di modello prescrittivo di genitorialità attualmente dominante e di ascesa di un modello

Anzitutto, conviene rilevare come tale obiezione, sicuramente pregnante rispetto all'originaria impostazione della legge, deve essere ridimensionata specialmente ove, come auspicato, l'accesso risultasse consentito anche alle coppie omosessuali. Del resto, la legge ha già tagliato fuori l'uomo in due modi: il primo, escludendo la responsabilità genitoriale di chi abbia fornito il materiale biologico (art. 9,3° co. l. cit.), così promuovendo una pratica che, evidentemente, con una regola opposta non avrebbe avuto alcuna possibilità di svilupparsi; poi, negando il diritto alla genitorialità dell'uomo che non trova alcuna possibilità di realizzarsi, stante il divieto di gestazione per altri, né come singolo né all'interno della coppia – famiglia.

Ciò detto, merita evidenziare come quella avanzata costituisce un'obiezione epistemologica che, quindi, per sua natura, non vale a giustificare la possibilità di discostarsi dalla situazione giuridica tipica che il legislatore ha riconosciuto come costitutiva del nostro vivere. Ciò almeno non fino al punto da tacciare d'incostituzionalità una scelta normativa, come quella che implica la necessità della preesistenza di una famiglia rispetto alla filiazione, rientrante in una logica che, anche sul piano linguistico, corrisponde al "significato proprio delle parole". Semmai, l'obiezione invita ad assumere posizionamenti meno categorici su questioni che, come detto, si affrontano nella consapevolezza che, specialmente in questo campo, le regole assumono caratura problematica. Posto, infatti, che non esiste una risposta costituzionalmente obbligata, poiché la PMA rende possibile una genitorialità solitaria a cui il legislatore costituzionale non può avere evidentemente pensato, occorre limitarsi a tracciare una traiettoria argomentativa che giustifichi sul piano sistematico la posizione dell'attuale assioma per cui, ai fini dell'accesso alla procreazione medicalmente assistita, una famiglia deve preesistere rispetto alla filiazione.

In questa prospettiva, una strategia può valorizzare il sottostante intenzionale della genitorialità da PMA al fine di orientare l'interprete ad accordare prevalenza al modello di genitorialità "sociale" anziché a quello fondato sul legame "biologico". Su questa base, dalla constatazione che la società già conosce famiglie monoparentali che svolgono responsabilmente il proprio ruolo genitoriale, l'interprete induce che il single può altrettanto responsabilmente scegliere di diventare genitore mediante la PMA. Accordando prevalenza alla genitorialità sociale si ritiene, infatti, giustificata una soluzione che sganci il diritto a diventare genitori dalla preesistenza coppia – famiglia poiché nella costruzione dell'identità genitoriale, la nascita di un figlio diventa un elemento costitutivo che, come tale, non può essere condizionato da alcuno strumento di "selezione" finalizzato a sondare la responsabilità ex ante della scelta, essendo questa, piuttosto, funzione della qualità della relazione "genitore" – "figlio".

---

emergente parla Marella, *Fra status e identità. L'interesse del minore e la costruzione della genitorialità,* in *Liber amicorum Pietro Rescigno,* cit. V. II, 1213, spec. 1215 e 1219, rispettivamente quello della bigenitorialità e della c.d. omoparentalità che l'Autrice collega con l'affermarsi di nuove identità delle soggettività non eterosessuali e cisgender, da apprezzarsi come "base di allargamento del mercato a nuove fasce di consumo e, insieme, estensione della stessa cittadinanza.

13. Profili critici

Senza che possa affermarsi una presunzione legale d'irresponsabilità per il single che accede alla PMA, vi è che il legislatore non intende affidare la costruzione dell'identità genitoriale ad un dato statistico o aneddotico. Certo, la società conosce anche famiglie disfunzionali ma ciò non nega la funzione che l'ordinamento riconosce alla famiglia ma, semmai, imporrà un dovere d'intervento a protezione delle vittime all'interno della famiglia. Il punto fondamentale resta quello che, ridotto alla sua essenza, la "famiglia", intesa appunto come "formazione sociale" e "società naturale", è il dispositivo relazionale a cui l'ordinamento ha deputato la funzione di assicurare la costruzione della genitorialità.

In questa prospettiva, è prerogativa del legislatore fissare il dispositivo che garantisce la serietà del programma genitoriale e, questo dispositivo è stato ritrovato nella coppia – famiglia.

Un riflesso di ciò che si sta sostenendo si ritrova nel disposto di cui all'art. 6, 4° co. che prescrive una divisione del lavoro tra legge e medico: "*Fatti salvi i requisiti previsti dalla presente legge, il medico responsabile della struttura può decidere di non procedere alla procreazione medicalmente assistita, esclusivamente per motivi di ordine medico-sanitario. In tale caso deve fornire alla coppia motivazione scritta di tale decisione*". Dunque, per l'ordinamento interno, chi voglia diventare genitore, deve avere preparato la dimensione relazionale, il luogo chiamato "famiglia", del venire al mondo del figlio, il che ovviamente implica che assolta questa condizione, non sono consentite restrizioni alla libertà di autodeterminazione genitoriale poiché risulterebbero discriminatorie.

Questo significa che soltanto il legislatore può decidere di consentire anche ai single l'accesso alla PMA e, se non lo ha ancora fatto, è perché, al di fuori della coppia – famiglia, la serietà del "programma" genitoriale, non a caso richiesto a tutela del minore nel caso dell'adozione, risulta insondabile nel caso della PMA. Ciò dipende dall'incommensurabilità del fine procreativo rispetto ad ogni altro interesse individuale che chi accede in via solitaria alla PMA, può avere intenzione di realizzare. Al di fuori di questo dispositivo, si profila l'impensabile alternativa di affidare a qualcuno (il centro medico?) la funzione di discriminare tra soggetti idonei e non a sviluppare la propria personalità individuale, il che varrebbe tanto per le coppie, quanto per i single[39].

[39] Qui sta il dato che differenzia l'adozione rispetto alla PMA che l'art. 6,1° co. l. cit. ha messo in relazione di alternatività nel contesto del dovere informativo che incombe al medico somministrare alla coppia. È del tutto evidente che l'alternatività a cui si allude è quella rivolta alla sfera della genitorialità e, quindi, siamo ancora una volta al di fuori dal novero delle informazioni propriamente mediche. D'altro canto, alternatività non significa equivalenza e il punto si comprende osservando come il diritto a procedere all'adozione è subordinato ad una complessa procedura di valutazione della coppia e ora del single finalizzato proprio a sondare la serietà dell'intento genitoriale e la capacità di assicurare un contesto armonioso nel quale il minore adottando potrà sviluppare la propria personalità. Nulla di tutto questo, ovviamente, è previsto nel caso dell'accesso alla PMA proprio perché il legislatore ha ritenuto sufficiente la preesistenza della coppia – famiglia.

Sotto indagine è, dunque, il concetto di famiglia[40] e chi obietta che anche il single potrebbe avere una vita relazionale piena e soddisfacente, avanza la pluralità di modelli familiari diversi dalla coppia-famiglia, sposta la questione sul problema di rinvenire un dispositivo alternativo a quello della coppia che famiglia già è, idoneo a garantire la serietà della scelta procreativa del single la cui pretesa è che la sua "famiglia", quale che sia il significato associato al termine, non condizioni il proprio desiderio genitoriale. Il problema è, insomma, quale modello normativo di relazione diverso dalla coppia – famiglia possa garantire che la scelta di assumersi in solitaria la responsabilità genitoriale sia un "programma esistenziale" che non si esaurisca semplicemente nel desiderio di avere "un figlio solo mio", proiezione dei propri bisogni e desideri, un mezzo anziché un fine[41], che il ricorso alla "tecnica" ha reso possibile, superando limiti "naturali" e "sociali" che solo in senso traslato possono intendersi come ostacoli di ordine economico e sociale che la Repubblica ha il compito di rimuovere.

Abstract

Con le sentenze n. 68 e 69 del 22 maggio 2025, la Corte costituzionale ha sindacato la costituzionalità rispettivamente degli art. 8 e 5 della l. 40/2004, in un caso, sancendo il diritto del figlio nato da coppia same–sex al riconoscimento automatico del proprio status anche rispetto alla madre c.d. intenzionale, nell'altro non riconoscendo alla donna single un diritto di rilievo costituzionale all'accesso alla procreazione medicalmente assistita. Nel farlo, la Corte ha impiegato due principi, il migliore interesse del bambino e quello del consenso della coppia, in funzione di limite o condizione del diritto all'autodeterminazione procreativa.
In dialogo con Guglielmo Bevivino, il saggio di Massimo D'Auria approfondisce il profilo del consenso della coppia quale titolo della responsabilità genitoriale e quale condizione per l'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

In Judgments Nos. 68 and 69, issued on 22 May 2025, the Constitutional Court examined the constitutionality of Articles 5 and 8 of Law 40/2004. In one case, the Court affirmed the right of a child born to a same-sex couple to automatic recognition of their status, including in relation to the so-called intentional mother. In the other case, the court did not acknowledge a single woman's constitutional right to access medically assisted procreation. In reaching these decisions, the court applied two key principles: the best interests of the child and the couple's consent.

---

[40] Marella, Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto,* Roma-Bari, 2014, *passim*.; Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia ad oggi,* in *Riv. dir. civ.,* 2013, 1043 ss. ; Caggia, *La complessità nei diritti fondamentali della famiglia nello spazio europeo,* in *Liber amicorum Pietro Rescigno*, cit., V. I, 473 ss.

[41] Buber, *Io e tu* [1923], in Id., *Il principio dialogico ed altri saggi*, trad. it. A.M. Pastore, a cura di Poma, Cinisello Balsamo (MI), 1993, *s*.

In a dialogue with Guglielmo Bevivino, this essay examines the concept of couples' consent as a basis for parental responsibility and as a prerequisite for the application of medically assisted procreation techniques.

L'interesse del minore quale criterio (non sempre correttamente) applicato dalle recenti sentenze nn. 68 e 69 della Corte Costituzionale

Guglielmo Bevivino
Prof. ass. dell'Università di Milano Bicocca

Sommario: 1. Alcune prime riflessioni su Corte Cost. n. 68 del 2025. – **2.** Alcune prime osservazioni su Corte Cost. n. 69 del 2025. – **3.** Prospettive riformatrici anche con taglio costituzionale. – **4.** Il (non diritto) del minore alla bi-genitorialità e la realtà sociale che continua a superare la realtà giuridica.

1. Alcune prime riflessioni su Corte Cost. n. 68 del 2025

La lettura delle pronunzie della Corte Costituzionale del 2025, in tema di procreazione medicalmente assistita (pma), in particolare e per brevità la n. 68 e la n. 69, richiamano, all'attenzione del giurista, diverse problematiche che possono, tuttavia, essere lette in maniera trasversale, ricorrendo a taluni concetti/modelli generali.

Il modello del consenso[1] è uno dei modelli possibili e non sarà oggetto di questa disamina; il modello/concetto del c.d. "interesse del minore" sarà, invece, preso in considerazione in questa riflessione.

La premessa d'uopo – per quel che interessa in questa sede – ad un primo, generale livello di esame, è data dal fatto che il "criterio" da ultimo richiamato deve essere valutato e utilizzato in maniera attenta dall'interprete, dal momento che non può essere tecnicamen-

[1] In arg., fra gli altri, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, Venuti, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, in *Genus*, 2018, 85 ss.

te collocato nel contesto delle cc.dd. clausole generali e/o dei principi generali[2] in quanto – certamente (il discorso vale) con riferimento al modello interno – non esistono, fatto salvo quanto diremo nel prosieguo, sufficienti dati giuridici per una tale collocazione.

Fra i diversi criteri, modelli di bilanciamento, strumenti interpretativi valorizzati dalle pronunce in commento[3], e, quindi, dal c.d. diritto vivente[4], si colloca, certamente e ad ogni modo, in una posizione di assoluta rilevanza, il c.d. interesse del minore[5] che, al di là del suo valore normativo e/o interpretativo, trova riconoscimento e valorizzazione espliciti (anche) in alcuni passaggi dei provvedimenti oggetto di questa riflessione, anche se con modalità e risultati differenti[6].

Prima di addentrarci su questo specifico terreno ricordiamo, per comodità del lettore e nell'economia di questa trattazione, che la sentenza n. 68 Corte Cost.[7], all'esito di un articolato e complesso percorso argomentativo, ha statuito, nella sostanza: "l'illegittimità costituzionale dell'art. 8 della legge 19 febbraio 2004, n. 40[8] ... nella parte in cui non prevede che pure il nato in Italia da donna che ha fatto ricorso all'estero, in osservanza delle norme ivi vigenti, a tecniche di procreazione medicalmente assistita, ha lo stato di figlio riconosciuto anche dalla donna che, del pari, ha espresso il preventivo consenso al ricorso alle tecniche medesime e alla correlata assunzione di responsabilità genitoriale"[9].

Vi è, in altri termini, in questa prima pronunzia, del tutto condivisibilmente, sia concesso, l'esplicito riconoscimento di un ruolo e di un rilievo anche giuridico al c.d. "genitore sociale" il cui inquadramento normativo, quanto meno per il nostro ordinamento, è privo di adeguati supporti e non consente precise collocazioni.

Tali rilievo e ruolo discendono, ad una prima lettura, non tanto da un dato naturalistico, in questo caso, bensì da un elemento volontaristico, rappresentato dal consenso avente ad oggetto non soltanto il ricorso alle tecniche di pma, ma anche l'assunzione della responsabilità genitoriale.

---

[2] Su questa distinzione, ad esempio, Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 3 ss.

[3] Per un'analisi congiunta dei provvedimenti e per un loro accostamento, Ruggeri, Stop and go *della Consulta in tema di procreazione medicalmente assistita e di famiglia (noterelle a prima lettura di Corte cost. nn. 68 e 69 del 2025)*, in *federalismi.it*, 2025, 214 ss.

[4] Sul tema, per tutti, Alpa, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto vivente: convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in *Soc. dir.*, 2008, 1 ss.

[5] In arg., per tutti, nella dottrina interna, M. Bianca (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, *passim*.

[6] Per un recente quadro sull'evoluzione normativa relativa alla condizione del minore, cfr., per tutti, Dogliotti, *La condizione del minore dalla Riforma del 1975 ad oggi: percorsi, attualità, prospettive*, in *Fam. dir.*, 2025, 609 ss.

[7] Più precisamente, Corte Cost. 22 maggio 2025, n. 68.

[8] In arg., per un'analisi attualizzata ai giorni nostri, Piccinini, *Filiazione naturale e filiazione da procreazione medicalmente assistita. A vent'anni dalla legge n. 40 del 2004*, Milano, 2025, *passim.*

[9] Sul tema dei presupposti soggettivi per il ricorso alle tecniche di pma, fra gli altri, U. Salanitro, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *NGCC*, 2016, 1360 ss.

Venendo a quanto, invece, interesse maggiormente a questa disamina, occorre rilevare che il par. 12 della prima pronunzia in esame precisa che l'interesse sopra evocato – vale a dire l'interesse del minore o con formula anglofila *the best interest of the child*[10] – non deve essere considerato quale "*interesse tiranno*"; lo stesso deve essere, infatti, a seconda dei casi, bilanciato, mitigato, contemperato con altri interessi/principi che trovino, ad ogni modo, la loro precipua valorizzazione nella Carta Costituzionale e/o nell'ordinamento giuridico nel suo complesso.

Se questa premessa appare assolutamente corretta, condivisibile e conferente, da un punto di vista astratto e, quindi, metodologico, meno lo sembrano le conseguenze di tale premessa, se declinate con specifico riferimento, ad esempio, alla c.d. "gestazione per altri".

Tale tematica non rappresenta l'oggetto primario della riflessione della Corte, ma ne rappresenta, comunque, una sorta di *obiter dictum* che, ad ogni modo, per la sua rilevanza non può essere trascurato.

Rispetto a tale questione, in estrema sintesi, l'antigiuridicità del fenomeno sociale, all'interno del nostro ordinamento, vale ad escludere, nelle riflessioni sempre della Corte, il tema del bilanciamento, nei termini già solo di una sua ammissibilità, in quanto il fenomeno medesimo non sottenderebbe alcun interesse giuridicamente rilevante, quanto, piuttosto, un disvalore, in termini assiologici[11] e, conseguentemente, anche giuridici.

Non esisterebbe, in altri termini, una regola, un principio, rinvenibili all'interno della nostra Carta Costituzionale e del nostro ordinamento in generale che possano rappresentare uno "scudo protettivo" per il fenomeno evocato e oramai, se spostiamo la nostra analisi oltre i confini nazionali, largamente diffuso.

Sul punto si è, invece, condivisibilmente, osservato da parte della dottrina: "il principio di eguaglianza sostanziale, la solidarietà sociale e l'interesse del minore impongono ... che anche i bambini e le bambine nati da gpa godano dello status pieno di figli/e sin dalla nascita *ex* art. 8 legge n. 40 del 2004, senza necessità di percorsi alternativi o derogatori"[12].

Gli artt. 2 e 3 della Carta Costituzionale giocherebbero, pertanto, un ruolo essenziale per le finalità di cui sopra, oltre alla nozione di interesse del minore declinata, principalmente, attraverso il ricorso al c.d. diritto vivente.

Resiste, del resto, la considerazione, probabilmente di tenore anche extra-giuridico, per cui la valutazione, eventuale, nei termini di disvalore nei confronti dei contegni

---

[10] Cfr. Zermatten, *The Best Interest of the Child Principle: Literal Analysis and Function*, in *TIJoCR*, 2010, 483 ss.

[11] Sul pensiero di Angelo Falzea, Maestro che maggiormente si è concentrato, in Italia, sulle concezioni assiologiche del diritto, per tutti Orlandi, *Angelo Falzea o del positivismo giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1062 ss.

[12] Cfr. Di Masi, *Le sentenze nn. 68 e 69/2025 ovvero dello strabismo della Corte Costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 2025, 12 ss.

dei genitori non possa e non debba tradursi in conseguenze, che avrebbero la coloritura della sanzione, nei confronti dei figli nati attraverso quei medesimi comportamenti.

Il tema pare richiamare alla mente (vi è, certamente, una forte assonanza) il dibattito che ha accompagnato, per molto tempo, l'approfondimento sulla posizione dei cc.dd. figli incestuosi o figli non riconoscibili[13].

Il difetto di tutela (in entrambe le situazioni) non può derivare evidentemente (sulla base di un corretto modo di ragionare sui rapporti fra azione e responsabilità) da contegni che non attengono alla sfera di azione dei soggetti da tutelare.

I due piani (interessi del minore[14]/comportamenti dei genitori) devono, e anche l'esperienza sopra richiamata ce lo insegna, essere assolutamente tenuti distinti.

Al di là di ogni valutazione etica, sociologica o comunque extra-giuridica, c'è da precisare, nell'economia comunque di questa trattazione, che il tema legato al c.d. "disvalore" è un tema, dal nostro punto di vista, in realtà di politica del diritto; questa è del resto una constatazione, priva di possibili smentite, che discende da alcune elementari acquisizioni con taglio comparatistico.

Esistono, infatti, altri ordinamenti (diversi dal nostro, evidentemente) nei quali la prassi sopra richiamata è fortemente praticata e anche supportata, sulla base, addirittura, di quella che potremmo definire una sorta di funzione promozionale del diritto[15].

Lo sguardo può essere rivolto, a titolo meramente esemplificativo, agli stati dell'Ucraina e della California.

In quest'ultimo sistema, come pur si è osservato, "il favore verso tale pratica è così forte che l'accordo di surrogazione può essere sciolto soltanto con l'intervento del giudice e non per volontà delle parti, e che è possibile ottenere un provvedimento giudiziale attributivo della genitorialità ai committenti ancor prima della nascita del bambino, così rendendo da quel momento definitiva e irrevocabile la rescissione di ogni legame tra madre surrogata e nascituro"[16].

Qui solo per cenni – il discorso ci porterebbe evidentemente troppo lontano – riteniamo debba certamente avere un valore sulla tematica di cui sopra il *discrimen* fra pratiche di gpa che si basano su accordi di tipo oneroso, agevolando sì il timore da scongiurare legato alla mercificazione del corpo della donna, e pratiche, invece, che si basano sul principio solidaristico – proprio in quanto fondate sull'elemento della gratuità – che avrebbero, anche rispetto a questa specifica declinazione, precisi addentellati all'interno del nostro quadro costituzionale[17].

---

[13] In arg., per tutti, Troiano, *Diritti allo stato e figli "senza stato", ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione*, in *Jus Civile*, 2015, 223 ss.

[14] Per una disamina connessa al tema procreativo, per tutti, Ferrari, *Interesse del minore e tecniche procreative. Principi costituzionali e ordine pubblico*, Milano, 2023, *passim.*

[15] In arg. Bobbio, *Sulla funzione promozionale del diritto*, Milano, 1969, *passim.*

[16] Luccioli, *La maternità surrogata* in M. Bianca (a cura di), *The best interest of the child*, cit., 70 ss.

[17] In arg. Viggiani, *Alcune questioni preliminari in materia di gestazione per altri*, in *Ragion pratica*, 2021, 141 ss.

Il principio di cui all'art. 2 della Carta Costituzionale potrebbe contribuire al superamento del giudizio di conformità della causa del contratto di gestazione per altri, in un modello normativo in cui non sussistano le limitazioni e le valutazioni che la politica del diritto interna sta riservando, attualmente, al tema della gpa.

Vi è del resto da tenere in adeguata considerazione, sempre da una prospettiva di politica del diritto, il dato per cui il contrasto all'irresistibile calo demografico deve passare, nel caso in cui determinate tecniche siano inibite all'interno di un dato ordinamento giuridico, per il c.d. turismo procreativo.

La globalizzazione delle relazioni e delle tematiche affettivo-familiari sta portando all'effetto perverso di un possibile incremento di determinate prassi, nonostante la vigenza di un determinato divieto normativo per le stesse prassi.

2. Alcune prime osservazioni su Corte Cost. n. 69 del 2025

Veniamo, ora, sempre nell'economia di questa trattazione, alla seconda pronunzia, oggetto di questa riflessione, e a come debba essere letto il criterio/principio dell'interesse del minore all'interno di Corte Cost. n. 69 del 2025[18].

Attraverso questo provvedimento, più nello specifico, la Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità sollevate in relazione all'art. 5 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, statuendo, in estrema sintesi, che il divieto per le donne single[19] di accedere alla PMA non sia manifestamente irragionevole poiché la legge trova giustificazione nel principio di precauzione a tutela dei futuri nati.

La lettura della pronunzia ha sollecitato in chi scrive una prima e immediata considerazione.

La pronunzia è parsa entrare in aperta e netta collisione con un'altra importante e recente pronunzia della Corte Costituzionale, la n. 22 del 2025, sulla base della quale, come noto, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 29-*bis*, comma 1, della legge n. 184 del 1983, con riferimento alla parte in cui le persone single sono di fatto escluse dalla possibilità di adottare un minore straniero residente all'estero.

Una possibile lettura volta a conformare comunque un orientamento unitario e armonico della Corte Costituzionale sarebbe quella di intendere il criterio dell'interesse del minore, già evocato, come operante in maniera differente nelle due ipotesi appena sopra stilizzate.

Ciò vale a dire che quando il/la minore esiste (è già nato/a, in altri termini) si dovrà partire da questa situazione di fatto e garantire forme di tutela che si esprimano anche attraverso la genitorialità, *rectius* l'attribuzione della genitorialità giuridica; diversamen-

---

[18] Il riferimento più preciso è in questo caso a Corte Cost. 22 maggio 2025, n. 69.

[19] Sul diritto alla bi-genitorialità, per tutti, Al Mureden, *Il diritto del minore alla bi-genitorialità ed il ruolo del terzo genitore nella prospettiva della famiglia ricomposta*, in M. Bianca (a cura di), *The best interest of the child*, cit., 269 ss.

te, quando il/la minore non esiste allora si dovrà, *rectius* il legislatore potrà limitare la possibilità della genitorialità sulla base di valutazioni *a priori* e astratte.

Il legislatore potrà, in tali casi, esercitare un proprio potere assolutamente discrezionale al fine di decidere chi è astrattamente adatto al ruolo (genitoriale) e chi invece non lo è[20].

Potrebbe anche affermarsi che la prevalenza dell'interesse del minore nel contesto di una tecnica di bilanciamento dei diversi interessi vi sarebbe esclusivamente nel caso di presenza del minore ed una tale forma di tutela non potrebbe aversi nel caso in cui la questione riguardasse non tanto il minore quanto il nascituro.

Vi sarebbero quindi un interesse del minore e un interesse del nascituro[21]: i criteri/modelli opererebbero in maniera differente.

Collegando la pronunzia n. 68 e la n. 69 si è scritto, nella medesima direzione: "l'accoglimento della questione nella prima delle pronunzie … e il rigetto della stessa nella seconda hanno, comunque, una pronta ed immediata spiegazione".

Prosegue la medesima lettura osservando: "diverso è, infatti, l'angolo visuale nei due casi adottato e diversi, perciò, i beni della vita in gioco: nel primo, l'interesse preminente del bambino, l'autentico perno attorno al quale ruota l'intera costruzione eretta presso la Consulta; nel secondo, di contro, l'interesse della donna che vorrebbe diventare madre, costi quel che costi. È da questa diversa partenza che discendono le conseguenze che ne trae la Corte e, con esse, però, alcune oscillazioni e vere e proprie aporie teorico-ricostruttive, pure tenute abilmente sotto traccia e tuttavia ugualmente riscontrabili"[22].

Sulla base di questa lettura, come del resto già anticipato, la nozione di interesse del minore sarebbe coinvolta quale tecnica di bilanciamento di diversi interessi giuridici soltanto nella prima pronunzia; nella seconda lo strumento interpretativo risolutivo e dirimente sarebbe, invece, dettato dalla impossibilità tecnica di riconoscere un diritto, costituzionalmente protetto (o giuridicamente rilevante), alla genitorialità[23] o, sulla base di una diversa sensibilità interpretativa, la (non)opportunità di trasformare il diritto appena evocato in arbitrio.

Soprattutto nel contesto della seconda pronunzia richiamata viene "tirato in ballo", come del resto anticipato, anche il c.d. principio di precauzione, (anche) in funzione della salvaguardia dell'interesse del minore; ma ciò, lo si ribadisce, avviene, a parer di chi scrive, in aperta contraddizione con il formante giurisprudenziale espresso dalla Corte Costituzionale medesima.

---

[20] Per una sintesi Di Masi, *op. cit.*, 16 ss.

[21] Palma, *Il nascituro come problema "continuo": diritto romano e diritto privato italiano alla luce di recenti asserti giurisprudenziali*, in *Revista Europea de Historia de las ideas*, 2014, 45 ss.

[22] Ruggeri, Stop and go *della Consulta in tema di procreazione medicalmente assistita e di famiglia (noterelle a prima lettura di Corte cost. nn. 68 e 69 del 2025)*, cit., 215 ss.

[23] Non vi è infatti traccia nella Carta di un tale diritto che non può desumersi neanche dall'art. 30 della Carta Costituzionale.

Il riferimento è ad altra pronunzia della Corte Cost.[24], ai sensi della quale è stato considerato costituzionalmente illegittimo l'art. 29-*bis*, comma 1, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (*diritto del minore ad una famiglia*) nella parte in cui, facendo rinvio all'art. 6, non include le persone singole residenti in Italia fra coloro che possono presentare dichiarazione di disponibilità ad adottare un minore straniero, residente all'estero e chiedere al tribunale per i minorenni del distretto in cui hanno la residenza che lo stesso dichiari la loro idoneità all'adozione.

Il riferimento è ancora a Corte Cost., ma in questo caso alla pronunzia n. 161 del 2023: ai sensi di questo provvedimento il consenso alla procreazione medicalmente assistita prestato da un membro della coppia può essere considerato irrevocabile dopo la fecondazione dell'ovulo, anche in caso di morte dell'altro membro della coppia.

Ciò vuol dire, in altri e più espliciti termini, che se un uomo ha prestato il proprio consenso alla PMA e poi muore, la sua partner può procedere con l'impianto dell'embrione sebbene il consenso non possa tecnicamente più essere revocato dopo la fecondazione.

Al di là del tema del consenso, non direttamente oggetto di questa riflessione, ciò che pare rilevare, ai fini di questa analisi, attraverso una rapida riflessione su questo provvedimento, sono, certamente, l'ammissibilità e la non contrarietà ai principi e alle regole che sorvegliano la materia in esame della "famiglia monoparentale"[25], che origini dalle vicende alla base della pronunzia sopra presa in considerazione.

Il diritto/dovere alla bi-genitorialità soffrirebbe una importante limitazione/eccezione che aprirebbe una breccia sull'attualità della situazione medesima, al di fuori delle ipotesi in cui sussistano i presupposti anche fattuali per la bi-genitorialità medesima.

La domanda che appare ineludibile a questo punto è la seguente: perché alcune ipotesi di "famiglia monoparentale" dovrebbero considerarsi ammissibili e altre, invece, dovrebbero non esserlo sulla base di una valutazione astratta ed a-priori che non si preoccupi minimamente di appurare la situazione concretamente in essere?

Come potrebbe conciliarsi una situazione quale quella appena sopra prospettata con il principio di uguaglianza costituzionalmente garantito[26]?

Da un punto di vista ancora più generale può, invece, evidenziarsi come l' "iperattivismo" della Corte Costituzionale (e questo si desume, soprattutto, ma non solo, dai contenuti della prima pronunzia in esame) celi, prevalentemente, l'inerzia della politica e, quindi, del legislatore.

Tali criticità riguardano, in realtà, non soltanto la tematica in esame, ma anche ulteriori aspetti del diritto di famiglia sui quali non è possibile, però, purtroppo, un approfondimento in questa sede. Mi viene in mente, ad ogni modo, a titolo meramente

---

[24] Il riferimento è a Corte Cost. 21 marzo 2025, n. 33.

[25] Cfr. Marella e Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Roma-Bari, 2014, *passim.*

[26] In tema, da una prospettiva ancora più ampia, Navarretta, *Principio di eguaglianza e diritto civile*, in *Questione giustizia*, 2020, 23 ss.

esemplificativo, il tema dell'attribuzione del cognome del figlio e l'inerzia perdurante del legislatore – nonostante le sollecitazioni proprio della Corte Costituzionale – al fine di evitare il rischio di smisurata proliferazione dei cognomi stessi[27].

Ciò che è possibile rilevare è, comunque, nell'economia di questa riflessione, che lo iato fra realtà sociale e realtà normativa è particolarmente accentuato nel contesto delle relazioni familiari in ragione del fatto che, in questo specifico micro-sistema, le modificazioni (evoluzioni e/o involuzioni) dei costumi sociali avvengono con una maggiore rapidità, portando alla necessità di interventi adeguatori, spesso in realtà inadeguati, da parte dei formanti (soprattutto di quello giurisprudenziale), in ragione proprio della lentezza del legislatore e della macchinosità delle procedure per la formazione del tessuto normativo.

3. Prospettive riformatrici anche con taglio costituzionale

L'esigenza che si evidenzia (emersa in chiusura del par. precedente) è certamente, ad ogni modo, quella di una riforma più organica che tocchi, potenzialmente, la materia in esame, anche da un punto di vista costituzionale.

Sul punto si è sottolineata[28] la linearità di una soluzione che conduca ad un "ripensamento ... dell'istituto familiare, posto che l'art. 29 così com'è ... sta ormai stretto a molti, ponendo pertanto mano alla riscrittura del dettato costituzionale con le procedure allo scopo dalla stessa Corte stabilite, anziché a modifiche tacite soggette, peraltro, a continui (ed a volte non secondari) aggiustamenti che non danno modo di cogliere e mettere a fuoco come si conviene i tratti maggiormente espressivi del nuovo 'modello' *in progress*...; quanto meno, dunque, si eviterebbe in tal modo di dare ulteriore credito ed alimento ad una deriva istituzionale oramai da tempo in corso, segnata ... da un marcato iperattivismo dei giudici..."[29].

Il rischio più drammatico, legato al denunziato iperattivismo, è connesso all'impossibilità di garanzia di soluzioni uniformi per situazioni che meriterebbero un medesimo trattamento giuridico.

Il tema della necessaria modifica dell'art. 29 Cost. era del resto già emerso, in altra occasione, nel contesto del lungo e complesso dibattito culturale che ha accompagnato la controversa genesi della legislazione speciale sulle unioni civili e sulle convivenze[30].

---

[27] In arg., fra gli altri, Ruggirello, *Non più "nel (solo) cognome" del padre. Per la Consulta è illegittimo l'automatica attribuzione del cognome paterno ai figli*, in *Giustiziacivile.com*, 2022, 1 ss.; Al Mureden, *Il cognome tra autonomia dei genitori e identità personale*, in *NGCC*, 2022, 1092 ss.

[28] Ruggeri, Stop and go *della Consulta in tema di procreazione medicalmente assistita e di famiglia (noterelle a prima lettura di Corte cost. nn. 68 e 69 del 2025)*, cit., 221 ss.

[29] Ruggeri, Stop and go *della Consulta in tema di procreazione medicalmente assistita e di famiglia (noterelle a prima lettura di Corte cost. nn. 68 e 69 del 2025)*, cit., 221 ss.

[30] In arg., per tutti, S. Patti (a cura di), *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2020, *passim.*

Non meno importante sembra oggi un dibattito che prenda piede anche rispetto all'art. 30 della Carta costituzionale che si preoccupa di definire, anche se in maniera essenziale, lo statuto giuridico dei diritti doveri dei genitori/figli senza però, tuttavia, dare una compiuta definizione di nozioni che rappresentato il *prius* logico di tale statuto, vale a dire quella di "genitorialità" e quella di "filiazione".

Prima di stabilire quali debbano essere i diritti e i doveri dei genitori e dei figli occorrerebbe chiarire, a questo punto, in maniera inequivoca e definitiva, chi possa considerarsi, oggi, genitore e chi possa considerarsi figlio, per l'ordinamento giuridico e ciò senza ingenerare disparità di trattamento giuridico e aporie sistematiche.

Qui solo incidentalmente occorre osservare, proprio con riferimento alla norma da ultimo richiamata, che la stessa è stata utilizzata anche al fine di riempire di contenuto giuridico una nozione, quella di interesse del minore – per come emerso, molto utilizzata anche dal formante giurisprudenziale in esame (e più in generale dal diritto vivente) – che altrimenti sarebbe stata collocata all'interno del contesto delle cc.dd. situazioni di fatto o al più dei modelli/criteri extra-giuridici.

In questa direzione si è infatti osservato: "il richiamo all'art. 30 della Costituzione[31] sembra fondamentale per procedere all'identificazione della natura giuridica e del contenuto della categoria interesse e/o interessi del minore per affermare la preminente espressione dell'interesse del minore ad essere istruito, educato e mantenuto dai genitori, con particolare riferimento alla formazione sociale, indentificata nella famiglia, come società naturale fondata sul matrimonio"[32].

Tornando alla prospettiva riformatrice costituzionale evocata[33], sin dal titolo di questo paragrafo, autorevole dottrina si è concentrata sulla già richiamata legge sulle

---

[31] In tema Ruggieri, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 751 ss,

[32] In questi termini Giacobbe, *Interesse del minore: problematiche interpretative*, in M. Bianca (a cura di), *The best interest of the child*, cit., 76 ss.

[33] Rispetto allo specifico del tema in esame e in riferimento ancora alla seconda pronunzia in commento: nell'interessante lavoro di Massimo D'Auria, il rapporto con i precetti costituzionali è trattato in questo senso: "sul piano logico costituzionale, la preesistenza della famiglia non viola alcun precetto costituzionale: non *ex* art. 2 Cost., nel senso che ben si può assumere che il diritto individuale e inviolabile alla genitorialità deve realizzarsi non come singolo ma nelle formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'individuo; non l'art. 3 Cost. perché la famiglia costituisce una condizione affinché il diritto alla genitorialità acquisisca quel grado di sufficiente maturazione che la legge impone ai fini dell'assunzione della relativa responsabilità; non l'art. 29 Cost., atteso che il riconoscimento dei 'diritti della famiglia' come 'società naturale' può generare una ridefinizione del concetto di famiglia la cui estensione non pare proprio possa contemplare anche il single che esprime un desiderio di genitorialità; nemmeno, infine, l'art. 30 Cost. che parla del diritto (oltre che del dovere) dei genitori (al plurale e senza connotazioni di genere) di istruire, mantenere ed educare i figli anche se nati 'fuori dal matrimonio', il che però non vuol dire, fuori da una famiglia preesistente". L'epilogo di questo ragionamento, sempre da una prospettiva costituzionalistica, è: "in questa prospettiva, il requisito della coppia – famiglia non può propriamente configurarsi come un ostacolo di ordine economico e sociale al pieno sviluppo della personalità umana che la Repub-

Unioni civili e sulle convivenze del 2016 che ha toccato il diritto delle relazioni familiari, senza introdurre, nell'opinione di molti, un nuovo modello di "famiglia", ma dando vita a una diversa e autonoma formazione sociale.

Proprio sul punto si è, infatti, scritto: "la nuova normativa ... rileva scarso riguardo ai principi costituzionali custoditi, anzitutto, nell'art. 29 Cost.: strada maestra, invero ... pare che non avrebbe che potuto essere quella della revisione costituzionale della norma racchiusa nel primo comma di detto articolo, a ragione del sicuro mutamento della coscienza civile, che esige di tenere conto dei nuovi stili di vita, e dei nuovi modi di essere della vita familiare, da affiancare, di necessità, alla famiglia fondata sul matrimonio"[34].

Ebbene riteniamo – anche alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali, di una necessaria disamina di taglio comparatistico e del costante modificarsi dei costumi e delle tecnologie a supporto di questi ultimi – che siano ormai maturi anche i tempi per una (ri-)definizione a livello costituzionale e/o normativo di concetti cardine come quello di "genitorialità" e "filiazione" che non possono più poggiare, a parer di chi scrive, le proprie fondamenta su presupposti di tipo meramente "naturalistico".

Prova ne è, fra l'altro, la rilevanza assegnata, da parte della letteratura giuridica, alla "relazione affettiva" che deve avvincere "genitori e figli".

A riguardo si è proprio scritto: "già dall'esperienza sociale si evince che l'interesse del minore a crescere in famiglia è l'interesse al legame affettivo che lo unisce ai suoi genitori; non a caso la normativa sull'adozione prescrive come necessario requisito degli adottanti e degli affidatari familiari la capacità affettiva: questo requisito è prescritto perché ciò che il minore deve ritrovare nel nucleo familiare è l'affetto dei suoi genitori"[35].

La capacità affettiva prescinde, evidentemente, da ogni legame di tipo naturalistico fra genitore e figlio.

La prospettiva riformatrice del resto ha investito anche lo specifico oggetto di questa parte della trattazione, vale a dire lo strumento/criterio dell'interesse del minore; ed in questa specifica direzione si è appunto osservato: "nella indicata prospettiva, pur consapevole delle, certamente più autorevoli, indicazioni, mi permetto di sottoporre alla valutazione critica ... l'esigenza di una revisione metodologia, che possa eventualmente portare anche ad una ipotesi di introduzione di criteri normativi che siano orientativi dell'attività dell'interprete, nel senso di definire, in termini, non direi oggettivi .... ma di indicazione di linee unitarie di comportamento che possano consentire di evitare quella variegata ... articolazione della giurisprudenza che prospetta soluzioni che non sempre sono condivisibili e che, non sempre, realizzano quell'interesse del minore che dovrebbero attuare nel caso concreto"[36].

---

blica ha il compito di rimuovere ex art. 3 ma, anzi, la famiglia costituisce la formazione sociale al cui interno un'azione rivolta a sviluppare la personalità, come quelle di divenire genitore, sarà riconosciuta e garantita".

[34] In questi termini Bonilini, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, 2023, 457 ss.

[35] C.M. Bianca, in M. Bianca (a cura di), *The best interest of the child*, cit., 256 ss.

[36] Giacobbe, *Interesse del minore: problematiche interpretative*, cit., 62 ss.

Prova ne sono ancora, dell'esigenza riformatrice sopra evocata, le discriminazioni fra "famiglie mono-parentali lecite e famiglia monoparentali illecite", attualmente drammaticamente in atto, ed emerse anche nel corso di questa disamina; come si potrebbe infatti continuare a giustificare la differenza di trattamento giuridico fra la donna che proceda all'impianto dell'embrione dopo la morte del marito e la donna single, non sposata e non convivente, che intenda procedere autonomamente alla procreazione medicalmente assistita?

4. Il (non diritto) del minore alla bi-genitorialità e la realtà sociale che continua a superare la realtà giuridica

Se si vuole concludere questo ragionamento sulla base di considerazioni più generali, è possibile partire col dire che appare un dato oramai incontestabile quello per cui i modelli familiari diffusi all'interno della realtà sociale divergono oramai fortemente da quelli che rappresentano la traiettoria del legislatore anche delle riforme più recenti.

A tal riguardo è possibile ricordare in questa sede i vincoli affettivi che legano persone dello stesso sesso (sia nel caso di coppie *same sex* maschili che femminili), le cc.dd. famiglie ricomposte[37], che nascono dall'intrecciarsi di relazioni, anche con figli, successive che originano anche a seguito della crisi di precedenti esperienze matrimoniali, ancora i vincoli affettivi che discendono da istituti espressamente regolamentati come le unioni civili e le convivenze, etc. etc..

È evidente come il modello naturalistico e monolitico tracciato dall'art. 29 della Carta Costituzionale[38] nel quale vi è un uomo e una donna, entrambi genitori, si scontra con la realtà sociale che sperimenta schemi sempre differenti, anche sulla base dell'esperienza che i consociati maturano e modificano quotidianamente.

Sul punto si è opportunamente osservato: "seppure il modello della bi-genitorialità sia prevalente e ad esso vada il *favor* del legislatore e degli interpreti, tuttavia non se ne dovrebbe trarre un dogma; per un verso la realtà si incarica di ricordarci che esiste ed è diffusa una genitorialità monoparentale; per altro verso alcune linee di faglia nella (asserita) compattezza del sistema fanno propendere per l'ammissibilità di una pluralità di figure genitoriali dal lato materno e da quello paterno sia nel senso di una co-maternità o una co-paternità, sia nel senso di un possibile incremento di figure genitoriali oltre il paradigma binario"[39].

Dalla prospettiva adottata in questa sede dell'interesse del minore – a prescindere dal significato e dal rilievo che a questo strumento si voglia assegnare – ciò che è possibile

---

[37] In arg., fra gli altri, Al Mureden, *Le famiglie ricomposte, tra matrimonio, unione civile e convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, 966 ss.

[38] Rappresentato da moglie, marito e figli.

[39] Venuti, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, cit., 100 ss.

osservare è che non possa predicarsi in astratto l'equiparazione bi-genitorialità-miglior soddisfacimento dell'interesse del minore[40]; il miglior soddisfacimento dell'interesse richiamato passa inevitabilmente per una valutazione comparativa della situazione concreta e non per prese di posizione astratte.

Rispetto a questo dato, in tutta onestà, le possibilità che si aprono appaino due; una è quella che il nostro ordinamento sta oramai sperimentando da tempo, vale a dire il susseguirsi di interventi da parte del formante giurisprudenziale volti a porre fine a supposte sperequazioni disciplinari; l'altra è invece quella di un intervento riformatore ampio, organico e generalizzato che si preoccupi, fra l'altro, di una ridefinizione di concetti oramai non più scontati come quelli di "filiazione" e "genitorialità".

La prima eventualità, come detto, già sperimentata dal nostro ordinamento, e dettata dal dramma dei tempi della politica legislativa e del legislatore, se ha il vantaggio, relativo, di una maggiore celerità delle risposte rischia, al contempo, di ingenerare ulteriori disparità e costanti violazioni del principio di uguaglianza.

L'esempio già richiamato della differenza di trattamento giuridico fra l'ipotesi di adozione internazionale del single e diniego del ricorso alla pma da parte sempre del single, così come quello della differenza di trattamento giuridico fra la possibilità di impianto dell'embrione a seguito di morte del partner consenziente e il diniego del ricorso alla pma da parte del single appaiono le "esternalità negative" di interventi giurisprudenziali volti a riparare ad altre "esternalità negative" frutto dell'attuale micro-sistema normativo diritto delle relazioni famigliari.

La soluzione obbligata appare, pertanto, alla luce di quanto detto, quella di una riforma organica del diritto di famiglia che non tocchi auspicabilmente soltanto gli aspetti presi in considerazione in questa breve disamina e che si mostri maggiormente impermiabile, almeno per un discreto arco di tempo, alle pur incessanti perturbazioni della realtà sociale.

Da questo punto di vista, la Riforma Cartabia[41] pare essere stata esperienza normativa non pienamente appagante, non soltanto per le soluzioni adottate, spesso criticabili nel merito, ma anche per l'ambito oggettivo delle modificazioni stesse, troppo circoscritto e rivolto, principalmente, ad aspetti attinenti al diritto processuale della famiglia e non al diritto sostanziale delle relazioni familiari.

Il limite della soluzione auspicata è rappresentato, ad ogni modo, dal dato per cui le scelte del legislatore sono lo specchio del decisore politico e in ragione di ciò la premessa di una politica legislativa che si mostra tendenzialmente favorevole all'introduzione di un reato universale per scongiurare un fenomeno largamente diffuso come quello della gestazione per altri appare, a parer di chi scrive, una premessa non favorevole per "ri-de-

---

[40] Il minore potrebbe trovare, ad esempio, un ambiente più congeniale e favorevole alle proprie esigenze affettive e materiali all'interno di una famiglia mono-parentale piuttosto che in una famiglia plasmata sul modello costituzionale.

[41] In tema, fra gli altri, L. Salvaneschi, *Luci e ombre nello schema di decreto legislativo correttivo e integrativo delle disposizioni processuali introdotte con la Riforma Cartabia*, in *Judicium*, 2024, 1 ss.

finire" concetti quali la "genitorialità" e la "filiazione"[42]; concetti che necessitano, come più volte chiarito, a questo punto, di una ridefinizione che tenga conto di quanto accade nella realtà sociale, non soltanto all'interno del nostro ordinamento, ma anche al di fuori di questo e ciò anche al fine di scongiurare fenomeni già evocati, frutto anche della globalizzazione delle relazioni familiari, come lo stesso turismo procreativo.

Abstract

Con le sentenze n. 68 e 69 del 22 maggio 2025, la Corte costituzionale ha sindacato la costituzionalità rispettivamente degli art. 8 e 5 della l. 40/2004, in un caso, sancendo il diritto del figlio nato da coppia same–sex al riconoscimento automatico del proprio status anche rispetto alla madre c.d. intenzionale, nell'altro non riconoscendo alla donna single un diritto di rilievo costituzionale all'accesso alla procreazione medicalmente assistita. Nel farlo, la Corte ha impiegato due principi, il migliore interesse del bambino e quello del consenso della coppia, in funzione di limite o condizione del diritto all'autodeterminazione procreativa.
In dialogo con Massimo D'Auria, il saggio di Guglielmo Bevivino approfondisce il significato da ascrivere al principio del migliore interesse del bambino nel contesto della procreazione medicalmente assistita quale limite all'autodeterminazione procreativa.

In Judgments Nos. 68 and 69, issued on 22 May 2025, the Constitutional Court examined the constitutionality of Articles 5 and 8 of Law 40/2004. In one case, the Court affirmed the right of a child born to a same-sex couple to automatic recognition of their status, including in relation to the so-called intentional mother. In the other case, the court did not acknowledge a single woman's constitutional right to access medically assisted procreation. In reaching these decisions, the court applied two key principles: the best interests of the child and the couple's consent.
In a dialogue with Massimo D'Auria, Guglielmo Bevivino's essay examines the implications of the child's best interests principle in the context of medically assisted reproduction, serving as a limitation to procreative self-determination.

[42] Per uno sguardo comparatistico Cordiano, *Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive*, reperibile su *www.comparazionedirittocivile.it*, 1 ss.

Recenti orientamenti giurisprudenziali in materia di responsabilità sanitaria*

Teresa Pasquino
Prof. ord. dell'Università di Trento

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** La colpa medica. – **3.** Onere della prova e nesso causale. – **4.** La consulenza tecnica preventiva. – **5.** L'azione diretta verso le assicurazioni.

1. Introduzione

Il tema della responsabilità medica occupa da tempo la giurisprudenza e la dottrina sotto molteplici aspetti[1] : a partire dalla natura della responsabilità civile di cui si tratta,

---

* Trattasi del testo, con l'aggiunta delle note essenziali, di una relazione tenuta il 16 maggio 2025 presso la Scuola di Alta Formazione in seno al Consiglio Nazionale Forense.

[1] La bibliografia e la giurisprudenza in materia di responsabilità sanitaria sono ormai assai copiose. Per limitarsi alle più recenti opere, nei limiti della presente relazione, v. Faccioli, *La responsabilità civile di medici e strutture sanitarie nell'esercizio della telemedicina*, in *Resp. Medica. Diritto e pratica clinica*, 2025, n. 2, Rivista ove è possibile ritrovare la dottrina e la giurisprudenza più aggiornate essendo essa dedicata specificamente alla materia; Siniscalchi, *La responsabilità medica verso il decennale dalla riforma Gelli-Bianco: qualche breve riflessione sulla sua attuazione e sul ruolo della giurisprudenza*, in *De Iustitia*, 2025; D'Amico, voce «*Responsabilità sanitaria*», in *I Tematici-Responsabilità civile*, VII diretto da C. Scognamiglio, 2024, 795 ss.; Onnis Cugia, *Responsabilità medica, sanitaria e gestione dei rischi*, in Gorgoni-Greco (a cura di), *Diritto delle Assicurazioni. Attività, contratti, responsabilità e mercato*, Pisa, 2024, 365; Feola, *La responsabilità sanitaria tra inadempimento e torto*, in *Annali* della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino, 2022, 11 ss.; Ponzanelli, *Assicurazioni e responsabilità medica: un breve commento sul D.M. 15 dicembre 2023, n. 232*, in *Danno resp*., 2024, 4, 406; Di Giovanni, *L'assicurazione nella responsabilità da attività sanitaria,* in Ruffolo – Savini Ricci (a cura di), *Le nuove frontiere della responsabilità medica. Enti e operatori sanitari, dalla legge Gelli-Bianco all'era post-pandemica*, Milano, 2022; Castronovo, Swinging mal practice*. Il pendolo della responsabilità medica*, in *Europa e dir. priv*., 3, 2020, 847 ss.; U. Salanitro, *Sistema o sottosistema? La*

per passare al regime dell'onere della prova che governa il giudizio, per lambire pure la quantificazione del danno risarcibile a tutela dei danneggiati; di modo che, sarebbe possibile sostenere che questa materia costituisca, ormai, di per sé un sottosistema della disciplina generale della responsabilità civile, capace di autonoma declinazione.

È noto come, con riguardo alla responsabilità degli operatori sanitari, si sia ormai configurato un duplice modello di valutazione, trattandosi, da un lato, della responsabilità delle strutture sanitarie – ora pacificamente considerata responsabilità di natura contrattuale – come anche quella di chi eserciti una professione sanitaria *individualmente*, ossia al di fuori dell'inserimento in una struttura sanitaria organizzata. Dall'altro lato, si ha la responsabilità di terzi, medici e sanitari dipendenti, che eseguono la prestazione a favore del paziente, nel contesto della struttura organizzata, la quale assume, dunque, obbligazioni più ampie e complesse comprendenti, ad esempio, l'approntamento di tutti i mezzi quali apparecchiature, strumentazioni, medicinali, che sono necessari per l'esecuzione della prestazione sanitaria e per quanto necessario per l'ospitalità. In questo contesto si ritiene che la struttura sanitaria sia tenuta a fornire un "servizio" (appunto, complesso), espressione di un'attività imprenditoriale vera e propria, all'interno della quale il medico dipendente deve essere configurato come un (mero) "ausiliario" (*ex* art. 1228 c.c.) del debitore/impresa; mentre il medico "governa", invece, (in via autonoma) solo un segmento dell'attività necessaria per consentire lo svolgimento della prestazione medica professionale e personale, restando, invece, tutto il contesto sotto il controllo della struttura sanitaria. In ragione di ciò, si è sempre spiegato il richiamo costante che la giurisprudenza ha fatto (e continua a fare) all'art. 1228 c.c., un richiamo in forza del quale è possibile spiegare l'endiadi che in caso di inadempimento si è venuta a creare tra la responsabilità contrattuale (verso i terzi) della struttura sanitaria e la responsabilità aquiliana del medico (dipendente) verso i pazienti ove con il proprio comportamento illecito abbia provocato, o concorso a provocare, la lesione del bene salute.

In verità, occorre rammentare che la questione così posta non è stata sempre incontroversa. È noto, infatti, che, a partire da una famosa sentenza della Cassazione n. 589 del 1999[2], l'inquadramento nei termini sopra esposti della natura della responsabilità sanitaria era stato messo in discussione[3]. Da parte della dottrina, era stato, infatti, evidenziato come, «proprio colui che si presenta al paziente come apprestatore di cure [...]venisse in fondo considerato quale autore di un qualsiasi fatto illecito [...] alla stregua

---

responsabilità sanitaria dopo la novella, in *Nuova giur. civ. comm*., 2018, 1677 ss.; Scoditti, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.*, 9, 2028, 265 ss.; C. Scognamiglio, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. Giur*., 2017, p. 740 ss.; Granelli, *La medicina difensiva in Italia*, in *Resp. civ. prev*., 2016, 1, 22 ss.; De Matteis, *Le responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, in Aa.Vv., *Le responsabilità in ambito sanitario*, Padova, 2014, 127 ss.

[2] Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.* 1999, I, c. 3332 ss.

[3] Castronovo, Swinging malpractice. *Il pendolo della responsabilità medica*, cit., spec. 862 ss.

di un qualsiasi passante». Diversamente, secondo quella teoria, la posizione professionale del medico ed il ruolo ricoperto avrebbe dovuto spostare la prospettiva; di modo che il medico dovesse considerarsi come tenuto ad una "prestazione" che avrebbe fatto sorgere in suo capo una "obbligazione *senza prestazione*", in ragione del "contatto sociale qualificato"[4] che si sarebbe stabilito con il paziente. Un contatto sociale qualificato che si sarebbe potuto ricondurre ad una delle fonti (diverse dal contratto e dal fatto illecito) da cui sarebbe potuta scaturire l'obbligazione proprio in forza dell'art. 1173 c.c.

La teorica della c.d. obbligazione senza prestazione venne fatta propria dalla giurisprudenza appunto con la citata sentenza n. 589 del 1999, nella quale venne criticata la tesi della responsabilità (meramente) extracontrattuale del medico. In quella sentenza, si stabilì che il medico dovesse rispondere non soltanto quando il suo intervento (connotato da colpa) avesse provocato un *peggioramento* della salute del paziente, ma anche quando il paziente, pur non avendo subito un peggioramento, non avesse, tuttavia, conseguito un risultato positivo (o migliorativo). In tale ricostruzione, come si è detto, per qualificare come "contrattuale" la responsabilità del medico dipendente, che non è tenuto nei confronti del paziente ad un obbligo di effettuare la prestazione derivante da un contratto, è stato necessario individuare una "fonte" di obbligazione diversa (dal contratto) rinvenuta nel «contatto sociale qualificato», scaturente dalle *variae causarum figurae* di cui all'art. 1173 c.c.

La "svolta", segnata dalla sentenza n. 589 del 1999, si era innestata sulla scia dell'orientamento risalente che considerava la prestazione medica come "prestazione di mezzi", che, come tale, impegnava il danneggiato all'onere della prova della colpa (in quanto costitutiva del fatto stesso di inadempimento); il danneggiato, in tal caso, veniva a trovarsi, sotto questo profilo, in una posizione non diversa da quella in cui si sarebbe trovato se chiamato a rispondere in una ipotesi di responsabilità aquiliana.

La tendenza mutò pochi anni dopo la sopra citata sentenza, con la decisione del 28 maggio 2004, n. 10297[5], sulla scorta di un noto precedente di qualche anno prima, quello delle Sezioni Unite 30 ottobre 2001, n. 13533[6], le quali rivisitarono l'intera questione del riparto degli oneri probatori nella disciplina generale della responsabilità contrattuale. In quella sentenza si affermò che incombe sul debitore (e, quindi, sulle strutture sanitarie) l'onere di provare che l'inadempimento non c'è stato, o – in difetto di questa prova – di individuare la causa, che stesse al di fuori del controllo dell'obbligato all'origine dell'inesatto adempimento; con la conseguenza di una nuova impostazione del riparto degli oneri probatori e con la necessaria configurazione della prestazione professionale

---

[4] Su tale teorica, v. di recente, Nicolussi, voce *Responsabilità da contatto sociale qualificato*, in *Enc. del dir.*, "*I Tematici – Responsabilità civile*", diretto da C. Scognamiglio, 2024, 1076 ss.

[5] Si può leggere in *Danno e resp.*, 2005, 27 ss.

[6] Su cui si rinvia al commento di Villa, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 707 ss.; Barone, *L'onere della prova nelle controversie in materia di responsabilità sanitaria alla luce della legge n. 24/2017*, in C. Consolo (coordinato da), *Il contenzioso sulla nuova responsabilità sanitaria (prima e durante il processo)*, Torino, 2018, 7 ss.

medica alla stessa stregua di una obbligazione (sempre) «di risultato» e con conseguente aggravio probatorio nei confronti degli esercenti la professione medica.

Come tutti sanno, in termini di ricaduta pratica, l'effetto scaturente da simile concezione è stato quello di provocare un aumento del contenzioso per cause di responsabilità medica; effetto che ha alimentato, a sua volta, il fenomeno della cosiddetta "medicina difensiva" in proporzioni così insostenibili al punto che il legislatore è stato costretto ad intervenire, nel 2012, con la l. 8 novembre 2012, n. 189 (cd Legge Balduzzi) per tentare di arginare il fenomeno[7].

Com'è noto, la Legge Balduzzi ha anzitutto attenuato la responsabilità penale del medico (lasciandola residuare, in caso di osservanza delle linee-guida, nelle sole fattispecie di dolo o colpa grave), mentre per quel che concerne la responsabilità civile ha provato ad introdurre – ma con formula che, come tutti sanno, ha dato luogo a molte discussioni e a diverse prese di posizione della giurisprudenza – il ritorno alla tradizionale configurazione della responsabilità del medico (dipendente) in termini di responsabilità extracontrattuale. Una soluzione, questa, che è stata ribadita – in termini, questa volta, inequivocabili – dalla successiva norma di cui art. 7, della l. n. 24 dell'8 marzo 2017, laddove è, ormai, acclarato che la responsabilità del singolo operatore sanitario (che svolga la propria attività all'interno di una struttura organizzata) sia ora da inquadrare (nuovamente) nella fattispecie dell'illecito aquiliano.

L'art. 7 della citata legge, infatti, stabilisce espressamente che la struttura pubblica o privata risponde delle condotte dolose o colpose poste in essere dai professionisti sanitari di cui si avvale, comprendendo in essi coloro che operano *intra moenia*, in regime di convenzione con il servizio sanitario nazionale o nell'ambito della ricerca clinica o anche attraverso la telemedicina.

Sulla natura giuridica della responsabilità, è il 4° comma dell'art. 7 che compie una vera bipolarizzazione di due profili di responsabilità che possono sussistere tra struttura e paziente: il primo, che darebbe luogo ad una responsabilità derivante dall'inadempimento del contratto di spedalità, e scaturente dalla violazione di qualunque obbligo gravante sulla struttura nei confronti dell'utente (sicurezza delle cure, mancata custodia, qualsiasi tipo di carenza organizzativa); il secondo, che deriverebbe per via indiretta, riguardante l'attività dei professionisti sanitari operanti nella struttura, ciascuno dei quali risponde nei confronti del paziente del proprio operato ai sensi dell'art. 2043 c.c. e nei confronti della struttura in forza del titolo con cui opera[8].

Fatta chiarezza sulle due forme di responsabilità, non si può tacere la difficoltà che si incontra nel regime processuale dell'azione di tutela laddove si dovesse procedere (con regole diverse), fatte valere nel medesimo giudizio in cui il paziente convenga sia la struttura

---

[7] Su cui, *ex multis*, Granelli, *La medicina difensiva in Italia*, cit., 22 ss.

[8] Ampia trattazione sul punto in M. Feola, *La responsabilità sanitaria tra inadempimento e torto*, cit., soprattutto in ordine all'evoluzione della materia nelle sue diverse stagioni normative e della copiosa e più significativa giurisprudenza. V. anche Siniscalchi, *La responsabilità medica verso il decennale dalla riforma Gelli-Bianco: qualche breve riflessione sulla sua attuazione e sul ruolo della giurisprudenza*, cit., ove spunti di riflessione anche sulle norme secondarie di attuazione della riforma.

che il medico; basterebbe pensare ai meccanismi di accertamento e di prova della colpa, differenziati (sotto il profilo, ad esempio, della distribuzione dei relativi *onera probandi*).

2. La colpa medica

Conviene fare qualche cenno sul tema della colpa[9], il quale, in ambito civilistico, riconduce all'evoluzione teorica di cui all'art. 2236 c.c. in considerazione della funzione paradigmatica che la norma rappresenta per ogni forma di responsabilità professionale. Com'è noto, in essa è contemplata la colpa grave come criterio di imputazione dell'obbligo risarcitorio; norma che, letta in chiave sistematica e complementare ad altra fondamentale prescrizione di carattere generale che è rappresentata dall'art. 1176 c.c., laddove, al 2° comma, è previsto che nell'esercizio di un'attività professionale, implica che la diligenza sia da valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.

Nella disamina della colpa professionale, il rapporto tra gli artt. 2236 e 1176 c.c. dovrebbe essere inquadrato, infatti, come integrativo e complementare di un unico criterio valutativo, in modo tale richiamare l'art. 2236 c.c. quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, delimitando le ipotesi di responsabilità al dolo o alla colpa grave ed esonerando la colpa lieve. Nel contesto della legislazione speciale che qui interessa, con la disciplina oggi affidata alla legge n. 24 del 2017, per definire la colpa al fine di un eventuale esonero da responsabilità, si è tentato di rimanere nell'area di azione di elementi esplicativi dotati di un alto grado di oggettività, con precisi riferimenti alla imperizia non grave nella fase esecutiva della prestazione, alle linee guida e buone pratiche mediche consolidate che siano state ritenute capaci di superare il vaglio della adeguatezza al caso specifico trattato secondo i principi di diritto stabiliti dalle SU penali n. 8770 del 2017[10].

---

[9] Sia consentito il rinvio per una ricostruzione a confronto con il diritto penale a Pasquino, *Le ragioni di un confronto interdisciplinare sul concetto di colpa professionale*, in *Studium Juris*, 2024, 54 ss. cui si rinvia anche per le citazioni bibliografiche. Da segnalare, altresì, il progetto di riforma della colpa medica ad opera della Commissione ministeriale, istituita nel 2023, presso il Ministero della Giustizia su cui qualche primo commento si legge in Storzini, *Commissione D'Ippolito e colpa medica*, in *www.altalex.com*, 10 dicembre 2024 e in Carraro, *Continua la "saga" della "colpa medica": riflessioni a prima lettura sulla proposta della Commissione d'Ippolito*, in *Arch. pen. (web)*, 2025, n. 1, 13 ss.

[10] Al riguardo e nei limiti della presente trattazione del tema, conviene riportare qui di seguito i principi di diritto stabiliti dalle Sezioni Unite della Suprema Corte nella sentenza n. 8770 del 21 dicembre 2017: «*In tema di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, l'art. 590*-sexies *cod. pen., introdotto dall'art. 6 della legge 8 marzo 2017, n. 24, prevede una causa di non punibilità applicabile ai soli fatti inquadrabili nel paradigma dell'art. 589 o di quello dell'art. 590 cod. pen., e operante nei soli casi in cui l'esercente la professione sanitaria abbia individuato e adottato linee guida adeguate al caso concreto e versi in colpa lieve da imperizia nella fase attuativa delle raccomandazioni previste dalle stesse; la suddetta causa di non punibilità non è applicabile, invece, né ai casi di colpa da imprudenza e da negligenza, né quando l'atto sanitario non sia per nulla governato da linee-guida o da buone pratiche, né quando queste siano individuate e dunque selezionate dall'esercente la professione sanitaria in maniera inadeguata con riferimento allo specifico caso, né, infine, in caso di colpa grave da imperizia*

Nel contesto della responsabilità degli operatori sanitari, le novità legislative citate nonché la variegata elaborazione ad opera della giurisprudenza hanno contribuito di molto alla rielaborazione della teoria sulla colpa in ambito sanitario.

Tra le numerose pronunce che si sono succedute nel tempo, anche per dirimere le diverse interpretazioni che ne erano scaturite, la citata sentenza n. 8770 delle Sezioni Unite penali del 2017 ha riepilogato i diversi orientamenti che si erano formati in tema di colpa medica giungendo a ritenere che la pretesa del legislatore dovesse intendersi nel senso che: «*l'esercente la professione sanitaria sia non solo accurato e prudente nel seguire la evoluzione del caso sottopostogli ma anche e soprattutto preparato sulle leges artis e impeccabile nelle diagnosi anche differenziali; aggiornato in relazione non solo alle nuove acquisizioni scientifiche ma anche allo scrutinio di esse da parte delle società e organizzazioni accreditate, dunque alle raccomandazioni ufficializzate con la nuova procedura; capace di fare scelte ex ante adeguate e di personalizzarle anche in relazione alle evoluzioni del quadro che gli si presentino. Con la conseguenza che, se tale percorso [fase della selezione delle linee-guida] risulti correttamente seguito e, ciononostante, l'evento lesivo o mortale si sia verificato con prova della riconduzione causale al comportamento del sanitario, il residuo dell'atto medico [in fase esecutiva] che appaia connotato da errore colpevole per imperizia potrà, alle condizioni che si indicheranno [colpa lieve], essere quello che chiama in campo la operatività della novella causa di non punibilità*» (punto 9.1 della motivazione).

Ad adiuvandum, nell'art. 5 della legge n. 24 del 2017, rubricato «*Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee-guida*» è stabilito che nell'esecuzione di qualsiasi prestazione sanitaria (quale che sia la sua finalità: preventiva, diagnostica, terapeutica, riabilitativa, ecc.) il medico – salve le specificità del caso concreto – debba attenersi alle raccomandazioni previste da linee guida (elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati, nonché dalle società scientifiche e associazioni tecnico-scientifiche

---

nella fase attuativa delle raccomandazioni previste dalle stesse»;

«*In tema di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, l'abrogato art. 3 comma 1, del d.l. n. 158 del 2012, si configura come norma più favorevole rispetto all'art. 590-*sexies *cod. pen., introdotto dalla legge n. 24 del 2017, sia in relazione alle condotte connotate da colpa lieve da negligenza o imprudenza, sia in caso di errore determinato da colpa lieve da imperizia intervenuto nella fase della scelta delle linee-guida adeguate al caso concreto*»;

«*In tema di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, le raccomandazioni contenute nelle linee guida definite e pubblicate ai sensi dell'art. 5 della legge 8 marzo 2017, n. 24 – pur rappresentando i parametri precostituiti a cui il giudice deve tendenzialmente attenersi nel valutare l'osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza, perizia – non integrano veri e propri precetti cautelari vincolanti, capaci di integrare, in caso di violazione rimproverabile, ipotesi di colpa specifica, data la necessaria elasticità del loro adattamento al caso concreto; ne consegue che, nel caso in cui tali raccomandazioni non siano adeguate rispetto all'obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente, l'esercente la professione sanitaria ha il dovere di discostarsene*». Tale sentenza è intervenuta per dirimere le diverse interpretazioni che si erano succedute in materia di responsabilità per colpa sanitaria proprio in ordine al profilo del grado della colpa da individuare ai fini della punibilità della condotta del medico; si rinvia, al riguardo, alla dottrina penalistica più recente richiamata nelle note precedenti.

delle professioni sanitarie), inserite in un Sistema nazionale per le linee-guida (SNLG) e pubblicate sul sito internet dell'Istituto superiore di sanità pubblica; naturalmente, previa verifica della conformità della metodologia adottata a standard definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto, nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni. Sempre l'art. 5 stabilisce, altresì, che, in mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie debbano attenersi alle buone pratiche clinico-assistenziali.

A tal riguardo, già la disposizione dell'art. 3 del decreto Balduzzi aveva dato luogo a molteplici discussioni, e anche a qualche critica, prospettandosi soprattutto il rischio di una "burocratizzazione" dell'attività medica, attraverso una applicazione acritica e pedissequa delle linee-guida. Ed è stato tanto evidente che i problemi ermeneutici fossero reali, che ad essi il legislatore ha cercato di dare riposta con le soluzioni che sono state poi adottate proprio dall'art. 5, l. n. 24 del 2017. In esso, infatti, è stato ora precisato che le linee-guida sono delle mere "raccomandazioni", sicché esse non hanno un valore assoluto, ma piuttosto propongono un percorso terapeutico rapportato ad un paziente "standard", lasciando alla responsabilità del medico di valutare la loro applicabilità alla luce del caso clinico particolare.

Non sembra certamente potersi negare l'importanza del riferimento alle linee guida come criterio fondamentale al quale deve attenersi l'attività del medico, il quale è chiamato ad operare non solo sulla base di soggettive valutazioni bensì ispirandosi alla migliore scienza del momento. Sul punto la giurisprudenza più recente ha sempre precisato che, quand'anche non sussistesse nelle linee guida una indicazione del comportamento doveroso per il caso concreto, le specifiche condizioni del paziente impongono al sanitario di adeguare le stesse secondo le buone prassi mediche riportate nelle linee guida del 2012, rinvenendosi un caso di colpa grave proprio per non aver integrato, nel caso specifico, le raccomandazioni delle Linee guida con le opportune buone pratiche clinico-assistenziali previste dalla legge (da ultimo, Cass. Pen. 4 novembre 2024, n. 40316)[11]. In ragione di ciò, il medico (che abbia agito osservandole) avrebbe il vantaggio (non soltanto di vedere esclusa la propria responsabilità penale, giusta il tenore del nuovo art. 6, ma anche), sul piano civilistico, di vedere attenuata la propria responsabilità (che, comunque, deve essere stata accertata, sia pure nella forma della *culpa levis*) attraverso una mitigazione della misura del danno risarcibile.

3. Onere della prova e nesso causale

Stabilito che oggi la responsabilità civile della struttura sanitaria ha natura contrattuale mentre quella del medico dipendente è di natura extracontrattuale, occorre ora en-

[11] In *Responsabilità Medica. Dir. e prat. clinica*, 6 dicembre 2024 e in *www.biodiritto.org*, 19 febbraio 2025.

trare nel merito dei problemi che si pongono all'interno del giudizio di responsabilità in cui coesistono i due modelli della responsabilità civile.

Viene in considerazione, preliminarmente, il profilo dell'onere della prova[12], a proposito del quale in un giudizio per responsabilità medica, non si può non menzionare l'orientamento, avviato dalla Cassazione con le sentenze dell'11 novembre 2019, n. 28991 e 28992[13]. Secondo questo orientamento nelle obbligazioni caratterizzate da diligenza professionale, ossia quelle che per essere esatte devono essere conformi alle *leges artis*, «*il danno evento consta non solo della lesione dell'interesse alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione, ma anche della lesione dell'interesse presupposto a quello contrattualmente regolato*».

La soluzione avanzata da questa decisiva pronuncia di legittimità è prospettata come modello del «duplice ciclo causale l'uno relativo all'evento dannoso, a monte, l'altro relativo all'impossibilità di adempiere, a valle». Il primo – l'inadempimento secondo le *leges artis* – dev'essere provato dal paziente-creditore poiché è elemento costitutivo della fattispecie dedotta in giudizio; mentre il secondo, ossia, l'impossibilità sopravvenuta, dev'essere dimostrato dalla struttura sanitaria o medico dipendente-debitore, quale fatto estintivo del diritto del danneggiato. In questo modo, la causa ignota rimane a carico dell'attore, relativamente all'evento dannoso, e a carico del convenuto, relativamente alla possibilità di adempiere.

Vi è, tuttavia, da precisare che il carico probatorio del paziente può essere adiuvato dal contenuto di uno degli atti fondamentali della vicenda medica a lui riferita: vale a dire, dal contenuto della cartella clinica. Essa è considerata atto complesso a formazione progressiva, consistendo in una raccolta di notizie registrate dai curanti e destinata essenzialmente alla diagnosi ed alle cure del malato, che assurge a prova documentale di particolare importanza nei casi di *medical malpractice*. Proprio per la sua rilevanza, secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, la cartella clinica deve essere redatta con «completezza, chiarezza e diligenza, (...). Il medico riporta (...) i dati obiettivi relativi alla condizione clinica e alle attività diagnostico-terapeutiche a tal fine praticate; registra il decorso clinico assistenziale nel suo contestuale manifestarsi o nell'eventuale pianificazione anticipata delle cure (...), garantendo la tracciabilità della sua redazione. Il medico registra altresì nella cartella clinica i modi e i tempi dell'informazione e i termini del consenso o dissenso della persona assistita o del suo rappresentante legale anche relativamente al trattamento dei dati sensibili (...).

A fronte di tali specifiche precisazioni, occorre, comunque, prendere atto di un peculiare atteggiamento degli interpreti, una forma di mitigazione, posto che per la giurisprudenza l'incompletezza della cartella clinica, pur essendo valutata negativamente a carico del medico o della struttura sanitaria, non è di per sé sufficiente per dimostrare il nesso causale necessario per affermare la responsabilità professionale medica; tanto,

---

[12] V. Gioia, *La ripartizione dell'onere della prova in materia di responsabilità sanitaria*, in *Foro it*., 22 settembre 2023.

[13] Segnatamente, Cass. 11 novembre 2019, n. 28991 e n. 28992, in *Foro it. Rep*., 2019 e 2020.

almeno in assenza di prova che le omissioni abbiano contribuito significativamente al verificarsi dell'evento dannoso. Secondo le più recenti pronunce, infatti, per affermare detta responsabilità, occorre che tale incompletezza abbia reso impossibile stabilire con certezza il nesso causale tra la condotta omissiva e il danno, e che comunque sussista una ragionevole probabilità che, se le informazioni fossero state complete e corrette, il danno sarebbe stato evitato; questo è recentemente l'orientamento costante dei giudici di legittimità, ben espresso in Cass. n. 16737 del 2024[14] e ribadito anche in una recente ordinanza della Suprema Corte del 6 marzo 2025, n. 6645[15].

Per il paziente, tuttavia, poter allegare l'inadempimento senza onere di piena prova non significa anche non dover provare pienamente il nesso di causalità materiale, giacché il peggioramento delle proprie condizioni di salute potrebbe non discendere dalla violazione delle *leges artis* ma piuttosto da fattori terzi. Rimane, dunque, onere del paziente/creditore provare tale nesso eziologico, altrimenti il medico/debitore non può essere ritenuto responsabile della lesione; chiara, da ultimo, è stata in tal senso l'ordinanza della Cass. 20 gennaio 2025, n. 1289[16].

Con riguardo alla verifica del nesso di causalità tra una condotta di natura omissiva e il fatto dannoso[17], è noto che essa si sostanzi nell'accertamento della probabilità, riconosciuta alla condotta omessa, di conseguire il risultato idoneo ad evitare il rischio specifico di danno; una valutazione da compiersi attraverso un giudizio *contra factum* che pone al posto dell'omissione il comportamento dovuto. Questo è quanto ritenuto in una circostanziata pronuncia, resa sul punto da Cass. 14 marzo 2022, n. 8114[18] ma costantemente ribadito e racchiuso nel seguente principio di diritto : *Il nesso causale può essere ravvisato quando, alla stregua del giudizio controfattuale, condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica – universale o statistica –, si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa, l'evento non si sarebbe*

---

[14] In *www.cortedicassazione.it*.

[15] Pubblicata in *www.rivistaresponsabilitàmedica.it.*

[16] Pubblicata in *www.rivistaresponsabilitàmedica.it*.

[17] Tra gli Studiosi che hanno approfondito il tema della causalità nella responsabilità civile sanitaria v. Pucella, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007; Id., *Nesso di causalità materiale e inadempimento*, in *www.rivistaresponsabilitamedica.it*; Storani, *Il nesso di causalità in ambito sanitario: materiale tra condotta ed evento e giuridica tra evento e danni-conseguenza*, in *Foro it.,* 21 luglio 2021; Piraino, *Sull'unitarietà del nesso causale (studio critico sulla teoria del doppio nesso)*, in *Resp*., 6, 2023, 1780 ss., spec. 1783; Travaglino, *Nessi di causa e prova presuntiva*, in Patti, Poli (a cura di), *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità*, Torino, 2022, spec. 218; Cass., sez. un., 15 novembre 2022, n. 33645, in *Foro it*., I, 12, 2022, con note di A.M.S Caldoro, F. Mezzanotte, A. Palmieri, R. Pardolesi, B. Sassani, M. Magliulo, C. Salvi; Caldoro, *Sull'accertamento del nesso causale da condotta sanitaria omissiva*, in *Foro it*., 5, 2022, 1675 ss., spec. 1678, commento a Cass. 7 marzo 2022, n. 7355, in *Foro it*., 2022 e a Cass., 14 marzo 2022, n. 8114, in *Foro it*., 2022; Labella, *Il nesso di causalità nelle "obbligazioni di diligenza professionale",* in *Europa e dir. priv.*, 1, 2020, 277 ss.

[18] Edita in *www.federalismi.it*, 2022, n. 14.

verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva.

Il criterio richiamato è quello del c.d. *più probabile che no*: criterio per il quale, laddove la probabilità a favore dell'esistenza della relazione causale sia superiore del 50% alla probabilità contraria, il nesso eziologico si dà per esistente; nel caso opposto, il nesso causale è totalmente escluso.

È un criterio, questo, che è stato progressivamente e costantemente ribadito dalla giurisprudenza della Suprema Corte, riconoscendolo come ancora attuale, secondo quanto si legge anche in recenti decisioni : da segnalare tra le ultime, (ordinanza) del 29 gennaio 2025, n. 2122 e del 6 marzo 2025, n. 6645; 31 marzo 2025, n. 8492[19] in cui la Corte ha testualmente ribadito che «*in materia di responsabilità medica per condotta omissiva, l'accertamento del nesso causale si basa sul criterio del "più probabile che non" (probabilità logica), valutando se il comportamento doveroso omesso avrebbe potuto impedire l'evento lesivo, tenuto conto delle specificità del caso*».

In punto di allocazione dell'*onus probandi* di questo specifico elemento, è dato consolidato che sia il paziente a dover dimostrare il nesso causale tra la condotta, anche omissiva, e il danno che si lamenta.

In ragione del coacervo di regole e criteri adoperati in sede probatoria, recentemente, la Cassazione, per l'incidenza che essi hanno al fine della valutazione del *an* risarcitorio, ha essa stessa avvertito l'esigenza di procedere ad un riordino del riparto dell'onere della prova nel giudizio di responsabilità.

Esemplare, al riguardo, è stata la pronuncia con cui la Cassazione, nell'ordinanza n. 5922 del 5 marzo 2024[20] della Sezione III civile, ha ribadito le regole di riparto dell'onere probatorio.

Ancora più di recente, dopo appena qualche mese, richiamandosi espressamente all'orientamento consolidato ed efficacemente ribadito nella sentenza n. 16633 del 2023, la Suprema Corte si è nuovamente pronunciata con ord. 2 dicembre 2024, n. 30858[21], delineando in quest'ultima ordinanza, già a tutti nota, 5 possibili fattispecie che si possono presentare all'attenzione del giudice:

«se ricorrono a) il *consenso* presunto (ossia può presumersi che, se correttamente informato, il paziente avrebbe comunque prestato il suo consenso), b) il danno iatrogeno (l'intervento ha determinato un peggioramento delle condizioni di salute preesistenti), c) la condotta inadempiente o colposa del medico, è risarcibile il solo danno alla salute del paziente, nella sua duplice componente relazionale e morale, conseguente alla non corretta esecuzione, inadempiente o colposa, della prestazione sanitaria;

- se ricorrono a) il *dissenso* presunto (ossia può presumersi che, se correttamente informato, il paziente avrebbe rifiutato di sottoporsi all'atto terapeutico), b) il danno

[19] Rinvenibili su *www.cortedicassazione.it*.
[20] *www.cortedicassazione.it*.
[21] *www.cortedicassazione.it*

iatrogeno (l'intervento ha determinato un peggioramento delle condizioni di salute preesistenti), c) la condotta inadempiente o colposa del medico nell'esecuzione della prestazione sanitaria, è risarcibile sia, per intero, il danno, biologico e morale, da lesione del diritto alla salute, sia il danno da lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente, cioè le conseguenze dannose, diverse dal danno da lesione del diritto alla salute, allegate e provate (anche per presunzioni); su quest'ultima fattispecie, di recente si può vedere l'ordinanza della Cassazione n. 1443 del 21 gennaio 2025;

- se ricorrono sia il *dissenso presunto, sia il danno iatrogeno*, ma non la condotta inadempiente o colposa del medico nell'esecuzione della prestazione sanitaria (cioè, l'intervento è stato correttamente eseguito), è risarcibile la sola violazione del diritto all'autodeterminazione (sul piano puramente equitativo), mentre la lesione della salute – da considerarsi comunque in relazione causale con la condotta, poiché, in presenza di adeguata informazione, l'intervento non sarebbe stato eseguito – dev'essere valutata in relazione alla eventuale situazione "differenziale" tra il maggiore danno biologico conseguente all'intervento ed il preesistente stato patologico invalidante del soggetto;
- se ricorre il *consenso presunto* (ossia può presumersi che, se correttamente informato, il paziente avrebbe comunque prestato il suo consenso) e non vi è alcun danno derivante dall'intervento, non è dovuto alcun risarcimento;
- se ricorrono il *consenso presunto e il danno iatrogeno*, ma non la condotta inadempiente o colposa del medico nell'esecuzione della prestazione sanitaria (cioè, l'intervento è stato correttamente eseguito), il danno da lesione del diritto, costituzionalmente tutelato, all'autodeterminazione è risarcibile qualora il paziente alleghi e provi che dalla omessa, inadeguata o insufficiente informazione gli siano comunque derivate conseguenze dannose, di natura non patrimoniale, diverse dal danno da lesione del diritto alla salute, in termini di sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di sé stesso, psichicamente e fisicamente (Cass. Sez. 3, 12/06/2023 n. 16633)».

4. La consulenza tecnica preventiva

In una disamina della disciplina in tema di responsabilità medica, non si può fare a meno di soffermarsi, seppur brevemente, sulla parte della riforma legislativa del 2017, che ha dedicato largo spazio alla consulenza tecnica preventiva[22], lasciando emergere

[22] Si rinvia per approfondimenti a: Consolo, *Il "tentativo obbligatorio di consulenza-conciliazione" e l'eventuale giudizio di merito: promesse e realtà della elisione della cognizione piena*, in Consolo (a cura di), *Il contenzioso sulla nuova responsabilità sanitaria (prima e durante il processo)*, cit., spec. 39-47; Dalla Bontà, *Il giudice quale promotore di una giustizia consensuale*, in Dalla Bontà, Mattevi (a cura di), *Giustizia e Mediazione. Dati e riflessioni a margine di un progetto pilota*, Napoli, 2022. Sulle modifiche legislative delle competenze del consulente tecnico, v. Ansanelli, *Novità in tema di consu-*

una predilezione del legislatore per questa via di accesso alla giurisdizione condizionata nei casi di *medical malpractice*.

L'accertamento tecnico preventivo si presta particolarmente alla materia poiché consente alle parti di avvalersi di un collegio di esperti tecnici – un medico specializzato in medicina legale e uno o più specialisti nella disciplina per cui è causa – che abbiano specifica e pratica conoscenza di quanto oggetto del procedimento e che siano in possesso di adeguate e comprovate competenze nell'ambito della conciliazione.

La prevista collegialità dell'accertamento peritale tranquillizza certamente il giudice e le parti a fronte di questioni tecniche altamente opinabili; inoltre, la previsione delle necessarie competenze conciliative del consulente dovrebbe garantire la serietà del tentativo di conciliazione, di cui si devono rendere conto i protagonisti della vicenda conflittuale ma anche i professionisti del settore peritale e financo istituzionale.

L'accertamento tecnico preventivo è dotato di una 'doppia anima' determinata da una funzione istruttoria e da una funzione conciliativa. Per quanto riguarda quest'ultima, essa ha acquisito sempre più importanza proprio nella visione legislativa del 2017 in quanto va di pari passo con quella tipica della mediazione, poiché entrambe stimolano la risoluzione della controversia con un accordo che eviti alle parti la ricerca della giustizia nel procedimento. Tale auspicio emerge in molti aspetti caratterizzanti la disciplina: per un verso, l'applicabilità «anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'articolo 696 cpc» e, quindi, in assenza dell'urgenza propria dei mezzi di istruzione preventiva con funzione cautelare di salvaguardia del futuro esercizio del diritto alla prova; per altro verso, l'efficacia di titolo esecutivo del verbale di conciliazione e la sua esecutività al pari di altri strumenti conciliativi, nonché l'agevolazione sul piano fiscale consistente nell'esenzione dal pagamento dell'imposta di registro *ex* art. 696-*bis*, 4° comma, c.p.c.[23].

In ogni caso, in alternativa, alla luce della specifica vicenda clinica (o della strategia processuale scelta dall'avvocato esperto in malasanità), si può soddisfare la condizione di procedibilità anche promuovendo un procedimento di mediazione, che talvolta può servire – anche se i tassi di successo non sono entusiasmanti – a mettere le parti d'accordo.

È, questo, un sistema ben collaudato e piuttosto razionale, che fortunatamente non è stato messo in discussione dalla recentissima riforma del processo civile.

Per quanto riguarda, invece, la funzione istruttoria della CTP, si prevede che, nel caso in cui l'obbligatorio tentativo di conciliazione non abbia avuto successo, la relazione tecnica dei consulenti possa essere acquisita nel successivo giudizio, a norma dell'art. 696-*bis*, 5° comma, c.p.c. Stando al tenore letterale della norma, occorrerebbe una esplicita istanza di parte nei termini previsti per le deduzioni istruttorie, a pena di decaden-

---

lenza tecnica (e qualità delle conoscenze esperte) nella riforma Cartabia, in *Il giusto proc. civ.*, 2023, 4, 1049 ss.

[23] Su tali profili cfr. Ficcarelli, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite ex art. 696-bis c.p.c.*, in Patti, Poli (a cura di), *La consulenza tecnica d'ufficio. Funzione, oggetto, sindacabilità*, Torino, 2024, 399 ss.

za: essa, quindi, sarebbe veicolo necessario e sufficiente per l'ingresso dei risultati della consulenza nel processo.

La questione, tuttavia, non è pacifica: da un lato la disposizione sembra collidere con l'art. 698, 2° e 3° comma, c.p.c., secondo cui l'assunzione preventiva dei mezzi di prova non pregiudicherebbe le questioni relative alla loro ammissibilità e rilevanza. Dall'altro lato, se si ammettesse che l'istanza di acquisizione della relazione peritale in giudizio non sia sufficiente, si svaluterebbe la *ratio* della riforma che fa leva sulla trasposizione automatica dei risultati tecnici nel procedimento di merito. A supporto di quest'ultima considerazione, va, altresì, ricordato che la consulenza tecnica in sé considerata non è propriamente un mezzo di prova, ancorché possa assurgere talora a fonte oggettiva di prova come strumento di accertamento e descrizione di fatti, oltre che della loro valutazione, purché si tratti di fatti rilevabili unicamente dal perito o di fatti secondari. È proprio nella materia della responsabilità medico-sanitaria che questa veste viene in rilievo, in riferimento al legame stretto che pur sussiste tra consulenza tecnica e prova scientifica: sicché, si considera vera e propria fonte oggettiva della prova la consulenza tecnica che si ponga come l'unico mezzo di accertamento di situazioni di fatto rilevabili esclusivamente tramite cognizioni tecnico-scientifiche.

5. L'azione diretta verso le assicurazioni

Altra recente novità, in attuazione della legge 2017 n. 24, è stata l'emanazione del decreto interministeriale 15 dicembre 2023, n. 232, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 51 del 1 marzo 2024 ed in vigore dal 16 marzo 2024.

Il decreto interministeriale realizza il completamento del quadro normativo, già delineato dalla Legge, individuando tre diverse linee di azione (art. 2 del d.m. 232 del 2023): 1) in ragione della previsione di una forma di assicurazione *ex* art. 10 della L. n. 24 del 2017, prescrive i requisiti minimi di garanzia delle polizze assicurative di cui dovrebbero dotarsi le strutture sanitarie e socio-sanitarie pubbliche e private e gli esercenti le professioni sanitarie; 2) introduce le regole per il trasferimento del rischio nel caso di subentro nel contratto di un'impresa di assicurazione diversa; 3) dispone la previsione nel bilancio delle strutture di un fondo rischi e di un fondo costituito dalla messa a riserva per competenza dei risarcimenti relativi ai sinistri denunciati.

In verità, occorre subito precisare che sulla obbligatorietà di tali forme di assicurazione si è già aperto un ampio dibattito, posto che il decreto non introduce alcun obbligo generalizzato di assicurazione della propria responsabilità civile per i medici ed ospedali; non prevedendosi, infatti, alcuna sanzione per la struttura o l'esercente la professione che non dovesse stipulare alcuna polizza, tale previsione più che ad un obbligo fa pensare ad una facoltà. Tanto è possibile desumere anche dal fatto che è lo stesso decreto interministeriale a prevedere che tutte le strutture menzionate possono anche ricorrere a *"misure analoghe"* alle forme di garanzia assicurativa idonee ad assicurare la copertura della responsabilità civile verso terzi e verso prestatori d'opera che prevedano l'assunzione diretta totale o parziale del rischio da parte della struttura.

Con il decreto interministeriale, diviene operativa ed applicabile la previsione di un'azione diretta (art. 12), ossia di un'azione giudiziale, esperibile dal danneggiato direttamente nei confronti dell'impresa di assicurazione che abbia prestato la copertura assicurativa alle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private – come detto, dovrebbero essere tenute a dotarsene – ovvero che abbia assicurato l'esercente la professione sanitaria che svolga la propria attività *extra moenia* o che presti la sua opera all'interno della stessa in regime libero-professionale (cd prestazioni *intra moenia*) o, ancora, che si avvalga semplicemente della struttura per adempiere la propria obbligazione contrattuale assunta con il paziente[24].

L'azione diretta, dunque, è fatta valere contro l'assicuratore della struttura e del medico che intrattiene rapporti contrattuali diretti e personali con i suoi pazienti; non può, invece, essere esperita contro l'assicuratore del professionista cd "strutturato", che presti la propria attività nella struttura; dal che deriverà una maggiore concentrazione delle domande risarcitorie verso la struttura e la sua compagnia assicuratrice, anziché verso i singoli medici "strutturati". Su questo tipo di soggetti, incombe, comunque, l'azione di rivalsa da parte della struttura che ha pagato l'eventuale risarcimento al danneggiato; essi, rispondono, infatti, in proprio *ex* art. 2043 c.c. in caso di colpa grave dinanzi alla Corte dei Conti.

La previsione di un'azione diretta contro la compagnia assicuratrice è un fatto di assoluto rilievo in ambito di responsabilità sanitaria dal momento che, fino alla emanazione del decreto interministeriale, non era mai stato possibile adire l'Autorità giudiziaria, chiamando in giudizio direttamente le compagnie assicuratrici e solo in via residuale il medico o l'operatore sanitario.

In merito al *dies a quo* per far valere l'azione diretta, si è già posto un problema interpretativo in ordine all'operatività dei contratti di assicurazione in essere al momento della sua entrata in vigore.

Occorre, infatti, considerare che l'art. 18 del decreto interministeriale recante le "norme transitorie e di rinvio", prevede al co. II che "*Entro 24 mesi dall'entrata in vigore del presente decreto, fermo restando quanto previsto dall'articolo 3, comma 8, gli assicura-*

---

[24] Gasperini, *L'azione diretta nei confronti dell'impresa assicuratrice*, in Carpani, Fares (a cura di), *Guida alle nuove norme sulle responsabilità nelle professioni sanitarie. Commento alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Torino, 2017, 177 ss., spec. 239, nonché Facci, *Gli obblighi assicurativi nella recente riforma Gelli-Bianco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1, 104 ss.; Buonafede, *La nuova "azione diretta" contro le imprese assicuratrici*, in C. Consolo (coordinato da), *Il contenzioso sulla nuova responsabilità sanitaria (prima e durante il processo)*, cit., 127 ss.; Mariotti, Caminiti, *L'azione diretta contro l'assicuratore dell'aziende e del medico: aspetti procedurali generali*, in Martini, Genovese, Altomare (a cura di), *Trattato operativo di responsabilità medica. La disciplina giuridica e medico-legale,* I, Santarcangelo di Romagna, 2018, spec. 325; Santoro, *L'assicurazione della responsabilità sanitaria dopo la legge Gelli-Bianco*, in *Foro it.* Gli Speciali, 2020, I, 439 ss.; P. Rossi, *La copertura assicurativa della "nuova" responsabilità civile in sanità nella riforma "Gelli": quale "garanzia" del diritto alla salute,* in *www.dirittifondamentali.it* (03/01/2025), 2017, II, spec. 18 ss.; Onnis Cugia, *Le condizioni minime di polizza e le «altre analoghe misure» nel decreto attuativo della legge Gelli-Bianco*, in *Resp.*, 2024, 3, 1027 ss.,

tori adeguano i contratti di assicurazione in conformità ai requisiti minimi di cui al presente decreto nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia"; sicché, le compagnie di assicurazione hanno due anni per adeguare il contenuto delle loro polizze ai nuovi criteri fissati dal regolamento[25].

Sulla scorta di tale previsione e del combinato disposto dei citati articoli, si è già pronunciato il Giudice di Cosenza – con sentenza n. 965 del 29.04.2024 – il quale ha ritenuto inammissibile la domanda diretta proposta dal danneggiato nei confronti della compagnia assicuratrice della struttura: ciò sia perché al momento dell'introduzione del giudizio l'azione diretta non poteva proporsi in mancanza dei decreti attuativi della L. Gelli (giudizio promosso nel 2021), sia perché, anche tenendo presente quanto previsto all'art. 18 del recente DM 232/2023, "*...l'azione diretta non può ritenersi operante fino all'adeguamento dei contratti di assicurazione entro il termine di 24 mesi dall'entrata in vigore del decreto*".

Diversamente ha ritenuto, invece, il Tribunale di Milano che, con ordinanza del 26 agosto 2024, ha ritenuto che «L'azione diretta del danneggiato in ambito di responsabilità sanitaria può a tutti gli effetti considerarsi operativa, atteso che il decreto ministeriale menzionato nella norma risulta pubblicato in data 1/03/2024, essendo ricompresi proprio i requisiti minimi delle polizze assicurative come previsti dall'art. 10, comma 6 legge 24/2017 (obbligo assicurazione) quale presupposto per l'azione diretta del danneggiato nei confronti della compagnia assicuratrice. Con l'entrata in vigore del decreto ministeriale, afferma il giudice, è acclarata l'operatività della azione diretta, quale presupposto processuale, che non fa riferimento alla necessità dell'avvenuto previo adeguamento delle condizioni contrattuali.

Accanto all'azione diretta, e sempre con il precipuo intento di moderare le conseguenze del rischio clinico gravanti sul sanitario, si muove la disciplina relativa all'azione di rivalsa esperibile dalla struttura sanitaria nei confronti del medico dopo aver risarcito il danno a favore del paziente, se da questi convenuta[26].

Il meccanismo previsto dal Legislatore con questa azione mira alla realizzazione di un'equa distribuzione del *quantum* risarcitorio nei rapporti interni, tenendo conto del fatto che il medico, che non abbia stipulato un contratto con il paziente, risponde dell'illecito *ex* art. 2043 cc in solido con la struttura sanitaria (art. 2055 c.c.) la quale del primo *deve* avvalersi per l'adempimento della *propria* obbligazione (artt. 1218 c.c. e 1228 c.c.).

---

[25] È recente l'emanazione di un regolamento attuativo su cui si rinvia a Rossetti, *Assicurazione R.C. medica, pubblicato il regolamento attuativo*, in *www.assinews.it* (08/01/2025). V. anche sul tema G. Ponzanelli, *Assicurazioni e responsabilità medica: un breve commento sul D.M. 15 dicembre 2023, n. 232*, in *Danno e resp.*, 2024, 4, 405 ss., nonché M. Gagliardi, *La responsabilità sanitaria obbligatoriamente assicurata e la sicurezza delle cure: molte conferme e qualche occasione mancata a seguito del Decreto 232/2023*, *ivi*, 699 ss.

[26] V. in dottrina, A. Nicolussi, *Responsabilità sanitaria e rivalsa*, in *Europa e dir. priv.*, 2023, 4, 657 ss.. Per una rassegna sulle tipologie di assicurazione v. Perrino, *Responsabilità sanitaria e copertura assicurativa: le polizze conformi a d.m. 232/2023 e l'autoassicurazione ospedaliera*, in questa *Rivista*, 7, 2025, 124 ss.

La Legge 24 del 2017 prevede, comunque, che il sanitario dipendente si vedrà esposto all'azione di rivalsa della struttura o all'azione di responsabilità amministrativa del Pubblico Ministero presso la Corte dei Conti (o alla surroga dell'assicuratore *ex* art. 1916 cc) solo qualora versi in dolo o in colpa grave: nel primo caso per una somma pari a quella oggetto di risarcimento e nel secondo nel limite della somma corrispondente al triplo del maggior reddito da lavoro percepito nell'anno in cui ha avuto inizio la condotta dannosa, in quello precedente o in quello successivo (art. 9 Legge Gelli Bianco).

Qualora invece il sanitario abbia stipulato un contratto con il paziente, la rivalsa della struttura che ha risarcito il danno al paziente (al quale è legata dal contratto di spedalità) è sempre limitata alle ipotesi di dolo o colpa grave ma, in quest'ultimo caso, non opera il limite quantitativo suddetto.

Con riguardo all'azione di rivalsa, la Suprema Corte ha precisato che l'esclusività della colpa del medico non è sufficiente per consentire alla struttura sanitaria di esercitare un'azione di rivalsa integrale, dovendosi ritenere necessario dimostrare: "un'eccezionale, inescusabilmente grave, del tutto imprevedibile, e oggettivamente improbabile, devianza del sanitario dal programma condiviso di tutela della salute che è oggetto dell'obbligazione".

La mancata prova di questa "eccezionale", "inescusabile", "grave", "imprevedibile", "oggettivamente improbabile" devianza del medico, comporta secondo la Cassazione l'applicazione del comma 3 dell'art. 2055 c.c. secondo cui, salvo prova contraria, in caso di pluralità di responsabili, si deve presumere che la quota di rispettiva responsabilità debba essere suddivisa equamente tra medico e ASL (50%).

Al fine di consentire alla struttura sanitaria di agire in rivalsa nella misura del 100% (o comunque superiore al 50% presunto dalla legge), la Corte di Cassazione con la pronuncia dell'11 dicembre 2023, n. 34516 ha stabilito che, oltre alla colpa esclusiva del medico, occorra dimostrare anche:

– una condotta del medico "del tutto dissonante rispetto al piano dell'ordinaria prestazione dei servizi di spedalità"
– l'assenza di "trascuratezze nell'adempimento del contratto di spedalità da parte della struttura, comprensive di controlli atti ad evitare rischi dei propri incaricati".

Si tratta chiaramente di un onere della prova molto difficile da superare per la struttura sanitaria, la quale, pertanto, in difetto della "*devianza del sanitario*" come descritta dalla Cassazione, dovrà limitare la propria azione di rivalsa nella minor misura del 50%, anche qualora la responsabilità dell'accaduto sia imputabile esclusivamente al medico.

Naturalmente, per l'esercizio dell'azione di rivalsa, si tratta sempre della *colpa lieve* del sanitario; situazione per la quale il sanitario può trovarsi condannato in solido insieme alla struttura sanitaria; nel qual caso, ci si chiede se sia consentito al giudice di merito di attribuire l'intero debito alla struttura sanitaria ed, in tal caso, se sia possibile escludere la rivalsa del professionista nei confronti della sua compagnia assicuratrice ove le parti contraenti abbiano convenuto che l'assicuratore risponda solo della quota risarcitoria imputabile all'assicurato.

È, altresì, discusso se gli artt. 1915 (2° co) -1932 (1° co) c.c. e l'art. 11, (1° co) l. 8.3.2017 n. 24 consentano di limitare l'assicurazione della responsabilità civile *on claims made* al-

le richieste di risarcimento del danneggiato pervenute per la prima volta all'assicurato in pendenza del contratto, purché denunciate all'assicuratore entro la scadenza del suo termine di durata o in un termine susseguente. Tali questioni sono state sottoposte al vaglio delle Sezioni Unite della Suprema Corte dal Giudice del Tribunale di Modena con ordinanza n. 3974 del 1° aprile 2025.

La previsione di una copertura assicurativa della responsabilità sanitaria dovrebbe sancire, almeno in linea teorica, la definitiva messa in sicurezza del nuovo "sistema" del rischio clinico, così come disegnato dalla legge di riforma e connotato dalla sua duplice vocazione protettiva della serenità di azione dei professionisti della sanità, da un lato, e della sicurezza delle cure e dei pazienti, dall'altro. Ed invero l'obbligo di copertura del rischio, per come disciplinato dal decreto attuativo, dovrebbe contribuire, direttamente od indirettamente, alla soddisfazione di gran parte degli obiettivi di fondo posti a fondamento dalla legge "Gelli".

Tra questi:

– la tutela del più libero e sereno svolgimento dell'attività sanitaria da parte degli operatori del settore i quali, potendo contare sulla copertura assicurativa, vivranno con meno apprensione – e minor propensione "difensiva" – la minaccia di aggressioni risarcitorie al proprio patrimonio; il che contribuisce a promuovere, anziché frenare, lo svolgimento delle attività di cura, socialmente essenziali ma endemicamente rischiose.
– la protezione dei pazienti e dei loro eventuali diritti risarcitori, la cui soddisfazione è garantita da un lato dalla capienza patrimoniale dell'impresa assicurativa – aggredibile in via diretta e tenuta, per legge, a rispettare severi parametri di solvibilità – e dall'altro dalle "analoghe misure" di copertura del rischio; misure che riguardano le strutture sanitarie che abbiano scelto la via dell'autoritenzione parziale o totale del rischio, nel medesimo rispetto dei medesimi obiettivi di effettività delle garanzie di copertura.
– l'adozione di modelli organizzativi tali da garantire la miglior sicurezza delle cure (e del paziente) e fondati su un'efficiente gestione e prevenzione del rischio; non vi è dubbio, invero, che quanto più e quanto meglio l'assicurato sia in grado di dimostrare di aver accuratamente presidiato i propri rischi e la propria organizzazione (aziendale o libero professionale), tanto più facilmente potrà reperire coperture assicurative a condizioni di premio In questo senso la moderna assicurazione della responsabilità civile assume una fondamentale funzione educativa, volta anzitutto ad indurre l'assicurato a contenere i fattori di rischio e soltanto successivamente ad indennizzare eventuali sinistri.

Nella stessa direzione di tutela preventiva si pone, infine, l'intero titolo III dello schema di Decreto che – dedicato ai requisiti minimi di garanzia e condizioni di operatività delle cd "misure analoghe" – mira a far sì che le strutture che scelgano di non assicurarsi (previa delibera motivata in cui si dia atto delle ragioni di tale scelta) siano perfettamente attrezzate per garantire la miglior gestione del loro rischio e la sicurezza delle cure erogate presso di loro. In questo senso, e in ossequio alla logica del "meglio prevenire che curare", il regolamento impone l'adozione di processi di governo in continuo del rischio clinico (art. 16 e 17); ma prevede anche, a tutela del paziente, la costituzione di fondi dedicati alla copertura dei rischi (art. 10) e dei costi relativi ai sinistri già denunciati (art. 11).

A presidio della correttezza degli accantonamenti e, soprattutto, della miglior gestione del contenzioso è previsto l'obbligatorio sostegno di professionalità qualificate ed

integrate (interne o esterne alla struttura), tra le quali manager del rischio, medici legali, avvocati specializzati. Il che ci pare essere una scelta nel complesso condivisibile, almeno nella misura in cui si continui a ritenere che l'introduzione dell'obbligo assicurativo non sia stata posta come dovuta, almeno allo stato dell'arte, e debba convivere con forme di autoritenzione delle strutture la cui adozione sia strettamente condizionata ad assetti finanziari e di governance che garantiscano, al paziente, una tutela sostanziale non inferiore a quella offerta da una compagnia assicurativa.

È, questo, il tema fondamentale – che resta, tuttavia, aperto – della definizione di cosa debba intendersi per *"analoghe" misure* e di quando le stesse possano ritenersi davvero equipollenti ad una garanzia assicurativa sul piano della protezione offerta sia ai danneggiati che agli esercenti strutturati (che devono poter contare sulla copertura, da parte della struttura per la quale operano, del loro rischio verso terzi).

Un possibile effetto deterrente circa l'opzione per misure alternative all'assicurazione potrebbe derivare dal fatto la scelta di operare mediante assunzione diretta del rischio debba essere deliberata dai vertici delle strutture con assunzione delle relative responsabilità, avendo cura di evitare che tale scelta sia mossa da pure logiche di risparmio di costo e, nel comparto pubblico, dall'incidenza del rischio di possibile responsabilità erariali, (oggi – e fino al 2025 – temperato dal così detto scudo amministrativo previsto dal decreto milleproroghe).

Eppure, per muoversi agevolmente nei meandri della responsabilità medica, basterebbe riscoprire la ratio che nella Relazione al Codice civile è stata data all'art. 2236, largamente utilizzato nei giudizi di responsabilità medica, secondo cui, quando la prestazione professionale implichi la soluzione dei problemi tecnici di particolare complessità, si risponde solo per dolo o colpa grave. Con riguardo ad essa, il legislatore del 1942 ha giustificato tale previsione con l'esigenza di «*rispettare di fronte a due opposte esigenze: quella di non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie del cliente in casi di insuccessi, e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista*».

Abstract

La responsabilità degli operatori sanitari è materia in continua evoluzione. Accanto alle novità legislative, si avvicendano posizioni giurisprudenziali sui diversi profili sostanziali e processuali della materia, la quale costituisce, ormai, un sistema a sé stante nell'ambito della responsabilità civile.

Healthcare providers' legal liability represents a continuously evolving matter. The interplay between legislation updates and emerging jurisprudential positions — on both substantive and procedural aspects — has established this matter as a distinct subsystem within civil liability law.

L'usucapione pubblica

Cesare Trapuzzano
Consigliere della Corte di cassazione

Sommario: 1. L'usucapione pubblica: premessa. – **2.** Le tesi sul campo. – **3.** Condizioni dell'*interversio possessionis*. – **4.** Il *dies a quo* del possesso rilevante *ad usucapionem*. – **5.** Conclusioni sistematiche sull'usucapione pubblica.

1. L'usucapione pubblica: premessa

La possibilità di ammettere l'usucapione in favore della pubblica amministrazione, quale modo di acquisto a titolo originario della proprietà, non esige (e non implica) il riferimento ad una forma speciale di usucapione contemplata dal diritto amministrativo[1].

L'istituto ricade comunque in quello contemplato in linea generale dal codice civile *ex* art. 1158 c.c., secondo i requisiti ivi delineati del *corpus* e dell'*animus possidendi* protratti nel tempo affinché si perfezioni l'acquisto.

Ciò determina un riflesso anche sul piano processuale: l'accertamento dell'acquisto del diritto rientra nella giurisdizione del g.o.[2].

---

[1] Sulla natura unitaria dell'istituto dell'usucapione, non esistendo l'usucapione "pubblica" quale istituto autonomo, Taormina, *L'usucapione pubblica conseguente a una procedura espropriativa illegittima*, in *www.ratioiuris.it.*, 2015. Vedi anche Gallo, *Usucapione della P.A. e prospettive di tutela del privato*, in *Foro Amm. – C.d.s.*, 2013, 3563 ss.

[2] Si evidenzia, infatti, sul piano processuale che, per pacifica giurisprudenza, in tema di espropriazione per pubblica utilità, appartiene alla giurisdizione del g.o. l'accertamento dell'intervenuta usucapione della proprietà del fondo occupato, quale conseguenza non già riconducibile al pregresso esercizio del potere autoritativo, bensì meramente occasionale (cfr. Cass., Sez. Un., Sentenza n. 5513 del 26/02/2021). Nondimeno, ai sensi dell'art. 8 c.p.a., il giudice amministrativo "conosce, senza efficacia di giudicato, di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale", sicché sussiste la giurisdizione del g.a.

Muta, invece, il soggetto che si avvantaggia di tale acquisto, che non è il privato, bensì la pubblica amministrazione, il che richiede, in via riflessa, che il potere di fatto esercitato sul bene e le caratteristiche intrinseche della cosa su cui la signoria di fatto ricade siano suscettibili di utilizzazione a fini di interesse pubblico.

Sicché l'usucapione pubblica presuppone, in termini oggettivi, l'idoneità all'uso pubblico del bene su cui il possesso insiste e, sotto l'aspetto subiettivo, la conformità della sua utilizzazione ad una finalità pubblica e non al soddisfacimento di interessi particolari, potendo il possesso essere esercitato non direttamente da organi dell'ente, bensì da un'indifferenziata comunità di soggetti, alla quale sia riconducibile l'*animus possidendi*.

Nei termini anzidetti nessun ostacolo si frappone all'applicazione in favore della pubblica amministrazione dell'istituto di matrice civilistica dell'usucapione, atteso che quest'ultima gode della capacità giuridica di diritto privato.

Cosicché la pubblica amministrazione può usucapire il bene di cui si disponga per l'utilità pubblica sia *iure privatorum* sia *iure imperii*; e in quest'ultima evenienza assume un particolare interesse la prospettiva dell'ammissibilità dell'acquisto per usucapione, a fronte delle interferenze che possono ricorrere tra le procedure ablatorie non perfezionate e il possesso della cosa[3].

Viceversa, allorché la procedura ablatoria si sia perfezionata, la persistente relazione di fatto del proprietario espropriato con la cosa non può evolvere in usucapione, in quanto, per effetto della notificazione o comunque della conoscenza del provvedimento di espropriazione, la situazione di possesso dell'espropriato degrada a situazione di mera detenzione, fatta salva l'eventuale interversione[4].

---

anche sulla questione dell'intervenuta usucapione dell'area in forza dell'art. 8 c.p.a., ove la questione venga fatta valere dalla P.A. in via di eccezione riconvenzionale, cioè al solo fine di paralizzare l'azione risarcitoria proposta in via principale, senza richiesta di accertamento della sussistenza di tale rapporto e senza connesso ampliamento del *thema decidendum* (cfr. Cons. St., Sez. 4, Sentenza n. 3346 del 03/07/2014; Cons. giust. amm. Reg. siciliana, Sentenza n. 9 del 14/01/2013).

[3] Sul punto si rinvia a Pardolesi, *Occupazione appropriativa, usucapione e valvole di sicurezza*, in *Foro it.*, III, 2014, 583 ss., che evidenzia come porre rimedio alle occupazioni illegittime comporti oneri ingenti e numerosi siano i tentativi per evitarli. L'usucapione si presenta allora come un accattivante rifugio con cui si perseguono, più che esigenze di certezza giuridica, altre ragioni come quella di alleviare gli oneri economici della P.A.

[4] Vedi Cass., Sez. Un., Sentenza n. 651 del 12/01/2023, secondo cui, in tema di espropriazione per pubblica utilità, nelle controversie soggette al regime giuridico previgente al d.lgs. n. 327 del 2001 (per essere la dichiarazione di pubblica utilità intervenuta prima del 30 giugno 2003), il decreto di esproprio validamente emesso è idoneo a far acquisire al beneficiario dell'espropriazione la piena proprietà del bene e ad escludere qualsiasi situazione di fatto e di diritto con essa incompatibile, con la conseguenza che, anche quando all'adozione del menzionato decreto non segua l'immissione in possesso, la notifica o la conoscenza effettiva di detto decreto comportano ugualmente la perdita dell'*animus possidendi* in capo al precedente proprietario, il cui potere di fatto – nel caso in cui continui ad occupare il bene – si configura come mera detenzione, che non consente il riacquisto della proprietà per usucapione se non a seguito di un atto di interversione del possesso, fermo restando il diritto di chiedere la retrocessione totale o parziale del bene.

2. Le tesi sul campo

Secondo una prima impostazione, l'introduzione dell'istituto dell'acquisizione sanante, di cui all'art. 42-*bis*[5] del Testo unico espropriazioni, renderebbe incompatibile la coesistenza di una concorrente forma di acquisto a titolo originario per possesso ventennale pacifico, pubblico e ininterrotto[6]. Piuttosto, a fronte di procedure ablatorie non ultimate, la relazione della pubblica amministrazione con la *res* sarebbe inquadrabile nella mera detenzione, non suscettibile di evolvere nell'acquisto della proprietà per usucapione[7].

Sicché, in questi casi, la proprietà del bene potrebbe essere acquisita dalla pubblica amministrazione solo in via autoritativa per effetto di un provvedimento di "acquisizione sanante" o in via negoziale per accordo con il privato, accordo avente natura transattiva, o – ancora – all'esito di una rinuncia abdicativa del privato (ove essa sia reputata ammissibile), ma non per usucapione[8], in difetto di alcuna clausola che faccia salvi gli acquisti *ad usucapionem* della P.A.

Ed invero, prosegue tale tesi, la P.A. trae un duplice vantaggio dall'usucapione: acquista il bene senza l'adozione di un provvedimento acquisitivo rigorosamente motivato ed evita di corrispondere alcunché al privato. L'usucapione, infatti, oltre a non prevedere alcuna forma di indennizzo, opera retroattivamente ed esclude non solo la tutela reale, ma anche risarcitoria[9].

---

[5] Si rileva che l'originaria formulazione dell'istituto di cui all'art. 43 del Testo unico è stata oggetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza della Corte cost. n. 293 del 08/10/2010 per eccesso di delega, con l'ulteriore rilievo – sia pure in *obiter* – circa la potenziale difformità dell'istituto dai principi enunciati dalla giurisprudenza di Strasburgo. E ciò perché la mera trasposizione in legge di un meccanismo, nella sostanza, suscettibile di perpetrare le stesse conseguenze negative della "espropriazione indiretta" non avrebbe potuto essere sufficiente a risolvere il *vulnus* inferto al principio di legalità. A fronte della nuova formulazione di cui all'art. 42-*bis*, invece, la Consulta, con sentenza n. 71 del 30/04/2015, ha valorizzato, anche in riferimento agli artt. 117, primo comma, Cost. e 1 del Primo Prot. addizionale CEDU, i profili di novità di tale nuova previsione rispetto al precedente art. 43 per escluderne l'incostituzionalità.

[6] Cfr. Cons. St., Sez. 4, Sentenza n. 3988 del 26/08/2015.

[7] Morelli, *Usucapione della P.A.? Un passaggio obbligato se ne ricorrono i presupposti*, in *www.dirittoamministrativo.it*, 16.10.2014, evidenzia che manca una regolamentazione legislativa dell'usucapione quale rimedio alle occupazioni illegittime. Infatti, nel corpo dell'art. 42-*bis* Testo unico espropriazioni – che ha introdotto un rimedio provvedimentale alle occupazioni *sine titulo* –, non è presente alcuna clausola di salvezza degli acquisti *ad usucapionem*.

[8] Sul punto in dottrina Fragale, *Usucapione e procedimenti ablativi nel quadro della legalità convenzionale*, in *Urb. e app.*, 2015, 253 ss. L'Autore, nel cercare un'interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente conforme, ritiene che il ricorso all'usucapione debba "escludersi, o al contrario, ammettersi a seconda che l'apprensione sia o meno avvenuta tramite l'esercizio di poteri ablativi".

[9] Marasca, *La dubbia compatibilità tra occupazione appropriativa ed usucapione nel dialogo tra giudici*, in *Giur. mer.*, 2013, 2078 ss.; Virga, *Sull'applicabilità o meno dell'usucapione alle occupazioni illegittime della P.A.*, in *www.lexitalia*, 2014.

Solo ove si riscontri una fattispecie di occupazione usurpativa (pura o di fatto), ossia senza alcuna dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza, l'acquisizione del bene a cura della pubblica amministrazione sarebbe annoverabile nell'ambito del possesso, passibile di evolvere nell'acquisto a titolo originario della proprietà per usucapione.

Secondo altra tesi, ancora più restrittiva, l'usucapione sarebbe in radice inapplicabile in favore della pubblica amministrazione (anche nel caso di occupazione usurpativa pura), poiché l'art. 1, comma 1-*bis*, della legge sul procedimento amministrativo 7 agosto 1990, n. 241 consentirebbe alla P.A. di agire secondo le norme di diritto privato (fra cui rientrano anche quelle sull'usucapione) solo nell'adozione di "atti" di natura non autoritativa, mentre l'esercizio del possesso non sarebbe un atto ma un mero "comportamento".

Ed inoltre predicare che l'apprensione materiale del bene da parte della pubblica amministrazione, al di fuori di una legittima procedura espropriativa o di un procedimento sanante (*ex* art. 42-*bis* d.P.R. n. 327/2001), possa essere qualificata come idonea ad integrare il requisito del possesso utile ai fini dell'acquisto per usucapione rischierebbe di reintrodurre nell'ordinamento interno forme di espropriazione indiretta o larvata[10].

Viceversa, in base ad altra impostazione, anche nelle ipotesi di occupazione acquisitiva o appropriativa (c.d. occupazione usurpativa spuria) – in cui alla dichiarazione di pubblica utilità non consegua, entro la scadenza del periodo di occupazione provvisoria e d'urgenza, il provvedimento espropriativo ovvero segua un provvedimento ablativo che sia successivamente annullato, in via di autotutela o in via giudiziale – sarebbe configurabile un possesso suscettibile di sfociare nell'acquisto della proprietà per usucapione[11].

In conseguenza, mediante l'usucapione si determina la cessazione della situazione di incertezza derivante dalla possibilità in perpetuo per il privato di agire per la restituzione (imprescrittibile) e per il risarcimento del danno (data la natura permanente dell'illecito che sposta in avanti il *dies a quo* di decorrenza del termine di prescrizione).

La situazione di diritto viene così adeguata a quella di fatto e il privato perde ogni forma di tutela reale e risarcitoria.

L'usucapione assolverebbe, allora, alla funzione di disciplinare l'uso del bene privato compiuto dall'amministrazione per lunghi periodi di tempo, garantendo, alla scadenza del termine necessario, la piena realizzazione dell'interesse all'adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto[12].

---

[10] Così Cons. St., Sez. 4, Sentenza n. 3346 del 03/07/2014.

[11] Di Biase, *Usucapione pubblica e vicende dei beni occupati*, Napoli, 2012, 14, secondo cui l'usucapione viene chiaramente concepita come una "valvola di chiusura del sistema", idonea a colorare di liceità una condotta caratterizzata da indiscussi profili di illegittimità.

[12] Sempre in questa dimensione si sostiene che una diversa soluzione risulterebbe illogica (in quanto costosa), oltre che non giustificabile dal punto di vista contabile-erariale. Soluzione, questa, che sembrerebbe trovare un appiglio nello stesso art. 42-*bis*, che consente l'adozione del provvedimento acquisitivo solo in assenza di ragionevoli alternative, tra le quali non si potrebbe non far rientrare l'usucapione. Così Morelli, *Usucapione della P.A.? Un passaggio obbligato se ne ricorrono i presupposti*, cit.

3. Condizioni dell'*interversio possessionis*

Occorre a questo punto soffermare l'attenzione sulla *interversio possessionis ex* art. 1141, secondo comma, c.c., conseguente al mantenimento del potere di fatto sulla *res* nonostante la sopravvenuta illegittimità del titolo giustificativo dell'occupazione[13].

Nondimeno, occorre sin da ora precisare che l'interversione del possesso non può avere luogo mediante un semplice atto di volizione interna, ma deve estrinsecarsi in una manifestazione esteriore, da cui sia desumibile che il detentore ha cessato di esercitare il potere di fatto sulla cosa in nome altrui, iniziando a esercitarlo in nome proprio, con sostituzione dell'*animus detinendi* con l'*animus rem sibi habendi*.

La ridetta manifestazione deve poi essere rivolta contro il proprietario-possessore, in modo che questi possa rendersi conto del mutamento e contrastare l'altrui possesso.

Siffatta condizione non può essere integrata dalla mancata restituzione alla scadenza del termine, in quanto, in tal caso, vi è la mera continuazione dell'esercizio del potere di fatto sulla cosa secondo le modalità precedenti.

Difetta, invece, un comportamento esterno di rottura rivolto al proprietario, tale da rendere percepibile il mutamento (salvo ravvisarlo nella mera scadenza del temine e nell'assenza di proroghe)[14].

Alla tesi secondo cui l'interversione si manifesterebbe all'esterno mediante l'attività edificatoria si richiamano alcuni arresti giurisprudenziali[15].

---

[13] Sulle condizioni affinché possa verificarsi l'*interversio*, senza alcun automatismo per effetto della persistenza della relazione con la cosa all'esito della scadenza del periodo di occupazione legittima, Mari, *Occupazioni sine titulo, espropriazione indiretta, acquisizione sanante e obblighi restitutori: gli orientamenti della giurisprudenza (ordinaria e amministrativa) a confronto*, in *Riv. giur. edil.*, 2016, II, 69 ss. Così anche Zanovello, *Nuovi profili dell'usucapione a favore della p.a.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1, 73.

[14] In tema di occupazione illegittima, premesso che la condotta illecita della P.A. incidente sul diritto di proprietà non può comportare, quale che ne sia la forma di manifestazione (occupazione usurpativa, acquisitiva o appropriativa, vie di fatto), l'acquisizione del fondo, nei casi in cui il potere di fatto sulla cosa sia esercitato inizialmente dalla P.A. come detenzione – in presenza di validi provvedimenti amministrativi (dichiarazione di pubblica utilità, decreto di occupazione d'urgenza, ecc.) –, è necessaria l'allegazione e la prova, da parte della P.A., della trasformazione della detenzione in possesso utile *ad usucapionem*, *ex* art. 1141, secondo comma, c.c., cioè il compimento di idonee attività materiali di opposizione specificamente rivolte contro il proprietario-possessore, non essendo sufficienti né il prolungarsi della detenzione, né il compimento di atti corrispondenti all'esercizio del possesso, che di per sé denunciano unicamente un abuso della situazione di vantaggio determinata dalla materiale disponibilità del bene. Così Cass., Sez. 1, Sentenza n. 10289 del 27/04/2018.

[15] In questo senso Cass., Sez. 2, Sentenza n. 27521 del 19/12/2011; vedi anche Cons. giust. amm. Reg. siciliana, n. 453 del 08/05/2013. In senso critico Fragale, *Usucapione e procedimenti ablativi nel quadro della legalità convenzionale*, cit., 253 ss., secondo cui tale attività non si estrinseca contro il proprietario e integra soltanto un'ipotesi di abuso della situazione di vantaggio determinata dalla mera detenzione materiale.

4. Il *dies a quo* del possesso rilevante *ad usucapionem*

Ove si ammetta che l'acquisto per usucapione sia ipotizzabile anche nei casi di occupazione acquisitiva o appropriativa, occorre interrogarsi sul *dies a quo* del possesso rilevante affinché, all'esito del decorso del ventennio, la pubblica amministrazione acquisti il bene a titolo originario.

E ciò fermo restando che per l'occupazione usurpativa, ossia *sine titulo* sin dall'origine, un tale problema non si pone, appunto perché, in questo caso, il potere di fatto sulla *res* è esercitato a monte senza alcun titolo legittimante, in spregio delle ragioni petitorie vantate dal proprietario, sicché, ai fini dell'acquisto per usucapione, il possesso utile inizia a decorrere sin da quando si instaura la relazione di fatto della pubblica amministrazione con il bene[16].

Secondo un primo orientamento[17], nel caso di occupazione acquisitiva per decorrenza del termine dell'occupazione provvisoria senza l'adozione del decreto di esproprio, il possesso utile *ad usucapionem* decorrerebbe dalla cessazione del titolo legittimante dell'occupazione d'urgenza *ex* art. 22-*bis* del d.P.R. n. 327/2001: in questa evenienza la protrazione dei lavori sul fondo per la realizzazione dell'opera pubblica o l'utilizzazione dell'opera realizzata sul fondo, in assenza del decreto di esproprio, con l'opposizione manifestata verso il proprietario, importano la *interversio* dell'originaria detenzione qualificata in possesso. Viceversa, nel caso di occupazione appropriativa conseguente all'annullamento del decreto di esproprio, avendo la declaratoria di annullamento efficacia retroattiva, il possesso utile risalirebbe al momento in cui è iniziata la relazione di fatto della pubblica amministrazione con la *res*, ossia sin dall'iniziale immissione nel possesso ai sensi degli artt. 23 e 24 del d.P.R. n. 327/2001[18].

Questa ricostruzione è stata rivista dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato[19], che – nell'individuare il *dies a quo* del possesso utile *ad usucapionem* – ha tenuto conto del

---

[16] Avverso questa distinzione vedi Di Biase, *Usucapione pubblica e vicende dei beni occupati*, *cit.*, 27, il quale ritiene che il differimento del *dies a quo* del termine di usucapione all'entrata in vigore del Testo unico espropriazioni solo per i casi di occupazione acquisitiva crei un'inammissibile disparità di trattamento rispetto alle ipotesi più gravi di occupazione usurpativa. Un'occupazione illecita sin dall'inizio sarebbe trattata in modo più benevolo, con un *vulnus* in termini di effettività di tutela del privato proprietario, rispetto ad un'occupazione divenuta illegittima, ma basata su un'iniziale dichiarazione di pubblica utilità. Tale osservazione non considera però che nei casi di occupazione di mero fatto la P.A. agisce alla stregua di un qualunque privato, consentendo al proprietario di reagire subito per la tutela del suo diritto.

[17] Così Cons. giust. amm. Reg. siciliana, Sentenza n. 9 del 14/01/2013.

[18] In senso critico però si è osservato che il privato può far valere il suo diritto e chiedere la restituzione solo con il passaggio in giudicato della sentenza di annullamento, dovendo, in questo caso, il termine ventennale decorrere dalla pronuncia demolitoria. Così Taormina, *L'usucapione pubblica conseguente a una procedura espropriativa illegittima*, cit.; Fosforo, *L'usucapione di immobile occupato dalla pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 2014, 1193 ss.

[19] Cons. St., Ad. Pl., Sentenza n. 2 del 09/02/2016, che ha sancito il seguente principio: «In linea generale, quale che sia la sua forma di manifestazione (vie di fatto, occupazione usurpativa, occupazione acquisitiva), la condotta illecita dell'amministrazione incidente sul diritto di proprietà

diverso assetto normativo derivante dall'entrata in vigore del Testo unico espropriazioni e, in specie, dell'introduzione dell'istituto dell'acquisizione sanante, per adeguarsi al dettato della Corte Edu in ordine all'illegittimità delle figure di elaborazione pretoria dell'occupazione acquisitiva o appropriativa, ove intese come forme di acquisto della proprietà a titolo originario per effetto dell'irreversibile trasformazione del bene (secondo il modello dell'accessione invertita[20]), quali fattispecie di espropriazione indiretta violative dell'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU.

Per effetto dell'introduzione dell'acquisizione sanante, la situazione antigiuridica determinata dall'occupazione illegittima assume i contorni dell'illecito permanente (avverso cui può essere invocata la tutela ristoratoria *ex* art. 2043 c.c.), che si protrae sino all'adozione dell'atto di acquisizione, quale atto produttivo dell'effetto traslativo in favore della pubblica amministrazione utilizzatrice.

In questa prospettiva si è ritenuto che, in base al regime pregresso all'introduzione del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, il proprietario privato del bene, per effetto della condotta della pubblica amministrazione, non avrebbe avuto alcuna possibilità di recuperare la cosa, esercitando così il suo diritto dominicale (attraverso l'azione di rivendicazione ex art. 948 c.c.), appunto in ragione della vigenza, all'epoca, dell'istituto dell'acquisto della proprietà in esito alla trasformazione irreversibile della *res*, quale fattispecie ablatoria atipica superata solo dal ridetto Testo unico.

L'inibitoria della concreta possibilità di recupero così impedirebbe il decorso del termine utile *ad usucapionem*, poiché, a fronte di tale stato di fatto, nessuna "arma" sa-

---

non può comportare l'acquisizione del fondo e configura un illecito permanente *ex* art. 2043 c.c. – con la conseguente decorrenza del termine di prescrizione quinquennale dalla proposizione della domanda basata sull'occupazione *contra ius*, ovvero dalle singole annualità per quella basata sul mancato godimento del bene – che viene a cessare solo in conseguenza: a) della restituzione del fondo; b) di un accordo transattivo; c) della rinunzia abdicativa (e non traslativa, secondo una certa prospettazione delle SS.UU.) da parte del proprietario implicita nella richiesta di risarcimento del danno per equivalente monetario a fronte della irreversibile trasformazione del fondo; d) di una compiuta usucapione, ma solo nei ristretti limiti perspicuamente individuati dal Consiglio di Stato allo scopo di evitare che sotto mentite spoglie (i.e. alleviare gli oneri finanziari altrimenti gravanti sull'Amministrazione responsabile), si reintroduca una forma surrettizia di espropriazione indiretta in violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU (Sez. IV, n. 3988 del 2015 e n. 3346 del 2014); dunque a condizione che: I) sia effettivamente configurabile il carattere non violento della condotta; II) si possa individuare il momento esatto della *interversio possessionis*; III) si faccia decorrere la prescrizione acquisitiva dalla data di entrata in vigore del t.u. espr. (30 giugno 2003) perché solo l'art. 43 del medesimo t.u. aveva sancito il superamento dell'istituto dell'occupazione acquisitiva e dunque solo da questo momento potrebbe ritenersi individuato, *ex* art. 2935 c.c., il "...giorno in cui il diritto può essere fatto valere"; e) di un provvedimento emanato *ex* art. 42-*bis* t.u. espr.». Orientamento richiamato, da ultimo, da Cons. St., Sez. 4, Sentenza n. 460 del 22/01/2025.

[20] Istituto elaborato a partire dalla pronuncia di Cass., Sez. Un., Sentenza n. 1463 del 16/02/1983.

rebbe stata riconosciuta al privato spogliato del bene per impedire che si consolidasse il possesso in favore della pubblica amministrazione[21].

Ne deriva che, in applicazione della previsione di cui all'art. 2935 c.c., dettata per la prescrizione estintiva, secondo cui la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, come richiamata dall'art. 1165 c.c. per la c.d. prescrizione acquisitiva (*recte* per l'acquisto a titolo originario per usucapione), il possesso utile per l'usucapione, a vantaggio della pubblica amministrazione, comincia a decorrere dal momento in cui il proprietario del bene posseduto dalla pubblica amministrazione può agire per rivendicare il bene, ossia dalla data di entrata in vigore del Testo unico espropriazioni (*recte* del 30 giugno 2003), mentre la signoria di fatto attuata in precedenza non può essere computata[22].

Il fatto che la P.A. abbia occupato *sine titulo* il terreno, fuori dalle regole procedimentali, non implica che il possesso debba ritenersi acquistato con violenza, tale da non giovare per l'usucapione *ex* art. 1163 c.c., così come deve essere escluso che la violenza possa identificarsi con la trasformazione del bene successivamente alla sua apprensione, posto che il possesso è acquistato in modo violento quando l'impossessamento avviene mediante l'esercizio di un'effettiva violenza fisica o morale.

Pertanto, la natura pacifica dell'acquisto del possesso non è esclusa dalla circostanza che l'inizio dello stesso non tragga origine da una consegna o dal fatto che l'impossessamento sia avvenuto contro la volontà del proprietario-possessore precedente[23].

Con l'effetto che le fattispecie di usucapione ordinaria immobiliare non possono maturare prima del 30 giugno 2023, anche in relazione alle procedure ablatorie non regolarmente perfezionate che siano state avviate in un momento precedente.

Non condivisibile è l'ulteriore orientamento, a mente del quale il termine ventennale del possesso utile alla maturazione dell'acquisto per usucapione comincerebbe a decorrere, in ogni caso, dall'entrata in vigore del Testo unico espropriazioni, anche con riferimento all'occupazione usurpativa[24].

---

[21] Segnatamente ciò accade per una ragione dirimente: se è vero che l'istituto dell'usucapione risponde ad una esigenza di certezza giuridica, "premia" il possesso ininterrotto dell'area e "sanziona" l'inerzia del proprietario dell'area medesima che non ha esercitato le condotte materiali o le iniziative giuridiche che dimostrano il suo interesse a mantenerne la titolarità, è evidente che tale istituto può operare soltanto nei casi in cui il privato possa utilmente esercitare i diritti posti a presidio della propria posizione. Così Cons. St., Sez. 4, Sentenza n. 5458 del 15/09/2020.

[22] Mirate, *Occupazioni illegittime, acquisizione sanante e usucapione a favore della P.A.*, in *Urb. e app.*, 2013, 833 ss.

[23] Così Cass. Sez. 2, Sentenza n. 1672 del 03/02/2012; Sez. Un., Sentenza n. 2088 del 14/03/1990. Nello stesso senso in dottrina Zanovello, *Nuovi profili dell'usucapione a favore della p.a.*, cit., 74.

[24] In questo senso Cons. St., Sez. 4, Sentenza n. 5430 dell'11/09/2020, secondo cui non è condivisibile la tesi della predicabilità sistematica di una "usucapione pubblica" che si innesti su un procedimento espropriativo. In astratto, una problematica di vaglio in ordine alla usucapibilità di beni appresi mercé l'occupazione dell'area innervata su un procedimento espropriativo non regolarmente conclusosi (ad esempio per omessa emissione di un tempestivo decreto di esproprio) po-

E tanto perché, nell'ipotesi di occupazione usurpativa (di fatto) – ossia non preceduta da una dichiarazione di pubblica utilità –, l'occupazione è riconducibile ad un comportamento di mero fatto della pubblica amministrazione (che non avrebbe giustificato l'acquisizione per effetto dell'irreversibile trasformazione neanche con il regime pregresso), cosicché – per un verso – sin da tale momento comincia a decorrere il termine utile *ad usucapionem*, alla stregua della situazione di possesso ascrivibile alla P.A., e – per altro verso – sin dall'origine è lasciata impregiudicata la facoltà del proprietario di rivendicare la cosa, in correlazione con la totale assenza dei presupposti per l'esercizio del potere ablativo.

5. Conclusioni sistematiche sull'usucapione pubblica

Secondo i termini della questione come innanzi delineati, la possibilità di riconoscere l'acquisto per usucapione in favore della P.A., in connessione con le procedure ablatorie non perfezionate, sembra doversi ammettere per esigenze di completezza e chiusura del sistema, ove la P.A. non si avvalga dell'acquisizione sanante, allo scopo di impedire che si determini una situazione di incertezza destinata a durare *sine die*.

Né tale forma di acquisto della proprietà, all'esito del possesso protratto nel tempo necessario al perfezionamento della fattispecie acquisitiva, si pone in antitesi con l'espunzione dall'ordinamento delle ipotesi di espropriazione indiretta.

Infatti, l'acquisto per usucapione postula il perfezionarsi di una fattispecie a formazione progressiva, senza che nelle more il proprietario privato della *res* l'abbia rivendicata.

Tale acquisto non costituisce, pertanto, la mera conseguenza dell'irreversibile trasformazione della cosa, ma esige una condotta successiva e prolungata nel tempo della pubblica amministrazione, connotata dalla volontà di avere la cosa come propria (cui si associ l'inerzia imputabile del proprietario).

Piuttosto, proprio allo scopo di consentire al proprietario che ha subito la condotta privativa della P.A. di impedire il perfezionamento della fattispecie acquisitiva, il possesso utile *ad usucapionem* comincia a decorrere esclusivamente dal momento in cui questi può rivendicare la proprietà, nonostante l'irreversibile trasformazione della cosa, ossia dall'entrata in vigore dell'istituto dell'acquisizione sanante (istituto incompatibile con il pregresso regime dell'acquisto per accessione invertita).

Soluzione, questa, che non opera per le ipotesi di occupazione usurpativa pura, in ordine alle quali nessun titolo (in mancanza di alcuna dichiarazione di pubblica utilità)

---

trebbe porsi laddove l'Amministrazione abbia posseduto ininterrottamente detto compendio immobiliare per il torno di tempo prescritto dal codice civile, individuandosi quale *dies a quo* quello dell'entrata in vigore del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, il cui art. 43 ha sancito il superamento normativo dell'istituto dell'occupazione acquisitiva che costituiva una vera e propria fattispecie ablatoria seppure atipica.

giustifica l'acquisizione del possesso in favore della P.A., cosicché in tal caso la signoria di fatto utile per la maturazione dell'usucapione decorre sin da quando la P.A. ha avuto il potere sulla cosa.

Abstract

La possibilità di riconoscere l'acquisto per usucapione in favore della pubblica amministrazione è affrontata in relazione alle procedure ablatorie non perfezionate, ove non si faccia ricorso all'istituto dell'acquisizione sanante. Secondo questa direttrice sono sondati gli aspetti del dies a quo del possesso utile per usucapire, dell'acquisto del possesso con violenza e dell'interversione del possesso.

The possibility of recognizing the acquisition by adverse possession in favor of the public administration is addressed in relation to the non-perfected ablative procedures, where the institute of the healing acquisition is not used. According to this guideline, the aspects of the term of commencement of possession useful for adverse possession, of the acquisition of possession by violence and of the inversion of possession are explored.

Sulle conseguenze applicative dell'abusivo frazionamento del credito

Iolanda Bisceglia
Dottoranda dell'Università Roma Tre

Sommario: 1. La legittimità del frazionamento del credito: *quaestio iuris*. – **2.** L'esigenza di ridefinire una linea operativa sulle conseguenze prodotte da un'abusiva parcellizzazione della pretesa creditoria. – **3.** Conclusioni: la sanzione processuale *ex* art. 92 c.p.c.

1. La legittimità del frazionamento del credito: *quaestio iuris*

Se è indubbio che il tema della frazionabilità/infrazionabilità del credito appare oggi, anche alla luce delle diverse pronunce della Corte di Cassazione[1], sufficientemente deline-

[1] Le presenti osservazioni attengono alla sentenza n. 7299 pronunciata il 19 marzo 2025 dalle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, Presidente Pasquale D'Ascola (Estensore Lina Rubino, Rel. Fortunato). La pronuncia in parola si inserisce in un acceso dibattito giurisprudenziale e dottrinale in tema di frazionamento del credito. Sull'argomento, sotto un profilo diacronico, si possono individuare almeno tre differenti orientamenti. In *primis*, la sentenza della Cass. civ., Sez. un., 10 aprile 2000, n. 108, che compare pubblicata con nota di dalla Massara, *Tra* res iudicata *e* bona fides*: le Sezioni Unite accolgono la frazionabilità nel* quantum *della domanda di condanna pecuniaria*, in *Corr. giur.*, 2000, 1618 ss.; Marengo, *Parcellizzazione della domanda e nullità dell'atto*, in *Gius. civ.*, 2000, 2268 ss.; con nota di Finessi in *Studium iuris*, 2000, 1273 ss., con nota di Sacchettini, *La possibilità di frazionare le richieste giudiziarie non sacrifica il diritto di difesa del debitore*, in *Guida al diritto*, 2000, 17, 46 ss.; con nota di Carratta, *Ammissibilità della domanda giudiziale «frazionata» in più processi?*, in *Giur. it*., 2001, 1143 ss., oltre a osservazioni di Minetola e Ronco; con nota di Ansanelli, *Rilievi minimi in tema di abuso del processo*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2001, I, 502 ss.; con nota di Sena, *Richiesta di adempimento parziale e riserva di azione per il residuo: l'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Dir. e giur*., 2002, 443 ss. Nella sentenza in parola le Sezioni Unite, interve-

nendo a comporre un contrasto giurisprudenziale evidenziatosi sul punto, si erano pronunciate in senso favorevole alla frazionabilità della domanda da parte del creditore, anche in via monitoria, ritenendo tale comportamento non contrastante con i principi di buona fede e correttezza espressi dagli artt. 1175 e 1375 c.c. E ciò statuivano facendo leva, in primo luogo, sull'art. 1181 c.c. il quale «nel riconoscere il diritto del creditore di rifiutare un adempimento parziale, non esclude il potere dello stesso di accettarlo e, quindi, di richiederlo, anche giudizialmente». È la soluzione della *verdeckte Teilklage*, controversa nel processo civile tedesco. In dottrina, sembrano propendere per questa tesi, tra gli altri; Allorio, *Giudicato su domanda parziale*, in *Giur. it*., 1958, I, 1, 399 ss.; Attardi, *Frazionamento della domanda di danni e estensione del giudicato*, *ivi*, 1978, I, 1, 537 ss.; Carnelutti, *Giudicato implicito in tema di liquidazione del danno*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 629 ss.; Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. I) Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 215 ss.; si vedano, tra gli altri, Montesano, *Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi*, in *Riv. dir. proc*., 1991, 15 ss.; Ronco, *Azione e frazione: scindibilità in più processi del* petitum *di condanna fondato su un'unica* causa petendi *o su* causae petendi *dal nucleo comune, ammissibilità delle domande successive alla prima e riflessi oggettivi della cosa giudicata*, in *Giur. it.*, 1998, 889 ss.; G. Verde, *Sulla «minima unità strutturale» azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 573, 579 ss.; Id., *I limiti oggettivi del giudicato nelle controversie del lavoro*, in *Dir. e giur.*, 1991, 712 ss.; Giorgianni, *Pagamento (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It*., XII, Torino, 1965, 323; Di Majo, *Adempimento in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1994, 88 ss.; Tranquillo, *Richiesta di adempimento parziale* ex latere creditoris *ed* exceptio doli generalis, in *Riv. dir. privato*, 1999, 380; Id., *L'esecuzione parziale del rapporto obbligatorio*, Milano, 2006, 77 ss.; Più di recente, si confrontino Finessi, *Frazionamento volontario del credito e obbligazione plurisoggettiva*, Milano, 2007, 69 ss.; Fondrieschi, *La prestazione parziale*, Milano, 2005, 301 ss., dalla Massara, *In tema di accettazione di adempimento parziale con riserva di saldo*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, 651 ss.; Id., *Accettazione di adempimento parziale a saldo e con riserva di saldo: vicende dell'obbligazione e delimitazioni della responsabilità*, in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, a cura di Garofalo, Napoli, 2011, 305 ss. Successivamente, le S.U. ritornano sul tema con la pronuncia n. 23726 del 2007, con nota di dalla Massara, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il 'ripensamento' delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 345-362; con nota di Gozzi, *Il frazionamento del credito in plurime iniziative giudiziali tra principio dispositivo e abuso del processo*, in *Giur. it*., 2008, 929 ss.; con nota di Palmieri, Pardolesi, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*, in *Foro it*., 2008, 1515 ss., e di Caponi, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile? ivi*, con nota di Finocchiaro, *Una soluzione difficile da applicare nei futuri procedimenti di merito*, in *Guida dir*., 2007, 47, 28 ss.; con nota di De Cristofaro, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 335 ss.; con commento di P. Rescigno, *L'abuso del diritto (Una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite)*, in *Corr. giur*., 2008, 745 ss. (si ricordi, ancor prima, Id., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ*., 1965, I, 205-286., poi ripubblicato nel volume *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998); con nota di Donati, *Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito (ancora intorno a Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726)*, in *Riv. dir. civ*., 2009, 346-364; con nota di Veronese, *Domanda frazionata: rigetto per contrarietà ai principi di buona fede e correttezza*, in *Obbl. e Contr*., 2008, 800 ss.; con nota di Ronco, *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti,* in *Giur. it*., 2008, 930 ss.; con nota di Finessi, *La frazionabilità (in giudizio) di un credito: il nuovo intervento delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ*., 2008, 10455 ss.; con nota di Cossignani, *Credito unitario: unica azione*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2008, I, 458 ss. Con la pronuncia n. 23726 del 2007 le Sezioni Unite operarono un totale ribaltamento, affermando il principio, contrapposto, per cui non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligato-

ato nei suoi presupposti dogmatici e caratteri essenziali, si è nel tempo sviluppato un margine di incertezza sempre più notevole riguardo alle relative conseguenze applicative[2]. In effetti, l'analisi giurisprudenziale circa gli effetti della proposizione di una domanda ingiustificatamente frazionata è stata, nel tempo, segnata da esiti interpretativi non compatti.

Con la presente pronuncia, la Corte di legittimità è tornata a occuparsi della *vexata quaestio*, rilevandone l'inesauribile interesse che "discende dalla trasversalità del tema, che involge sia profili processuali che sostanziali attraversando la trama della giurisprudenza di tutte le Sezioni civili della Corte, affiorando sotto molteplici profili"[3].

L'obiettivo dichiarato dalla Suprema Corte è quello di verificare la tenuta dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità in materia e di valutare l'opportunità di accogliere gli auspici della dottrina, al fine di formulare un definitivo indirizzo di coerenza,

---

rio, proporre plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo, sul presupposto che la scissione del contenuto dell'obbligazione (così operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione volta ad aggravare la posizione del debitore) si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede. Si ritenne, dunque, che la disarticolazione dell'unità sostanziale dell'obbligazione – quale condotta contraria al canone di buona fede ed al principio del giusto processo – integrasse un'ipotesi di abuso dello strumento processuale, ostativo all'esame della domanda. Dieci anni dopo, le Sezioni Unite, con le sentenze gemelle n. 4090 e 4091 del 2017, sulla scia del *leading case* del 2007, sono ritornate sul tema e hanno affermato che, in linea di principio, le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, anche se relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono essere formulate in autonomi giudizi solo se risulti in capo al creditore un "interesse oggettivamente valutabile" alla tutela processuale frazionata, a pena di improponibilità della domanda, facendo sorgere in dottrina non poche riserve, specie per l'ambiguità insita nella nozione di interesse richiesto. Sul punto, è la stessa Corte di Cassazione che nella pronuncia n. 25480 del 2023 rileva come l'espressione in parola introduca una nozione elastica di "studiata indeterminatezza".

[2] Mi limito qui a ricordare alcuni dei contributi più recenti in tema di frazionamento del credito, cfr. *amplius* Asprella, *Il frazionamento del credito nel processo*, Bari, 2015; D'Alessandro, *L'oggetto del giudizio di cognizione tra crisi delle categorie del diritto civile ed evoluzione del diritto processuale*, Torino, 2016, 316 ss.; Ghirga, *La frazionabilità del credito*, in *La meritevolezza della tutela richiesta: contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004, 181 ss.; Ead., *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 445 ss.; Di Biase, *Frazionamento giudiziale del credito unitario e conseguenze giuridiche*, in *Contratto e impresa*, 2016, 401 ss.

[3] Citando testualmente la sentenza da cui si traggono le mosse, Sez. Unite n. 7299 del 19 marzo 2025, p. 10, par. 5. A tal proposito, si rinvia alle riflessioni formulate da Dalla Massara, *'Il dovere professionale di conoscere la giurisprudenza': riflessioni metodologiche nella prospettiva dell'abuso del diritto*, in *Le clausole generali nel diritto privato. Il ruolo della giurisprudenza e i limiti alla discrezionalità dei giudici. Atti del Convegno in onore di Giovanna Visintini*, a cura di Arrigo e Pinori, Genova, 2024, quando afferma che: "La palestra offerta dal caso della domanda frazionata dimostra la necessità che sia superato il diaframma che in passato aveva tenuto separato il piano sostanziale dei problemi rispetto a quello processuale; ed è altrettanto chiaro che un recupero della dimensione storica dei problemi è indispensabile. Più in generale, soltanto una visione ampia ed estroflessa (nella quale certamente è compresa la comparazione in tutte le sue forme, sincronica e diacronica) consente di tentare una piena razionalizzazione dei problemi, che appaiono sempre più numerosi e sfaccettati".

nell'intento di delineare, con maggiore precisione, i contorni e i contenuti dell'abusivo frazionamento del credito.

La recente pronuncia delle Sezioni Unite trae origine dalla proposizione di due ricorsi per ingiunzione separati nell'ambito di uno stesso contratto di durata. Nel caso di specie, il ricorrente aveva chiesto contestualmente l'emissione di due distinti decreti ingiuntivi, riferiti a crediti maturati per prestazioni sanitarie erogate in due mesi diversi: il primo decreto, non opposto, era divenuto definitivo, mentre il secondo, relativo al credito maturato nel mese successivo, a seguito di opposizione veniva dichiarato improponibile dal Tribunale perché avente ad oggetto una frazione di un unico credito.

La Corte d'Appello confermava la decisione pronunciata dal giudice di prime cure, asserendo che la proposizione separata di più ricorsi per ingiunzione, relativi ad importi concernenti mensilità già esigibili – la mensilità di novembre 2008 dedotta in causa e quella di ottobre ingiunta, invece, con autonoma istanza monitoria accolta attraverso l'emissione di un decreto ingiuntivo non opposto – costituisse un frazionamento ingiustificato del credito con conseguente improponibilità della domanda giudiziale[4]. Difettava, nel caso di specie, la ragione giustificativa a fondamento della proposizione di plurime domande giudiziali o, comunque, un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata. Avverso la sentenza della Corte d'Appello, Alfa proponeva ricorso per Cassazione, al quale resisteva Beta con controricorso.

La Corte di Cassazione si occupa di chiarire se l'ingiustificato frazionamento di pretese creditorie afferenti a un medesimo rapporto debba produrre, quale rigorosa conseguenza, l'improponibilità della relativa domanda, in ogni caso. Vale a dire se la relativa sanzione consista nell'improponibilità dell'azione e, di riflesso, nella perdita del diritto sostanziale qualora questo non sia più azionabile in ragione della formazione del giudicato sul credito residuo. I Giudici di legittimità affermano che in tale ipotesi la domanda non risulterebbe più riproponibile in forma unitaria e, ove reiterata, dovrebbe essere dichiarata radicalmente inammissibile, per l'intervenuta formazione del giudicato c.d. materiale (o sostanziale) sulla frazione autonomamente azionata[5].

---

[4] L'ordinanza interlocutoria della Prima Sezione civile, n. 3643\2024, ha segnalato all'attenzione delle Sezioni Unite – nell'ambito del giudizio in parola – l'opportunità di chiarire se l'acclarato abuso del processo correlato all'indebito frazionamento di pretese creditorie afferenti ad un medesimo rapporto (per il quale il creditore non abbia fornito elementi idonei a giustificare la tutela frazionata) debba produrre la rigorosa conseguenza della improponibilità della pretesa, da intendersi "quale causa determinante della perdita del diritto sostanziale, quando questo non sia più validamente azionabile, come nel caso in cui sia impossibile agire senza frazionamento, per essersi formato il giudicato sulla parte residua della pretesa creditoria (situazione che si verificherebbe nel caso di specie, ove si mantenesse ferma l'esclusione di un interesse oggettivo alla tutela frazionata, in ragione della definitività dell'accertamento del credito relativo all'altra mensilità, oggetto di separato e coevo decreto ingiuntivo non opposto, che impedisce la riunione fra i diversi procedimenti)" v. sentenza delle Sezioni Unite n. 7299 del 19 marzo 2025, 4.

[5] Cfr. in specie Allorio, *Giudicato su domanda parziale*, cit., 399 ss.; Attardi *Frazionamento della domanda di danni*, cit., 537 ss.; Cerino-Canova, *Unicità del diritto e processo di risarcimento*, in *Riv.*

Non solo, il giudicato precluderebbe al creditore ogni ulteriore azione per il recupero delle porzioni residue, in forza dell'estensione degli effetti del dedotto al c.d. deducibile[6]. Ne consegue che ciò finirebbe per alterare gli stessi effetti della pronuncia di improponibilità "fino a trasformarla in vera e propria decisione di merito e sul merito vulnerando in via definitiva il diritto creditorio"[7], segnando la definitiva impossibilità per il creditore di veder soddisfatta integralmente la propria pretesa.

È la stessa ordinanza interlocutoria della Prima Sezione Civile n. 3643/2024, nel caso di specie, a sollecitare "nuove riflessioni" delle Sezioni Unite per ulteriormente ponderare se l'effetto processuale appena ipotizzato possa ritenersi non solo congruo, ma anche ragionevole e proporzionato[8]. In tal senso, non è da trascurare, tra gli effetti che ne deriva-

---

it. dir. lav., 1986, II, 439 ss.

[6] Sul tema v. Carratta, *L'oggetto del giudicato civile fra dedotto e deducibile* in *Riv. dir. proc*., 2024, 499 ss. In senso contrario al frazionamento della domanda vi sarebbero anche ragioni di ordine processuale; in particolare, per la violazione del principio per cui il giudicato investe, oltre che il dedotto, anche il "deducibile" del giudizio. A tal proposito, v. Cass., 30.1.1956, n. 270, in *Giust. civ*., 1956, I, 645; Cass., 9.10.1956, n. 3417 con nota critica di Scialoja in *Foro it*., 1957, I, 92 ss.; Cass., 15.9.1975, n. 3075, in *Mass. Giur. it*., 1975, 876 s.; Cass., 8.7.1981, n. 4488 con nota di Monateri, *La scindibilità del giudizio sul quantum*, in *Resp. civ. e prev*., 1982, 411 ss.; Cass., 23.10.1985, n. 5192 con nota di Ravagnani, *Identificazione dell'azione, interesse ad agire e giudicato,* in *Giur. it*., 1986, I, 1, 383 ss.; con nota di Attardi, *Frazionamento della domanda di danni ed estensione del giudicato*, cit., 537 ss.; con nota di Cerino-Canova, *Unicità del diritto e del processo di risarcimento*, cit., 439; con nota di Sassani, *In tema di pronuncia su danno futuro e di preclusione della successiva autonoma domanda*, in *Giust. civ.,* 1986, I, 1082 ss.; con nota di V. Cocchi in *Foro it*., 1986, I, 1383; Cass., 19.8.1987, n. 6952, in *Mass. Giur. it*., 1987, 1127; Cass., 6.8.1997, n. 7275 con nota di Ronco, *Azione e frazione: scindibilità in più processi del* petitum *di condanna fondato su un'unica* causa petendi *o* su causae petendi *dal nucleo comune, ammissibilità delle domande successive alla prima e riflessi oggettivi della cosa giudicata* in *Giur. it*., 1998, 889 ss. Secondo i criteri individuatori della domanda e i limiti oggettivi del giudicato, intesi nella loro reciproca relazione, intessuta dalla regola per la quale il giudicato copre, oltre al dedotto, anche il deducibile, v. Cossignani, *Credito unitario, unica azione*, cit., 467. Sui limiti oggettivi del giudicato in relazione al frazionamento del credito cfr. Menchini, Proto Pisani, *Oggetto del processo e limiti oggettivi del giudicato in materia di crediti pecuniari*, in *Foro it*., 1989, I, 2946 ss., secondo i quali il principio dispositivo accorda all'avente diritto soltanto la scelta se adire oppure no l'autorità giudiziaria per la tutela di una propria situazione soggettiva, e non attribuisce, invece, all'attore il potere di scindere all'interno del processo l'unità del rapporto giuridico sostanziale. Inoltre, poiché il processo verte sul diritto soggettivo dedotto nella sua consistenza globale, la decisione, per il tramite del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, investe l'entità sostanziale controversa nella sua integralità, precludendo il riesame non soltanto di ciò che è stato realmente dedotto, ma anche di ciò che, riguardando la struttura e la fattispecie del rapporto controverso, benché non dedotto, risultava comunque deducibile. Appare, pertanto, difficile accettare soluzioni che permettano all'attore di sottoporre nuovamente all'esame del giudice elementi o aspetti della situazione soggettiva accertata; cfr. anche Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 59 ss., l'Autore nega efficacia anche all'eventuale riserva di separata azione, elevata dall'attore, la quale non è ritenuta idonea ad estrapolare frazioni dall'entità sostanziale cui ineriscono, per farne oggetto di autonomi giudizi.

[7] V. sentenza delle Sezioni Unite n. 7299 del 19 marzo 2025, 4.

[8] Anche alla luce della giurisprudenza di matrice europea: in particolare, si fa riferimento alla

no, l'arricchimento ingiustificato del convenuto attinto da domanda frazionata e ritenuta improponibile, laddove si applichi la sanzione della perdita *de facto* del diritto sostanziale.

2. L'esigenza di ridefinire una linea operativa sulle conseguenze prodotte da un'abusiva parcellizzazione della pretesa creditoria

Si svela l'implicita esigenza di ridefinire una linea operativa in materia, recependo e valorizzando il percorso interpretativo proposto dalla giurisprudenza di legittimità, nel rispetto del principio della stabilità dei precedenti in materia processuale.

Prima di giungere alla scansione delle conseguenze applicative connesse all'ipotesi di frazionamento abusivo della pretesa creditoria, la Corte di legittimità opera una sistematica ricognizione delle principali categorie di ipotesi in cui la questione è stata trattata[9]. Lasciati ai margini i casi in cui il tema del frazionamento si fonde con la problematica del giudicato e ne rimane assorbito e i casi in cui è più appropriato parlare esclusivamente di abuso dello strumento processuale, i giudici di legittimità si concentrano, nella pronuncia in parola, sull'ambito di discussione in cui, più precisamente, è evocata la tematica dell'abusivo frazionamento del credito: intesa come frazionamento di una pretesa unitaria o di molteplici pretese che si iscrivono in un unitario e medesimo rapporto di durata, mediante la moltiplicazione delle azioni giudiziali[10].

---

sentenza della Corte EDU sez. I, 15 settembre 2016, *Trevisanato c. Italia* in causa n. 32610/07.

[9] Sono le Sezioni Unite, nella sentenza in oggetto, a rilevare che il tema dell'abusivo frazionamento del credito interseca profili sostanziali e processuali ed è richiamato in una pluralità di ipotesi eterogenee. A fronte di situazioni diverse (che si fondano su principi almeno in parte non sovrapponibili, sono state offerte nel tempo soluzioni differenziate, "espressione della variegata molteplicità di situazioni lambite dalla tematica del frazionamento del credito". Ad esempio, l'abusivo frazionamento del credito è stato affrontato in relazione alle domande di risarcimento dei danni derivanti da illecito contrattuale, nelle cui decisioni il fondamento della costante affermazione in termini di infrazionabilità si rinviene nell'esigenza primaria di evitare la contraddittorietà dei giudicati onde favorire in un contesto unitario l'accertamento del medesimo fatto lesivo (cfr. tra le molte Cass. n. 17019 del 2018, Cass. n. 26089 del 2019, Cass. n. 13732 del 2022, Cass. n. 6519 del 2019).

[10] È dunque in materia di obbligazioni contrattuali caratterizzate da rapporti che si protraggono nel tempo o da prestazioni professionali ad elevata ripetitività nei quali residuano le maggiori incertezze, che intersecano sia i profili interpretativi e sia le reali conseguenze e ricadute applicative. Secondo la Cassazione il medesimo rapporto di durata andrebbe letto in senso "storico/fenomenologico" con conseguente attribuzione ad essa del significato di "relazione di fatto" realizzatasi tra le parti nella concreta vicenda da cui deriva la controversia. Nel tempo la giurisprudenza della Corte si è occupata di tracciare una via motivazionale netta in relazione a questa individuata tipologia di casi, arrivando a specificare che la contemporanea esistenza di crediti giuridicamente eguali che siano riconducibili nell'ambito di un rapporto tra le stesse parti, impone che i crediti siano dedotti nello stesso giudizio salvo che l'attore non abbia un interesse oggettivo alla loro tutela frazionata (sul punto cfr. Cass. n. 24371/2021; n. 14143/2021; n. 28847/2021).

In via generale, viene riaffermato il percorso ricostruttivo operato dalla giurisprudenza maggioritaria che indica come conseguenza l'improponibilità della domanda stessa[11], qualora emerga dall'accertamento giudiziale l'insussistenza di un interesse meritevole di tutela alla proposizione frazionata, non precludendo, tuttavia, al creditore la riproposizione unitaria della domanda.

Tuttavia, l'assunto secondo il quale l'improponibilità della domanda non ne impedisce la riposizione unitaria non si presta ad essere applicato alla totalità delle ipotesi.

È chiaro, dunque, che la decisione di intervenire con il *plenum* della Suprema Corte è il frutto di una scelta di opportunità di riconsiderazione del problema nel suo complesso. Le Sezioni Unite intendono chiarire se la soluzione adottata dalla giurisprudenza di legittimità[12] – in termini di improponibilità della domanda a fronte di un abusivo frazionamento del credito – sia preferibile, anche nei casi in cui, in ragione dell'intervenuto formarsi del giudicato su parte della domanda, la stessa non sia in concreto riproponibile o se piuttosto appaia preferibile, e più conforme al principio di proporzionalità, limitarsi a sanzionare l'abusivo frazionamento del credito sul piano delle spese processuali, ricorrendo eventualmente agli strumenti forniti dall'art. 96 c.p.c.[13].

In altre parole, vi è la necessità di definire univocamente quali siano le conseguenze applicative in questi – limitati – casi in cui alla declaratoria di improponibilità della domanda frazionata non potrebbe far seguito l'introduzione di un altro giudizio in cui azionare unitariamente la pretesa, nella consapevolezza che "non di semplice impropo-

---

[11] A seguito della pronuncia delle Sezioni Unite n. 23726 del 2007 la dottrina si è interrogata sulla natura della pronuncia di "improponibilità" aderendo in parte alla tesi del rigetto in rito, in parte a quella del rigetto nel merito: nel primo senso, cfr. Veronese, *Domanda frazionata: rigetto per contrarietà ai principi di buona fede e correttezza*, cit., 806 e Ronco, (*Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti* cit., 935, secondo l'Autore il processo intentato dal frazionante per recuperare solo una parte del credito dovrebbe concludersi con una pronuncia di mero rito, ma solo nell'ipotesi in cui l'attore, reso edotto dal giudice dell'anomalia nella quale è incorso proponendo una domanda frazionata, non fornisca una sufficiente ragione della limitazione; nel senso del rigetto nel merito De Cristofaro, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, cit., 344.

[12] In questo senso, si confronti, Cass. n. 31012 del 2017; Cass. n. 17893 del 2018; Cass. n. 26089 del 2019, che fa riferimento sia alla categoria dell'inammissibilità che a quella dell'improponibilità; Cass. n. 14143 del 2021; Cass. n. 24371 del 2021; Cass. n. 16508 del 2023 e Cass. n. 19054 del 2023 in tema di rapporti di accreditamento di strutture sanitarie. Alcune delle sentenze richiamate hanno precisato che la pronuncia di improponibilità è solo in rito, e come tale non preclude il successivo esame della domanda nel merito, in quanto il creditore conserva la facoltà di riproporre la domanda in un altro giudizio, in cumulo oggettivo *ex* art. 104 c.p.c. con tutte le altre relative agli analoghi crediti sorti nell'ambito della menzionata relazione unitaria tra le parti.

[13] Alcuni precedenti giurisprudenziali, espressione di un orientamento (finora) minoritario, ritengono sia possibile individuare le conseguenze della violazione del divieto di parcellizzazione del credito, facendole ricadere esclusivamente sul piano della regolamentazione delle spese di giudizio. In particolare, si segnalano Cass. n. 8184 del 2023, Cass. n. 16508 del 2023, Cass. n. 6513 del 2023 e Cass. n. 13606 del 2024.

nibilità si tratterebbe ma di vera e propria inammissibilità"[14] e ciò si tradurrebbe nella implicita affermazione che la violazione del divieto di abusivo frazionamento del credito, nel caso in cui sull'altra porzione di credito si sia formato il giudicato, è punita con la sanzione "obiettivamente sproporzionata della confisca del diritto di azione"[15].

È proprio nel caso sottoposto al vaglio delle Sezioni Unite che il problema della congruità della conseguenza della statuizione di improponibilità della domanda si ripropone, con la netta consapevolezza che si realizzerebbe la perdita definitiva di una parte o dell'intero credito.

In questi casi la soluzione finora accolta – che propende verso l'affermazione dell'improponibilità della domanda – è incompatibile con il principio di proporzionalità, oltre a compromettere il necessario bilanciamento tra il diritto all'azione e il diritto al giusto processo[16]. Secondo i Giudici di legittimità non pare si possa prescindere, nel silenzio del legislatore, dalla "necessità di pervenire ad un corretto bilanciamento che

---

[14] V. sentenza delle Sezioni Unite n. 7299 del 19 marzo 2025, 26.

[15] V. sentenza delle Sezioni Unite n. 7299 del 19 marzo 2025, 27.

[16] Pare rilevante notare come il principio di proporzionalità abbia trovato traduzione nell'*Eli-Unidroit model european rules of civil procedure*. (Rule 5(1)): "The court must ensure that the dispute resolution process is proportionate". (Rule 5(2)): "In determining whether a process is proportionate the court must take account of the nature, importance and complexity of the particular case and of the need to give effect to its general management duty in all proceedings with due regard for the proper administration of justice". Trattasi delle *European Rules of Civil Procedure* adottate nel 2020 *dall'European Law Institute e dall'Unidroit*, sulla scia dei *Transnational Principles of Civil Procedure* e delle *Transnational Rules of Civil Procedure*, stese dall'*American Law Institute* e dall'*Unidroit* nel 2004. Per il testo di questa legge modello v. *Eli – Unidroit Model European Rules of Civil Procedure*, Oxford, 2021. L'elaborazione delle Regole *Eli-Unidroit* rappresenta un'apertura verso una costruzione dialogica dell'identità europea, intesa come "discorso" che attraversa e connette le diverse culture giuridiche nazionali. Entro tale cornice, il principio di proporzionalità, da intendersi sia sul piano operativo – come utilizzo proporzionato del mezzo di ricorso – sia quale criterio di bilanciamento tra la pretesa e i costi della sua attuazione, è posto in una correlazione, seppur sottesa, con il principio di cooperazione. L'obiettivo è quello di realizzare una 'commisurazione' tra l'uso del processo e le risorse disponibili, anche in una prospettiva sociale. Oltre al pregiudizio economico che può derivare al singolo – come nel caso di specie – è rilevante osservare come le regole mirino a disincentivare un uso eccessivo e sproporzionato della funzione giurisdizionale. Per un'analisi dei profili salienti delle Regole *Eli-Unidroit*, con particolare riguardo all'interrelazione tra il principio di cooperazione, il principio di proporzionalità e il principio di composizione consensuale delle controversie, nonché alla struttura del processo di cognizione, v. Caponi, *Le regole modello europee Eli-Unidroit sullo sfondo della riforma italiana del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 717 ss. e ancora prima Id., *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*. 2011, 389 ss., Id., *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?,* in *Foro it*., 2008, 133, 1519-1525. Per un'introduzione ai fondamenti delle *Model European Rules of Civil Procedure*, con particolare riguardo a loro genesi, modalità di confezione ed aree di intervento, si rimanda a R. Stürner, *The Eli/Unidroit Model European Rules of Civil Procedure. An Introduction to Their Basic Conceptions*, in *RablesZ*, 2022, 421 ss. e Stadler, Smith, Inchausti, *European Rules of Civil Procedure. A commentary on the Eli/Unidroit Model Rules*, Cheltenham, 2023, 27 ss.

tenda a realizzare un ragionevole accomodamento tra i diritti in contesa"[17]. Diversamente opinando, non si terrebbe conto del mutato contesto normativo – caratterizzato sia da un rinnovato corredo di norme e strumenti processuali, sia da un'evoluzione nell'interpretazione giurisprudenziale – ove l'unicità e la centralità del rito a cognizione ordinaria segnano un indubbio spostamento verso una più marcata valorizzazione del principio del contraddittorio e del suo pieno rispetto[18].

Allo scopo di superare tale criticità la Corte costruisce un preciso impianto argomentativo: l'architrave delle soluzioni prospettate si fonda sul principio di proporzionalità, sul necessario bilanciamento tra il diritto all'azione e sul principio della strumentalità delle forme che, sottesi al principio del giusto processo *ex* art. 111 Cost. e art. 6 della CEDU, costituiscono le premesse teoriche della motivazione[19].

---

[17] La Corte di Cassazione richiama, nella sentenza in parola, le parole della Cass. S.U. n. 24414/2021 muovendo dal dato sia dei giudici costituzionali che di quelli comuni che fra diritti fondamentali non esiste un diritto "tiranno" e che dunque non può di conseguenza esistere nemmeno l'idea di un "abuso tiranno" in grado di comprimere ogni oltre comprensibile limite di ragionevolezza e proporzionalità i diritti delle parti in causa.

[18] V. sentenza n. 7299 del 19 marzo 2025 delle Sezioni Unite , 32, ove si legge che: "Al testo originario del codice di procedura civile si sono sovrapposte modifiche a livello costituzionale e riforme processuali che hanno modificato l'impostazione di base passando da una pluralità di riti attraverso i quali esercitare il diritto di azione a scelta della parte (...) alla situazione inversa, di tendenziale unicità o comunque di centralità del rito a cognizione ordinaria, all'interno del quale (...) è stata valorizzata una aumentata sensibilità verso il rispetto pieno del diritto al contraddittorio". In materia, cfr. Donzelli, *Note sul nuovo art. 101 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc*., 2023, 1, 214-230, secondo il quale dall'art. 101 c.p.c, così come modificato dal d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 149, emerge la volontà del legislatore delegato di «rafforzare le garanzie processuali», tenuto conto delle modifiche apportate alla disciplina del processo ordinario, nonché in riferimento al nuovo rito semplificato di cognizione, e anche Delle Donne, *Principio del contraddittorio (art. 101 c.p.c.)*, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di Tiscini, Pisa, 2022, 63 s., che si interroga se d'ora in poi la violazione del contraddittorio debba comportare anche la lesione del diritto di difesa e giunge a distinguere tra ipotesi di contraddittorio «forte» (relativo alle previsioni speciali attinenti alla fase genetica del processo) e ipotesi di contraddittorio «debole» (relativo a «tutti gli altri infiniti casi in cui la legge prescrive, nel corso del processo ed in qualunque forma, il dibattito delle parti su un tema prima che il giudice assuma le pertinenti determinazioni»). Sembra, dunque, che gli Ermellini, nella sentenza n. 7299 del 19 marzo 2025, abbracino un'interpretazione 'garantista' del principio del contraddittorio, in linea con la giurisprudenza costituzionale, in particolare con la sentenza n. 96 del 2024 della Corte Costituzionale, con la quale la Consulta ha ritenuto il nuovo art. 171 *bis* c.p.c. compatibile con i principi costituzionali, optando per un'interpretazione adeguatrice della disposizione, in tal modo conciliando al meglio le verifiche preliminari con il principio del contraddittorio. Si rimanda, a tal proposito, alla vivace discussione sul punto di Romano, *L'interpretazione adeguatrice dell'art. 171-bis c.p.c.*, in *Giur. it*., 2024, 2094 ss.; Colesanti, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc*., 1975, 289 ss. e De Cristofaro, *La Consulta ed il 171 bis c.p.c.: il contraddittorio "è " solo se è preventivo*, in *Giur. it.*, 2024, 2099 ss.

[19] Sul punto, si veda Trocker, *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di Capponi e V. Verde, Napoli, 2002, 595 ss.; Costantino, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo civile". Le garanzie*, in *Riflessioni*

Viene così a delinearsi una vera e propria linea guida operativa, funzionale a offrire al giudice di merito uno strumento ermeneutico idoneo a orientarne la decisione. Ne consegue che, nei casi in cui i diritti di credito – oltre a derivare da un medesimo rapporto di durata tra le stesse parti – risultino accomunati da un'identità o stretta analogia di fatti costitutivi e siano "in proiezione iscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato oppure fondati sul medesimo o su analoghi fatti costitutivi il cui accertamento separato si traduca in un inutile e ingiustificato dispendio dell'attività processuale"[20], non possono essere azionati in separati giudizi, a meno che non si accerti la titolarità, in capo al creditore, di un apprezzabile interesse alla tutela processuale frazionata.

Pertanto, una volta che la questione sia stata sollevata in giudizio e il contraddittorio regolarmente instaurato, anche mediante la concessione dei termini di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c.[21], il giudice è chiamato a verificare in via preliminare l'esperibilità degli strumenti processuali volti alla concentrazione della pretesa. Tra questi, la riunione delle cause *ex* art. 274 c.p.c., qualora pendenti presso lo stesso ufficio giudiziario, rappresenta l'ipotesi paradigmatica.

La finalità della Corte sembra quella di individuare un percorso argomentativo che consenta di ritenere possibile lo svolgimento di un solo processo quale occasione per far valere tutte le pretese creditorie deducibili e riconducibili all'unica "vicenda esistenziale"[22].

Solo a seguito di tale verifica sarà possibile procedere alla valutazione della sussistenza di un interesse oggettivo all'accertamento separato del credito, da intendersi non come mera esigenza di fatto, ma quale interesse giuridicamente rilevante e meritevole di tutela[23]. Tale esame si configura, quindi, come un autentico scrutinio assiologico volto

---

sulla giustizia (in)civile, Torino, 2011, 354.

[20] V. sentenza delle Sezioni Unite n. 7299 del 19 marzo 2025, 36.

[21] Si fa riferimento al rito previgente alla riforma del processo civile operata dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (cosiddetta "Riforma Cartabia"). Tale intervento normativo ha profondamente inciso sull'art. 183 c.p.c., eliminando il sesto comma che prevedeva i termini per le memorie istruttorie successive all'udienza di trattazione, anticipando ora la maggior parte delle preclusioni nella fase introduttiva del giudizio.

[22] Sul punto si confronti Ghirga, *Frazionamento dei crediti, rapporti di durata e interesse ad agire*, in *Riv. dir. proc*., 2017, 1316.

[23] Pare che la pronuncia segnalata avvalori la ricostruzione meno restrittiva (cfr. Cass. n. 4090 e 4091 del 2017) per cui le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito – anche se relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti – possono essere proposte in separati processi, a condizione che sussista un giustificato oggettivo interesse del creditore ad agire frazionatamente. Si rimanda a Cass., Sez. Unite del 6 febbraio 2017, n. 4090, con nota di Barafani, *I fondamenti giudiziali del dibattito sul frazionamento giudiziale del credito*, in *Giur. It*., 2017, 1089 ss.; con nota di Ghirga, *Frazionamento dei crediti, rapporti di durata e interesse ad agire*, cit., 1302 ss.; con nota di Asprella, *Il frazionamento dei diritti connessi nei rapporti di durata e nel processo esecutivo*, in *Corr. Giur*., 2017, 975 ss.; con nota di Corrado, *Diritti di credito diversi? Se relativi allo stesso rapporto possono essere fatti valere separatamente*, in *Dir. & Gius*., 2017, 31, 7 ss.; con nota di Galletti, *Frazionamento abusivo del credito: i chiarimenti delle Sezioni Unite*, in *Argomenti Dir. Lav*., 2017, 1252.

a verificare la piena conformità dell'interesse oggettivo all'accertamento frazionato del credito ai criteri di correttezza e liceità propri dell'ordinamento. Valga la pena rilevare che "il giudice deve in ogni caso motivare, sulla sussistenza o l'insussistenza di un interesse che giustifichi il frazionamento della domanda; qualora ritenga abusivo il frazionamento, dovrà di regola pronunciare l'improponibilità della domanda"[24], con la precisazione che si tratti di una declinatoria in rito della domanda creditoria volta al recupero di una porzione dell'intero, e che dunque non dispiegherebbe alcuna efficacia vincolante su eventuali futuri processi[25].

Qualora però il giudice accerti che l'eventuale declaratoria di improponibilità non avrebbe natura meramente processuale, poiché la domanda non risulterebbe più unitariamente riproponibile in un diverso giudizio, egli è tenuto a decidere nel merito, anche in presenza di un abusivo frazionamento della pretesa.

In altre parole, il giudice sarebbe tenuto, comunque, a pronunciarsi nel merito della domanda, ovvero sull'esistenza e la consistenza del credito, anche qualora accerti l'inesistenza di un interesse oggettivo meritevole di tutela ad agire frazionatamente, dando atto che la domanda non sarebbe altrimenti riproponibile, poiché una soluzione di segno opposto – orientata, cioè, a dichiarare, come accade di regola, la mera improponibilità della domanda anche quando essa non possa essere effettivamente riproposta – non apparirebbe conforme al principio del giusto processo in quanto si tradurrebbe nella sproporzionata sanzione della "confisca del diritto di azione".

In tal caso, sempre previa motivata valutazione discrezionale, l'attore potrà essere sanzionato per la violazione dei doveri di lealtà e probità processuale attraverso la condanna alle spese di lite sulla base del combinato disposto degli artt. 88 e 92 primo comma c.p.c., benché sia riconosciuto vincitore, scindendo in tal modo la condanna alle spese dalla soccombenza[26]. Così facendo si sanzionerebbe in maniera efficace la scorrettezza processuale in cui incorre il creditore che non ottemperi ai doveri di correttezza e buona fede, senza pregiudicare irrimediabilmente le sue, pur legittime, pretese e salvaguardando nel contempo la posizione del debitore[27].

---

[24] V. sentenza delle Sezioni Unite n. 7299 del 19 marzo 2025, 36.

[25] Si vedano, in tal senso, Veronese, *L'improponibilità della domanda frazionata: rigetto in rito o nel merito?*, cit., 813 ss.; Montanari, *Note minime sull'abuso del processo civile* in *Corr. giur*., 2011, 556 ss.

[26] Sulla questione della condanna alle spese giudiziali indipendentemente dalla soccombenza si veda Cordopatri, *L'abuso del processo, I, Presupposti storici,* e *II, Diritto positivo*, Padova, 2000; più di recente, Id., *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 2005, 249 ss.

[27] Sul tema, per una comparazione diacronica tra la moderna idea di abuso del diritto e l'antico strumento dell'eccezione di dolo generale v. dalla Massara, *Abuso del diritto e dolo generale: un confronto tra modelli concettuali* in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2016, 1169-1203 e Id., *Eccezione di dolo generale*, exceptio litis dividuae *e domanda frazionata*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di Garofalo, Padova, 2006, 259 ss.

3. Conclusioni: la sanzione processuale *ex* art. 92 c.p.c.

Sono i doveri di lealtà e probità processuale – oggetto di un'interpretazione estensiva, alla luce della buona fede oggettiva – a costituire il fulcro operativo della soluzione adottata dalla Corte di legittimità in materia di frazionamento abusivo del credito. Tali doveri, in quanto criteri immanenti all'ordinamento processuale, impongono una lettura dell'art. 88 c.p.c. orientata ai valori costituzionali della ragionevole durata e di 'giustezza' del processo[28].

Deve quindi desumersi che a fronte di una domanda non effettivamente riproponibile, il giudice debba, anche qualora accerti l'inesistenza di un effettivo interesse oggettivo ad agire frazionatamente, pronunciarsi sul merito della domanda – ovvero sull'esistenza e sulla consistenza del credito – dando atto che la domanda non potrebbe essere nuovamente proposta.

Non potendosi precludere il diritto all'accertamento nei casi indicati, dunque, le conseguenze dell'abuso opererebbero esclusivamente sul piano delle spese giudiziali, impedendo che l'ingiustificata parcellizzazione del credito resti priva di sanzione. In questo senso, la pronuncia si mostra sensibile agli sviluppi dottrinali: recepisce, infatti, le istanze teoriche che da tempo sollecitano una diversa lettura della materia[29] e afferma la possibilità di disincentivare la prassi della parcellizzazione della domanda attraverso la sanzione del "comportamento" scorretto del creditore sul piano processuale, mediante la motivata attribuzione del carico delle spese giudiziali ai sensi dell'art. 92 c.p.c., per la violazione della norma di cui all'art. 88 c.p.c[30].

---

[28] Si vedano, tra gli altri, Calogero, *Probità, Lealtà e veridicità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ*., 1939, I, 136 ss. Scarselli, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1998, 91 ss. Comoglio, *Dovere di lealtà e probità*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Comoglio, Consolo, Sassani e Vaccarella, vol. I, Torino, 2012, 1117 ss., più di recente Gradi, *L'obbligo di verità delle parti,* Torino, 2018, 259 ss. e Id., *Doveri delle parti e dei terzi (artt. 96, 118, 121, 210, 213 c.p.c.)* in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di Tiscini, Pisa, 2022, p. 63 ss., secondo l'Autore il collegamento con il principio del giusto processo è esplicitamente richiamato anche dalla relazione governativa di accompagnamento allo schema di decreto legislativo, a pagina 10, ove si legge che: "Con il principio di leale collaborazione si è inteso rafforzare i principi di lealtà, di trasparenza, che devono improntare il giusto processo".

[29] La pronuncia commentata, nel riferirsi all'ulteriore potenzialità sanzionatoria dello strumento delle spese, afferma che: "Tale utilizzo è stato auspicato in dottrina fin dai primi comenti alla sentenza n. 23726 del 2007". Si vedano, a tal proposito, le soluzioni prospettate da dalla Massara, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza*, cit., 345-362.

[30] Questo strumento, il cui utilizzo costituisce – come ricordato dalla Corte di Cassazione – una facoltà discrezionale prevista dal codice di rito fin dalla sua prima stesura, è rimesso alla prudente e motivata valutazione del giudice e consente di sanzionare in maniera efficace il "comportamento processuale del creditore" a fronte di un abuso del processo, senza tuttavia pregiudicare irrimediabilmente le sue, pur legittime, pretese. La giurisprudenza ha fatto, negli anni, un uso debitamente circoscritto di tale strumento alle ipotesi di grave violazione dei doveri di lealtà e probità processuale (il numero delle massime sul tema è, difatti, molto ridotto, v. Cass. n. 1038 del 1967, Cass. n. 837 del 1970, Cass n. 2174 del 1986, Cass. n. 1743 del 1996, Cass. n. 13427 del 2023)

Un siffatto meccanismo correttivo in punto di spese processuali diventerebbe, nella prospettiva offerta dalla Corte di legittimità, misura idonea a sanzionare la condotta di abuso del processo senza tuttavia incidere sul diritto sostanziale del creditore in modo irreparabile e definitivo sulle prerogative di rango costituzionale, di accesso alla tutela giurisdizionale.

La Corte di Cassazione chiarisce il confine tra legittimo esercizio dell'azione di accertamento del credito e abuso nel frazionamento, mantenendo distinti il profilo della fondatezza della domanda da quello attinente alle modalità di proposizione della stessa, nel rispetto del principio del giusto processo. Tale principio rappresenta non solo il parametro costituzionale essenziale per contrastare gli abusi processuali, ma anche il punto di riferimento strutturale attorno a cui ruota l'intero assetto dell'attività giudiziaria e la chiave per un'interpretazione evolutiva della disciplina processuale, divenendo – per dirlo con le parole della Corte di legittimità – la "lente valoriale" attraverso cui rileggere e attualizzare le norme primarie. La nozione di giusto processo si arricchisce quindi di un contenuto sorprendente, poiché è chiamata ad esprimere il divieto di frazionamento giudiziale di un credito unico sul piano sostanziale.

Le Sezioni Unite – nel solco delle sentenze nn. 23726/2007 e 4090/2017 – riaffermano che il frazionamento della pretesa creditoria derivante da un unico rapporto obbligatorio costituisce abuso del processo, qualora non sia sorretto da un interesse oggettivamente apprezzabile[31]. Ciò che si considera opportuno contrastare non è, quindi, unicamente, il frazionamento del credito in sé considerato, ma il suo abuso "nella veste bifronte del frazionamento ingiustificato della pretesa creditoria e della proliferazione delle azioni volte all'accertamento di uno stesso credito o di crediti del tutto analoghi che si inseriscono in una relazione di durata tra debitore e creditore"[32], impiegando in tal senso l'organizzazione giudiziaria senza che vi sia un reale interesse meritevole di tutela.

---

[31] "Gli anni più recenti sono contrassegnati dall'irrompere sulla scena della categoria dell'abuso del processo" come afferma Boccagna, *Il frazionamento giudiziale del credito tra (in)disponibilità dell'oggetto del processo e "meritevolezza" della tutela*, in *Storia Metodo e Cultura*, 2022, 2013 ss. Sul tema, senza alcuna pretesa di completezza, cfr. Montanari, *Note minime sull'abuso del processo civile,* cit., 2011, 556 ss.; Taruffo, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 874 s.; Ghirga, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, 15 s.; Nicotina, *L'abuso nel processo civile*, Roma, 2005, 14 s.; Cordopatri, *L'abuso del processo*, II, Padova, 2000, spec. 85 s.; Id., *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 874 s.; Comoglio, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 319 s.; Ansanelli, *Abuso del processo*, in *Dig. civ.*, Agg., I, Torino, 2007, 1 s.; Dondi, *Abuso del processo (dir. proc. civ.,)*, in *Enc. del dir.*, *Annali*, III, Milano, 2010, 1 s.; Serio, *L'abuso del processo: una ricerca comparatistica*, in *Il giust. proc. civ.*, 2014, 119 s.; Ghirga, *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, cit. 445 ss.; G. Verde, *L'abuso del diritto e l'abuso del processo (dopo la lettura del recente libro di Tropea)*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1085 ss.; Aa.Vv., *L'abuso del processo. Atti del XXVIII Convegno nazionale dell'Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile (Urbino, 23-24 settembre 2011)*, in *Quaderni dell'Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile*, Torino, 2012; v. per tutti, Chizzini, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907,* in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2018, 349 ss. e ivi copiosi riferimenti dottrinali.

[32] V. sentenza delle Sezioni Unite n. 7299 del 19 marzo 2025, 24.

La sentenza n. 7299 del 2025 rappresenta una tappa significativa nel percorso evolutivo della giurisprudenza in tema di frazionamento del credito, nella misura in cui si propone di coniugare l'esigenza di efficienza processuale con la garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale. In particolare, la pronuncia si distingue per aver riconosciuto all'art. 92, comma 2, c.p.c. una portata funzionalmente rilevante, tale da legittimare l'attribuzione delle spese di lite, anche in deroga alla regola della soccombenza. La Corte valorizza, difatti, un criterio di giustizia sostanziale, fondato su un bilanciamento tra il diritto d'azione e il dovere di lealtà processuale: entro tale prospettiva, lo strumento delle spese di lite viene arricchito di una ulteriore funzione sanzionatoria, volta a contenere gli effetti distorsivi del frazionamento, colpendo le condotte processuali abusive poste in essere in violazione dei doveri richiamati.

Si rileva un netto potenziamento della funzione sanzionatoria inerente agli oneri processuali, i quali assumono la valenza di strumento di 'riequilibrio sistemico' nei confronti di condotte formalmente lecite ma sostanzialmente abusive, idonee a comprimere le garanzie difensive della controparte e a compromettere l'efficienza dell'apparato giurisdizionale. Tale interazione valoriale legittima l'applicazione della sanzione processuale *ex* art. 92 c.p.c. nei casi di esercizio dell'azione in modalità eccedenti o devianti rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale, comportando una duplice violazione della buona fede processuale e una rilevante incidenza negativa sia sulla ragionevole durata del procedimento – per l'incremento artificioso del contenzioso e lo spreco di risorse pubbliche e private – sia sull'esito finale, con conseguente pregiudizio all'art. 111 Cost. e all'art. 6 della CEDU.

Abstract

Il tema dell'abusivo frazionamento del credito torna all'attenzione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, con la pronuncia n. 7299 del 19 marzo 2025, ne hanno ulteriormente precisato il significato, definendo le conseguenze applicative derivanti dalla proposizione giudiziale parcellizzata di pretese creditorie afferenti a una medesima "vicenda esistenziale". Pur ribadendo la necessità di contrastare l'uso distorto dello strumento processuale, viene posto in evidenza il rischio di effetti disfunzionali laddove la sanzione si traduca nella sostanziale confisca del diritto di azione. In tale prospettiva, la sanzione processuale della condanna alle spese, ai sensi dell'art. 92, co. 2, c.p.c., si rivela una risposta calibrata a condotte abusive che, pur meritevoli di censura, non giustificano una definitiva preclusione del diritto sostanziale, orientando l'interprete verso soluzioni che garantiscano l'effettività della tutela giurisdizionale e l'efficienza del processo.

The issue of abusive fragmentation of credit claims has returned to the attention of the United Sections of the Supreme Court of Cassation. In ruling no. 7299 of 19 March 2025, the Court proceeded to further clarify its meaning and define the practical consequences arising from the parcelled-out judicial assertion of credit claims pertaining to the same "existential vicissitude". While reaffirming the necessity to counteract the distorted use of procedural instruments, the ruling highlights the risk of dysfunctional effects where the sanction amounts to a substantial confiscation of the right of action. In this perspective, the procedural sanction

of the order to pay costs, pursuant to Article 92(2) of the Italian Code of Civil Procedure, proves to be a calibrated response to abusive conduct that, although deserving of censure, does not justify the definitive preclusion of the substantive right, directing the interpreter towards solutions that guarantee the effectiveness of judicial protection and the efficiency of the process.

Intelligenza artificiale e atti giudiziari

Fabrizio Calisai
Prof. ass. dell'Università di Sassari

Sommario: 1. Il caso: utilizzo dell'i.a. generativa e allucinazione del sistema. Profili definitori e impostazione della problematica. – **2.** Principali profili giuridici connessi all'interazione uomo-macchina. – **3.** (Ri)costruzione di un regime di responsabilità civile derivante dall'utilizzo di un sistema di i.a. generativa come chatGPT. – **4.** Brevi considerazioni conclusive.

1. Il caso: utilizzo dell'i.a. generativa e allucinazione del sistema. Profili definitori e impostazione della problematica

Alcuni passaggi di una recentissima pronuncia emessa dal Tribunale di Firenze[1] in tema di intelligenza artificiale generativa, si rivelano potenzialmente interessanti, per il civilista, sotto molteplici aspetti. Ci si trova di fronte, in primo luogo, a uno dei primi[2], se

[1] Trib. Firenze, Sez. spec. Impresa, 14 marzo 2025, in *Guida al dir.*, 2025, 13.

[2] Per un caso simile, che coinvolge l'utilizzo di un sistema di i.a in parte differente, qualificabile come *chatbot*, si segnala la pronuncia *Civil Resolution Tribunal of British Columbia - Est. Rivers* - 14 febbraio 2024, annotata da Sammarco, *Osservazioni sulla responsabilità da informazioni inesatte fornite da un chatbot*, in *Dir. informaz. informatica*, 1, 2024, 129 ss. I *chatbot* sono definibili come sistemi automatizzati che forniscono informazioni, rispondendo agli input e alle richieste degli utenti che visitano il sito web. I *chatbot*, per quanto evoluti, rappresentano comunque dei "semplici" programmi informatici che rispondono a una *query* con una singola riga, oppure più sofisticati, come gli assistenti digitali, che apprendono e si evolvono per fornire livelli crescenti di personalizzazione, quando raccolgono ed elaborano le informazioni. Guidati da AI, regole automatizzate, elaborazione in linguaggio naturale (NLP) e machine learning (ML), i *chatbot* elaborano i dati per fornire risposte a richieste di ogni tipo. Esistono due principali tipologie di *chatbot*. I *chatbot* dedicati alle attività (c.d. dichiarativi) sono programmi monouso che si concentrano sull'esecuzione di

non il primo importante indice giurisprudenziale, per lo meno a livello del nostro ordinamento, utile a fornire delle linee guida in merito all'utilizzo, anche a scopo lavorativo e professionale, dell'intelligenza artificiale c.d. generativa. In secondo luogo, potrebbe rivelarsi utile, anche a prescindere dal caso specifico, per cristallizzare un principio giuridico applicabile all'interazione uomo-macchina e, in particolare, alle conseguenze di un utilizzo "disfunzionale" del sistema da parte dell'utente umano.

Il caso vede coinvolto un professionista legale che aveva utilizzato un diffuso sistema di intelligenza artificiale denominato chatGPT – acronimo di *Chat Generative Pre-Trained Transformer* – per effettuare una ricerca giurisprudenziale, utile a corroborare, attraverso la citazione di precedenti conformi, la linea difensiva impostata nel procedimento in corso a sostegno degli interessi del proprio assistito. Si tratta, a ben vedere, di un'attività che i professionisti legali svolgono da sempre, e che può rappresentare uno degli aspetti fondamentali per l'impostazione di una efficace linea difensiva nell'ambito di un processo.

Nel caso *de quo*, il sistema di intelligenza artificiale, probabilmente colpito da una c.d. "allucinazione" – aveva individuato, all'esito della ricerca, dei risultati non conferenti, fornendo, nello specifico, dei riferimenti a pronunce giurisprudenziali di fatto inesistenti[3],

> «*il cui contenuto reale non corrisponde a quello riportato*».

Più precisamente,

> «*In questo caso lo strumento di intelligenza artificiale avrebbe inventato dei numeri asseritamente riferibili alle sentenze di Cassazione, inerenti all'aspetto soggettivo dell'acquisto di merce contraffatta, il cui contenuto, invece, non ha nulla a che vedere con tale argomento*».

Tali risultati venivano poi trasfusi nel corpo degli scritti difensivi e citati a sostegno di una linea difensiva già comunque precedentemente elaborata dal professionista. A riguardo, si precisa che:

---

una funzione. I *chatbot* predittivi basati sui dati (di conversazione) sono spesso indicati come assistenti virtuali o assistenti digitali e sono molto più sofisticati, interattivi e personalizzati rispetto ai chatbot dedicati alle attività. La pronuncia sopra citata evidenzia l'esistenza, in capo al gestore di un sito web che utilizzi un *chatbot*, di un obbligo di diligenza, declinabile nel dovere di fornire agli utenti che interagiscono con tale sistema dichiarazioni e informazioni accurate e non fuorvianti. Tra i primi contributi in argomento, Sartor, *Gli agenti software, nuovi soggetti del cyberdiritto?* in *Contr. impr.*, 2002, 465 ss. L'A. qualifica questi programmi alla stregua di software capaci di azioni autonome in contesti complessi. Per la definizione di *chatbot* si rimanda al sito *www.oracle.com/it*.

[3] Caso analogo si era verificato presso la Corte di Manhattan, di fronte alla quale un avvocato aveva citato, per la difesa del proprio assistito, precedenti giurisprudenziali inesistenti, totalmente inventati dal sistema chatGPT. Riferimenti in Tenore, *Riflessioni sulle diverse questioni giuridiche ed esistenziali derivanti dal crescente utilizzo di intelligenze artificiali*, in *Dir. relaz. ind.*, 3, 2024, 666 ss., ed ivi a 674.

«*La reclamata, pur riconoscendo l'omesso controllo sui dati così ottenuti, ha chiesto lo stralcio di tali riferimenti, ritenendo già comunque fondata la propria linea difensiva*».

In conseguenza di ciò, la controparte chiedeva l'applicazione dell'art. 96 c.p.c., disposizione che incorpora una fattispecie di responsabilità aggravata che si attiva «per avere agito o resistito in giudizio con malafede o colpa grave», e la conseguente condanna al risarcimento del danno.

In questa sede, tuttavia, l'attenzione non sarà diretta all'applicazione della norma processuale di cui sopra, ricondotta nell'alveo della responsabilità extracontrattuale e recisamente negata dai giudici fiorentini, in quanto il reclamante non ha, di fatto,

«*spiegato alcuna allegazione, neppure generica, dei danni subiti a causa dell'attività difensiva espletata dalla controparte*».

Risulta maggiormente utile, a parere di chi scrive, concentrare il focus dell'analisi, perimetrandolo e calibrandolo principalmente sulle conseguenze dell'utilizzo del sistema di intelligenza artificiale e quindi sull'interazione uomo-macchina, anche e soprattutto al fine di comprendere come (ri)costruire un funzionale sistema di responsabilità, nelle ipotesi in cui l'allucinazione del sistema arrechi dei danni ai terzi.

Nel corpo del recente Regolamento UE 2024/1689, il legislatore europeo definisce l'intelligenza artificiale come «un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali.»[4]. Per semplificare, si tratta di sistemi informatici complessi ed evoluti, capaci di elaborare dati in maniera molto rapida, ragionare, comunicare e soprattutto apprendere nel corso del loro utilizzo, che può essere oramai paragonato a un vero e proprio ciclo vitale[5]. Il fenomeno rappresentato dall'intelligenza artificiale è certamente attuale e trasversale e consente un approccio variegato e multidisciplinare, secondo prospettive economiche, sociali, giuridiche ed etiche[6].

Sotto quest'ultimo profilo, emerge la preoccupazione manifestata da scienziati, esperti e tecnici, derivante dal sempre maggiore utilizzo di tali sistemi informatici, ai quali vengono oramai interamente delegate attività umane anche di natura creativa, discrezionale e intellettuale. Tale preoccupazione si estende anche alla possibilità che, nel

---

[4] Vedi art. 3, Regolamento UE 2024/1689, rubricato, appunto, «Definizioni».

[5] Cfr. D'Avanzo, *Intelligenza artificiale e tutela dell'ambiente*, in *Diritto giur. agr. alim. amb.*, 2, 2019, 1 ss.

[6] Sul punto, con riferimento, in particolare, alla rivoluzione in essere nel mercato del lavoro in conseguenza del ricorso alle nuove tecnologie e all'emersione di nuovi diritti soggettivi in capo al lavoratore, cfr., Costantino, *Nuovi diritti soggettivi: il diritto di disconnessione e il diritto al controllo umano sull'algoritmo,* in *Dir. fam. pers.*, 3, 2024, 1600 ss.

prossimo futuro, sistemi informatici sempre più evoluti vadano a sostituire completamente la componente umana in ambiti caratterizzati non solo da attività manuali, tecniche e ripetitive, fenomeno, in effetti, già in atto, ma anche differenti, che necessitano di un'attività intellettuale più o meno discrezionale e che si basano sull'interazione, anche empatica, con altri esseri umani, come nel caso del rapporto medico-paziente.

Si è osservato come, effettivamente, il processo avvantaggi l'utilizzatore dal punto di vista dei tempi e della rapidità di esecuzione, ma rischi di svilire in maniera eccessiva il ruolo dell'essere umano[7], che, nel momento in cui compie una qualunque attività pratica o creativa, sia essa professionale o meno, effettua delle precise scelte, mettendo in moto un processo anche di tipo valoriale, basato su profili esperienziali, talenti personali ed intelligenza emotiva.

L'affascinante e, per ora, utopistico punto di arrivo del processo evolutivo che coinvolge l'intelligenza artificiale potrebbe essere la progettazione e la creazione di organismi cibernetici senzienti – *cyborg* – robot umanoidi, in grado non solo di interagire con l'uomo, ma di sostituirsi ad esso, sviluppando, in ultima analisi, una propria coscienza e compiendo delle autonome scelte anche di carattere valoriale. In realtà, allo stato dell'arte, l'intelligenza che caratterizza i sistemi informatici non sembra essere accostabile a quella umana, nonostante la comprovata capacità di apprendere, che consiste nel migliorare in autonomia le proprie prestazioni nel tempo (c.d. *machine learning*) e di elaborare, attraverso complessi sistemi di reti neurali, una mole di dati impressionante, giungendo a risultati paragonabili a quelli umani, ma in maniera infinitamente più rapida (*c.d. deep learning*).

Il processo attraverso il quale il sistema accede a dati sempre più completi e complessi, elaborandoli, è detto addestramento[8]. Può essere utile precisare che tale capacità di apprendere, seppure notevole, sembra, per ora, carente della componente tipicamente umana, identificabile con il discernimento, che conduce a scelte basate su aspetti esperienziali, e della capacità di valutare in itinere imprevisti e variabili, discostandosi, anche in maniera sensibile, da moduli o parametri predefiniti[9]. Tale aspetto sembra escludere, per ora, la possibilità di una totale sostituzione della componente umana da parte della macchina nei processi decisionali[10].

---

[7] In particolare, anche il ruolo della coscienza umana. Cfr. Faggin, *Irriducibile. La coscienza, la vita, i computer e la nostra natura*, Milano, 2023, *passim*, e in particolare 128 ss.

[8] Cfr., Tampieri, *L'intelligenza artificiale e le sue evoluzioni*, Padova, 2022, 59 ss.; Sartor, Lagioia, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto,* in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di Ruffolo, Milano, 2020, 68 ss.

[9] Sul tema, con un approccio, mi pare, parzialmente critico, Franceschelli, *Sull'intelligenza artificiale (IA o AI),* in *Riv. dir. ind.*, 1, 2023, 5 ss. L'A. considera i sistemi di intelligenza artificiale come dotati solamente di intelligenza analitica. Tale componete costituirebbe solo una parte, un aspetto dell'intelligenza umana, che si svilupperebbe anche nelle dimensioni creativa e pratica.

[10] Molto chiaramente, Crisci, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm.*, 10, 2018, 1787 ss., ed ivi a 1788.

I sistemi di i.a. non dispongono di una coscienza propria, non sono dotati di una propria soggettività giuridica[11], ma lavorano sulla base di un complesso algoritmo, incentrato su un modello probabilistico, basato su un meccanismo statistico che attinge informazioni e dati da uno sterminato database che ricomprende tutto ciò che, di positivo o negativo, attendibile o non attendibile, è contenuto nella rete.

A fronte del quesito posto dall'utente, un sistema di intelligenza artificiale come chatGPT, tecnicamente definibile come «generativo», poiché in grado di creare contenuti originali, come testi, immagini, video, audio o codice software, si affida a sofisticati algoritmi che simulano i processi di apprendimento e decisionali del cervello umano. Questi modelli funzionano identificando e codificando altri modelli e relazioni in enormi quantità di dati, quindi utilizzando tali informazioni per comprendere le richieste o le domande in linguaggio naturale degli utenti e rispondere con nuovi contenuti pertinenti[12]. In sostanza, la macchina "indovina", sulla base delle parole immesse dall'utente che formula la richiesta, quale parola verrà dopo, secondo un processo che può portare a soluzioni corrette, ma anche non affidabili o addirittura fuorvianti o inesistenti, se il sistema incorre in quel processo definito come "allucinazione"[13].

Precisamente, per allucinazione si intende un fenomeno, che può essere definito patologico, all'esito del quale un modello linguistico di grandi dimensioni (LLM), spesso di i.a. generativa – come appunto chatGPT – o uno strumento di computer vision, percepisce modelli o oggetti inesistenti o impercettibili agli osservatori umani, creando output privi di senso o del tutto imprecisi. In genere, se un utente si rivolge a uno strumento di i.a. generativa, desidera un output che risponda in modo appropriato al *prompt*, cioè un riscontro corretto e conferente rispetto alla domanda posta.

A volte, però, gli algoritmi a base dei sistemi di i.a. producono output che non si basano su dati di addestramento, poiché gli stessi vengono decodificati in modo errato dal trasformatore, o perché gli stessi sono distorti o imprecisi e non seguono alcuno schema identificabile, anche per via di un fenomeno definibile come *overfitting*[14]. In tutte queste ipotesi, si afferma che i sistemi di i.a. "allucinano" la risposta. Il lemma può assumere dei connotati effettivamente paradossali, dato che le allucinazioni sono fenomeni cognitivi tipicamente associati al cervello umano, o al limite animale, non certo alle macchine. Tuttavia, se si accetta la metafora, l'allucinazione descrive accuratamente questi risultati, specialmente nel caso del riconoscimento di immagini e schemi in cui gli output possono avere un aspetto davvero surreale.

---

[11] Principio recentemente ribadito dall'Ufficio europeo dei Brevetti, nella Decisione 27 gennaio 2020, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1, 2020, 1241: «I sistemi o le macchine di AI non sono titolari di diritti, anche ai fini della procedura di brevettazione di una invenzione, perché non hanno una personalità giuridica paragonabile alle persone fisiche o giuridiche».

[12] Per questa definizione, vedi *https://www.ibm.com/it*.

[13] Cfr. Tenore, *Riflessioni sulle diverse questioni giuridiche ed esistenziali derivanti dal crescente utilizzo di intelligenze artificiali,* cit., 675.

[14] Vedi *https://www.ibm.com/it*.

A questo proposito, è fondamentale considerare e ricordare che il sistema non è in grado di comprendere i dati analizzati, ma si basa essenzialmente su correlazioni statistiche esistenti nei dati di addestramento. In conseguenza di ciò, se i dati immessi alla fonte fossero errati o ingannevoli, la macchina potrebbe anche apprenderli in modo acritico[15], replicando in maniera pedissequa le inesattezze. La circostanza che i dati appresi dal sistema siano poco attendibili è favorita dall'impossibilità di effettuare un controllo effettivo su tutte le informazioni immesse nel "mare" di internet. Nel caso in esame, l'allucinazione del sistema di i.a. utilizzato ha generato

> «*(...) risultati inesistenti, ma che, anche a seguito di una seconda interrogazione, vengono confermati come veritieri*».

I dati allucinati appaiono del tutto inaffidabili e sono potenzialmente dannosi per l'utente. Oggetto di analisi saranno, di seguito, i profili prettamente giuridici della interazione tra uomo e macchina, considerata ancora indispensabile, data l'impossibilità di una totale sostituzione della componente umana. Da tale aspetto, anche considerando l'approccio alla problematica seguito dalla pronuncia oggetto di analisi, possono emergere interessanti e attuali spunti di riflessione per lo studioso del diritto civile.

2. Principali profili giuridici connessi all'interazione uomo-macchina

Come precedentemente osservato, il profilo rilevante della vicenda in analisi è rappresentato dalla generazione di risultati inattendibili e fuorvianti, precisamente di pronunce giurisprudenziali inesistenti, da parte del sistema di intelligenza artificiale generativa interrogato dall'utente. Secondo i giudici, tale fatto non ha avuto un impatto patologico effettivo sul procedimento giurisdizionale in essere, né ha inficiato in alcun modo la maturazione del processo decisionale del Collegio stesso, non risultando, in ultima analisi, valido a integrare la fattispecie illecita di cui all'art. 96 c.p.c. La ricostruzione offerta dal Collegio appare pienamente condivisibile, anche se, in realtà, come precedentemente osservato, non sembra questo il profilo giuridico rilevante nella costruzione del percorso di analisi che si vuole seguire.

Nelle pieghe della pronuncia, i giudici affermano, seppure in termini generici e quasi "timidamente", una sorta di principio guida che può risultare funzionale per tracciare un trasversale principio di responsabilità derivante dal rapporto interattivo tra l'utente e un sistema di intelligenza artificiale generativa quale è chatGPT.

---

[15] Franceschelli, *Sull'intelligenza artificiale*, cit., 13, precisa come l'apprendimento dei dati implichi la mera copia degli stessi da parte dell'intelligenza artificiale, che li accoglie nella propria più o meno vasta memoria, mentre l'intelligenza umana richiede un'attività più complessa, di lettura, studio ed elaborazione.

La pronuncia *de qua* sembra, seppure, come osservato, in termini generici, stigmatizzare il contegno dell'utente nel momento in cui parla testualmente di

> «*[...] disvalore relativo all'omessa verifica dell'effettiva esistenza delle sentenze risultanti dall'interrogazione dell'i.a. [...]*»,

configurando, sembra, una sorta di dovere di controllo finale dei risultati individuati dalla macchina demandato alla componente umana, principio che potrebbe essere suscettibile di applicazione generalizzata. È, comunque, doveroso precisare che, nel caso in analisi, non sussiste la produzione di un evento lesivo eziologicamente connesso al contegno dell'utente, al punto da doversi totalmente escludere la configurazione di un obbligo risarcitorio in capo allo stesso.

Tuttavia, osservando la tematica da una prospettiva più generale, nelle ipotesi in cui dall'utilizzo del sistema dovesse derivare un danno a terzi, l'omissione di tale controllo finale potrebbe generare un vincolo di responsabilità in capo all'utente che si è avvalso del sistema.

L'assunto pare corroborato anche alla luce di una recentissima pronuncia della *High Court* inglese, emessa proprio nel corso della stesura del presente contributo, di cui è utile dare conto[16]. La Corte inglese prende posizione, in termini decisamente più diretti rispetto ai Giudici fiorentini, sugli effetti derivanti dall'utilizzo di sistemi di i.a. come chatGPT nella redazione di atti giudiziari, nell'ipotesi di allucinazione della macchina e di citazione di precedenti giudiziari inesistenti o inconferenti.

Nel caso in esame, la Corte inglese, pur optando per una linea morbida tesa a escludere sanzioni in danno ai professionisti legali coinvolti, ribadisce chiaramente la natura di mero strumento di un sistema di i.a come chatGPT, lapidariamente definito come «*tool*» e ritenuto incapace di offrire risultati attendibili:

> «*[...] not capable of conducting a reliable legal research*».

In conseguenza di ciò, la Corte individua chiaramente, in capo all'utente del sistema di i.a., un preciso obbligo professionale di controllo dei risultati ottenuti dalla macchina, mediante il ricorso a fonti di ricerca riconosciute tradizionalmente come attendibili:

> «*Those who use artificial intelligence to conduct legal research notwithstanding these risks have a professional duty therefore to check the accuracy of such research by reference to authoritative sources, before using it in the course of their professional work (to advise clients or before a court, for example)*».

[16] Il riferimento è alla recentissima pronuncia emessa dalla *Royal Court of Justice, Strand, London, WC2A 2LL*, 6 giugno 2025, *Case Nos: AC-2024-LON-003062 and CL-2024-000435*, inedita.

Soprattutto, emerge come il dovere di verifica insista in egual misura in capo ai professionisti che abbiano direttamente utilizzato il sistema di i.a. o che si siano avvalsi dell'operato di collaboratori. Sotto questo profilo, l'utilizzo del sistema di i.a. nella redazione di atti giudiziari non sembra discostarsi minimamente dalle altre attività "tradizionali" svolte all'interno di uno studio legale e che vedono coinvolti la figura del titolare e gli altri professionisti che con lui collaborano a qualunque titolo. Inoltre, l'attendibilità dei risultati prodotti dal sistema di i.a deve essere sottoposta a verifica al pari di qualunque altra informazione ottenuta dalla rete:

> «*This duty rests on lawyers who use artificial intelligence to conduct research themselves or rely on the work of others who have done so. This is no different from the responsibility of a lawyer who relies on the work of a trainee solicitor or a pupil barrister for example, or on information obtained from an internet search*».

Tanto premesso, compito dell'interprete è comprendere quale potrebbe essere il meccanismo di imputazione della responsabilità e quindi la natura di quest'ultima. Anche da un punto di vista prettamente fattuale ed empirico, un controllo umano effettuato *ex post* sul lavoro dell'i.a. pare necessario, anche e soprattutto per via della connotazione totalmente acritica che caratterizza il processo di apprendimento della macchina – che non è un essere senziente - e della conseguente possibilità concreta che si generino allucinazioni e quindi risultati inattendibili anche a fronte di un preciso quesito formulato dall'utente[17].

Primariamente, emerge come la soluzione alla problematica evidenziata non può giungere dalla disamina del testo normativo di riferimento in materia di i.a. Il Regolamento UE 2024/1689[18] si occupa del fenomeno secondo una prospettiva *ex ante*, che può essere definita preventiva, individuando quattro categorie di rischio connesso all'utilizzo dei sistemi di i.a., rischio inteso come la «combinazione della probabilità del verificarsi di un danno e la gravità del danno stesso»[19], e ponendo conseguenti proporzionali obblighi e sanzioni in capo agli utenti e ai fornitori di sistemi di i.a. Un richiamo preciso alla componente umana, cui sono attribuiti, sempre in ottica preventiva, compiti di super-

---

[17] Da qui l'ovvia impossibilità di configurare un vincolo di responsabilità e un conseguente obbligo risarcitorio in capo a un "essere" non senziente e quindi incapace. Cfr. Tenore, *Riflessioni sulle diverse questioni giuridiche ed esistenziali derivanti dal crescente utilizzo di intelligenze artificiali,* cit., 671.

[18] Per una compiuta analisi delle disposizioni del Regolamento UE 2024/1689 si rimanda a Smorto, *Distribuzione del rischio e tutela dei diritti nel regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. Una riflessione critica,* in *Foro it.*, 2024, 5, IV, 208 ss.; Pacheco Iglesias, *Il regolamento europeo sulla I.A. e la responsabilità civile: il rischio dello sviluppo tecnologico,* in *giustiziacivile.com*, 20 giugno 2024; Montelero, *L'AI Act: la risposta del legislatore europeo alle sfide dell'intelligenza artificiale,* in *Questa Rivista*, 2024, 191 ss.

[19] Vedi art. 3, Regolamento UE 2024/1689.

visione e controllo sui sistemi considerati ad alto rischio, è contenuto nell'art. 14[20]. Allo stato dell'arte, la norma appare preziosa in quanto corrobora l'assunto della essenzialità e della irrinunciabilità dell'intelligenza e competenza umane nell'utilizzo della macchina e nell'interazione con essa.

Tenuto conto anche della scrupolosa attenzione dedicata dal legislatore ai profili definitori (art. 3) e all'identificazione delle pratiche vietate, quale, per esempio, il ricorso a macchine che utilizzano tecniche subliminali volte a condizionare indebitamente l'utente inconsapevole (art. 5, comma 1), emerge come il Regolamento non contenga disposizioni *ad hoc* in materia di responsabilità o risarcimento del danno. Il recentissimo apparato normativo di riferimento, per quanto prezioso, sembra essere un passo indietro rispetto alle esigenze più pressanti che emergono dalla prassi, considerando anche la rapidissima evoluzione del fenomeno. Sotto questo profilo, un utile spunto ricostruttivo può - e potrà - giungere dalla giurisprudenza, ma soprattutto, in questa fase, dalle proposte ricostruttive della dottrina. Per quanto attiene al formante giurisprudenziale, preziose indicazioni giungono in merito all'interazione uomo-macchina e all'utilizzo dei sistemi informatici, quali gli algoritmi, nell'ambito dei procedimenti amministrativi caratterizzati da un più o meno alto livello di discrezionalità. In più occasioni, i giudici amministrativi hanno ribadito la piena liceità[21] del ricorso a sistemi di i.a. nell'ambito di procedimenti decisionali, considerando tale opzione come un corollario della discrezionalità amministrativa[22] esercitabile nello svolgimento delle funzioni e dei compiti istituzionali, a condizione che tale soluzione tecnica non comporti «un abbassamento del livello delle tutele garantite dalla legge sul procedimento amministrativo, ed in particolare di quelle inerenti alla individuazione del responsabile del procedimento, all'obbligo di motivazione e alla partecipazione al procedimento amministrativo.»[23].

Tralasciando le sia pur rilevanti e complesse implicazioni relative alla regolarità e alla validità del procedimento potenzialmente derivanti da un errato e/o disfunzionale utilizzo del sistema di i.a., puntualmente all'attenzione dei giudici e spesso oggetto di contenzioso, rileva, in questa sede, come l'intelligenza artificiale sia identificata come uno strumento che può semplificare e velocizzare l'attività umana, ma non sostituirla *in toto*. Recentemente, in una pronuncia emessa all'esito di un contenzioso legato all'utilizzo di un algoritmo per la formazione delle graduatorie dei docenti di scuola secondaria, il

---

[20] Al comma 1, si precisa che «I sistemi di IA ad alto rischio sono progettati e sviluppati, anche con strumenti di interfaccia uomo-macchina adeguati, in modo tale da poter essere efficacemente supervisionati da persone fisiche durante il periodo in cui sono in uso. Al comma 2 si precisa come «2. La sorveglianza umana mira a prevenire o ridurre al minimo i rischi per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali [...]».

[21] *Ex plurimis*, Cons. Stato, 8 settembre 2022, n. 6236, inedita; Cons. Stato, 4 febbraio 2020, n. 881, inedita.

[22] Cfr. TAR Lazio, 22 marzo 2017, n. 3769, sul sito *giustizia-amministrativa.it*.

[23] Vedi Tar Campania, Napoli, 14 novembre 2022, n. 7003, sul sito *medialaws.eu/rivista*.

Consiglio di Stato[24] ha chiaramente ribadito la necessità di individuare un «centro di imputazione e di responsabilità», riferibile ad una persona, quindi alla componente umana, «in grado di verificare la legittimità e la logicità della decisione assunta dall'algoritmo».

Sembra, quindi, emergere l'idea di un dovere di verifica e controllo in capo all'utente del sistema, che, in ambito ammnistrativo assume una connotazione determinante anche nell'ottica di un operato improntato a criteri di trasparenza. Allo stato dell'arte, permane l'idea dell'i.a. come strumento – certamente evoluto e tutt'altro che inerte – volto a semplificare e migliorare l'attività umana e quindi a disposizione dell'uomo. L'idea di una macchina totalmente autonoma e capace di pensare da sé, – circostanza che andrebbe ad esonerare in larga percentuale l'utente da qualunque forma di responsabilità in caso di danni – appare per ora utopistica e fantascientifica[25].

È quindi dal ruolo centrale[26] che la componente umana è (ancora) chiamata a ricoprire nell'interazione con la macchina e dal conseguente dovere di verifica e controllo, che, seppure in controluce, si intravede dalla lettura della pronuncia in analisi e delle altre citate, che si può partire per configurare un funzionale sistema di allocazione della responsabilità, utile anche a bilanciare esigenze trasversali, ma complementari, assicurando, da un lato, un funzionale ricorso al rimedio risarcitorio e quindi al ristoro degli eventuali danni subiti in conseguenza del disfunzionale o errato utilizzo del sistema di i.a. e, dall'altro, evitando di scoraggiare eccessivamente gli utenti sull'opportunità di ricorrere al sistema medesimo, che resta una risorsa preziosa anche in ottica professionale.

3. (Ri)costruzione di un regime di responsabilità civile derivante dall'utilizzo di un sistema di i.a. generativa come chatGPT.

Partendo dal presupposto che il «disvalore» della condotta dell'utente che non effettua un controllo finale sui risultati prodotti dal sistema di i.a. precedentemente interrogato, così come tratteggiato dal Collegio fiorentino, possa essere un disvalore giuridicamente connotato, il punto di partenza per la costruzione di un obbligo di verifica e di un conseguente regime di responsabilità sembra essere proprio tale contegno. Nell'ipotesi di danni cagionati dall'allucinazione di una i.a. generativa come chatGPT, quindi dai dati errati forniti dal sistema, circostanza, comunque, evidentemente da escludersi nel caso

---

[24] Sul punto, Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, inedita.

[25] In argomento, mi pare, con potenziali aperture, Teubner, *Soggetti giuridici digitali. Sullo* status *privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di Femia, Napoli, 2019, *passim*; Arnaudo, Pardolesi, *Sulla responsabilità dei sistemi adulti di intelligenza artificiale,* in *Danno e resp.,* 2023, 429 ss. Contrario a tale sviluppo sembra Faccioli, *La responsabilità civile per danni cagionati da sistemi di intelligenza artificiale nel prisma dell'onere della prova,* in *Resp. civ. prev.*, 3, 2024, 950 ss., ed ivi a 953, nota 11.

[26] Anche il legislatore europeo, con le disposizioni del Regolamento UE 2024/1689 (art. 1), intende promuovere la diffusione di una IA antropocentrica e affidabile». Al Considerando n. 6 del medesimo Regolamento, si precisa come per tecnologia antropocentrica si intenda uno «[...] strumento per le persone, con il fine ultimo di migliorare il benessere degli esseri umani».

de quo, il mancato controllo finale dell'utente potrebbe assumere, come si vedrà, i caratteri di un illecito colposo omissivo.

Preliminarmente, però, può essere utile spostare l'attenzione su un altro profilo fondamentale e puntualizzare che la funzionale costruzione di un regime di responsabilità per danni cagionati dall'utilizzo dei sistemi informatici di i.a. più evoluti può andare incontro a differenti ostacoli, derivanti anche, in parte, dalla natura e dalle caratteristiche di tali sistemi, e coinvolgere profili di natura tecnica prima che giuridica, al punto da mettere alla prova, secondo alcune recenti ricostruzioni, l'attendibilità e l'estendibilità delle tradizionali categorie giuridiche[27] e, in particolare, dell'apparato normativo in tema di responsabilità aquiliana. Così, si è osservato come, di fronte alle sfide offerte dalle nuove tecnologie, il tradizionale sistema codicistico in tema di responsabilità, in particolare per quanto attiene ai criteri di imputazione, risulterebbe inadeguato e andrebbe conseguentemente riscritto[28].

Secondo una differente prospettiva, si può, però, pensare al diritto privato come a un fenomeno in divenire, nel momento in cui lo si concepisce come apparato regolatorio di una realtà non statica, ma cangiante, "magmatica". Nella maggior parte dei casi, di fronte al mutamento più o meno repentino dello scenario socioeconomico e anche tecnologico di riferimento, non pare necessario operare un penetrante intervento di riforma teso a elaborare o "sintetizzare" nuove categorie[29], quanto piuttosto procedere attraverso un "ripensamento", un adeguamento o una funzionalizzazione delle stesse. Sembrerebbe, quindi, opportuno compiere uno sforzo ermeneutico e comprendere come ricondurre nell'alveo del sistema normativo della responsabilità aquiliana esigenze di tutela connesse a una novità tecnica e tecnologica in rapido divenire quale l'i.a.

Proprio in questa attività si sostanzia, a parere di chi scrive, il compito della dottrina. Certo, un intervento normativo da parte del legislatore europeo in materia, da più parti invocato, risulterebbe assai prezioso, in particolare sotto il profilo dell'armonizzazione della disciplina, ma difficilmente il futuro nuovo sistema risulterà totalmente alieno o avulso dalle categorie civilistiche tradizionali.

La prima criticità che emerge in tema di imputazione di responsabilità derivante dall'utilizzo di sistemi informatici di i.a. è legata, come osservato, alla natura degli stessi, soprattutto di quelli più evoluti, in quanto capaci di apprendere grazie al *machine learning* e *al deep learning*, acquisendo un sempre crescente livello di autonomia rispetto agli

---

[27] In argomento, è imprescindibile un rimando all'insegnamento di Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, *passim*.

[28] Cfr. Teubner, *Responsabilità civile per i rischi da digitalità*, in *Smart – La persona e l'infosfera*, a cura di Salanitro, Pisa, 2022, 20 ss. L'A. parla testualmente di «fallimento del diritto vigente [...].». Salanitro, (a cura di), *Smart – La persona e l'infosfera,* cit., 9, afferma come quello dell'i.a. rappresenti il contesto all'interno del quale la ricerca giuridica dovrebbe «riscrivere le sue categorie».

[29] Mette in guardia da un troppo frettoloso abbandono delle categorie tradizionali, C. Scognamiglio, *Responsabilità civile e intelligenza artificiale*: *quali soluzioni per quali problemi?,* in *Resp. civ. previd.*, 4, 2023, 1073 ss., ed ivi a 1076.

input e alle programmazioni iniziali. Sembra, così, configurarsi[30] una sorta di imprevedibilità e incontrollabilità del sistema di i.a. per la componente umana, fattori che potrebbero anche scoraggiarne l'utilizzo[31].

La problematica è emersa prepotentemente in ambito sanitario, non solo nei casi in cui il medico operatore è un mero esecutore o utilizzatore, che non partecipa ai processi decisionali del sistema, ma anche nei casi in cui il danno causato dalla macchina sia ascrivibile a un difetto di progettazione, che coinvolge aspetti e profili differenti. In un caso o nell'altro, una carenza di tutela derivante dalla impossibilità di concepire un coerente sistema di responsabilità derivante dall'utilizzo della macchina darebbe luogo a un grave *vulnus* di un diritto fondamentale quale il diritto alla salute[32].

Da qui, la seconda criticità che emerge nelle ipotesi di danno cagionato dai sistemi di i.a. più evoluti, legato all'individuazione del soggetto responsabile dell'evento lesivo, all'interno di una filiera che comprende l'ideatore del software, assimilabile, per certi versi, al produttore, il programmatore e/o addestratore della macchina, il distributore, il manutentore e infine l'utilizzatore del sistema. A ciò si aggiunge la complessità legata all'individuazione del nesso causale tra condotta e danno e l'impossibilità di ricostruire con esattezza il processo decisionale dei sistemi più evoluti, legato al c.d. effetto scatola nera (*black box*) che contraddistingue gli algoritmi più complessi.

In quest'ultimo caso, un sistema di responsabilità incentrato su tradizionali criteri di imputazione soggettivi, quali il dolo e la colpa, potrebbe effettivamente mostrare degli evidenti limiti concettuali e soprattutto applicativi. Sostanzialmente, maggiore sarà l'autonomia della macchina gestita da algoritmo, legata alla sua capacità di apprendere, maggiore risulterà la distanza che essa prenderà dalla componente umana. Questa autonomia è più ampia nei sistemi più evoluti e complessi[33].

Rileva il recentissimo caso del robot umanoide che, in fase di allestimento, inizia a muoversi convulsamente, in maniera incontrollata, rischiando di colpire i tecnici addetti all'assemblaggio[34]. Oppure, il caso del robot dotato di intelligenza artificiale che, durante una dimostrazione dal vivo nel corso di una fiera tecnologica nella città cinese di Shenzhen, perde il controllo e aggredisce, fortunatamente senza gravi conseguenze, una spettatrice.[35] In entrambi i casi citati, non vi è certezza in merito alle cause del malfunzionamento e non è conseguentemente possibile, anche per motivi puramente tecnici, individuare con esattezza il soggetto o i soggetti responsabili su cui, eventualmente, far gravare un obbligo risarcitorio.

---

[30] Cfr., C. Perlingieri, *Responsabilità civile e robotica medica*, in *Tecnol. dir.*, 2020, 161 ss.

[31] In argomento, Faccioli, *Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria,* in *Giust. civ.,* 1, 2023, 732 ss.

[32] Cfr., Scotti, *La responsabilità civile dei danni cagionati da sistemi di intelligenza artificiale in ambito sanitario,* in *Giust. civ.*, 1, 2024, 159 ss.

[33] C. Scognamiglio, *Responsabilità civile e intelligenza artificiale,* cit., 1079.

[34] Caso riportato dai media internazionali. Vedi *ilsole24ore.com*, 5 maggio 2025.

[35] Vedi *corriere.it*, 21 febbraio 2025.

In simili ipotesi, certamente estreme ma già attuali, la costruzione di un funzionale sistema di responsabilità dovrebbe passare per coordinate maggiormente oggettive, più vicine all'idea di rischio[36], attraverso l'individuazione, da effettuarsi volta per volta, del soggetto che più trae vantaggio dall'utilizzo della macchina come il più adatto ad assorbire il rischio derivante da tale attività[37].

Tale soggetto può essere identificato, volta per volta, con il produttore del sistema, il programmatore/addestratore, il manutentore e soprattutto l'utilizzatore finale. Il ricorso a un sistema di responsabilità oggettiva o da posizione diviene giocoforza giustificabile anche per il fatto che spesso non è tecnicamente possibile prevenire, identificare o rimuovere il malfunzionamento dannoso del sistema o della macchina. Il sistema di responsabilità deve quindi essere costruito a prescindere dalla ricerca dell'errore in sé o del (difficilmente accertabile) nesso causale tra condotta e danno[38].

Si potrebbe così giungere alla configurazione di una forma di responsabilità oggettiva del gestore, preferibilmente[39] inquadrabile nell'alveo dell'art. 2050 c.c.[40], disposizione

---

[36] Imprescindibile un rinvio agli studi di P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1950, *passim* e, in particolare 50. L'A. parla di carattere non occasionale e costante nell'assunzione del rischio. In argomento, da ultimo, Castronovo, *Responsabilità civile. La lunga stagione del diritto italiano*, in *Europa dir priv.*, 3, 2024, 343 ss.

[37] Cfr., Costanza, *L'intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1686 ss., individua come potenziale responsabile il soggetto più vicino all'evento lesivo prodotto. Cfr. anche Ruffolo, *Intelligenza artificiale*, machine learning *e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019, 1689 ss.

[38] Si consenta un rinvio a Calisai, *Intelligenza artificiale e ambiente, in Giust. civ.*, 4, 2021, 895 ss.

[39] Differenti ricostruzioni sono risultate meno convincenti. In particolare, non sembra funzionale un ricorso alla responsabilità del produttore derivante da prodotto difettoso, stante la complessità dei sistemi di i.a., difficilmente catalogabili come prodotti tradizionalmente intesi, e il concetto stesso di difetto, quale imperfezione materiale, che non pare essere facilmente adattabile o accertabile in riferimento alla macchina evoluta. In argomento Cioni, *Nuovi pregi e vecchi difetti della proposta di direttiva sulla responsabilità da prodotto difettoso,* in *Resp. civ. prev.*, 2023, 656 ss., ed ivi a 658. Ugualmente, non sembra soddisfacente il ricorso alle fattispecie codicistiche di responsabilità oggettiva di cui agli art. 2049-2052 c.c. L'art. 2049 sembra prevedere un fatto illecito attribuibile a un domestico o commesso, quindi difficilmente estendibile oltre la dimensione umana. Sul punto, Ruffolo, *Intelligenza artificiale*, machine learning *e responsabilità da algoritmo*, cit., p. 1698. Parimenti da escludere sembra l'applicazione dell'art. 2051, che delinea un regime di responsabilità da cose in custodia, che, per quanto funzionale a un primo sguardo, mostra i suoi limiti nelle ipotesi di sistemi di i.a. più evoluti, soprattutto tenendo conto del fatto che il custode è inteso come colui che ha il potere di controllare le condizioni di rischio della cosa, declinandosi in una dimensione prettamente materiale, tipica degli oggetti "inanimati". Sul punto, F.P. Patti, *Danno cagionato da cose in custodia,* in *Codice della responsabilità civile*, a cura Navarretta, Milano, 2021, 1306 ss. Cfr. anche Costanza, *L'intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile,* cit., 1687. Ugualmente insoddisfacente sembra il ricorso alle disposizioni dell'art. 2052, per danni cagionati da animali, in quanto l'intelligenza artificiale è appunto sintetica, mentre il comportamento animale è, per quanto differente da quello umano, comunque naturale. Cfr., C. Scognamiglio, *Responsabilità civile e intelligenza artificiale,* cit., 1087.

[40] Sul punto, C. Scognamiglio, *Responsabilità civile e intelligenza artificiale,* cit., 1088.

generale costruita per l'esercizio di attività pericolose, non solo dal punto di vista materiale, intese come minaccia all'integrità fisica, ma anche giuridico. L'idea "laica" di pericolo e rischio sembra coniugarsi in maniera coerente con le caratteristiche dei sistemi di i.a. più evoluti e sopra tratteggiati. La costruzione di un sistema di *liability* dovrebbe passare attraverso la più o meno completa depurazione del concetto di responsabilità da componenti etiche e soggettive, per transitare verso un sistema oggettivo, basato sul *risk assessment*. La severità derivante dall'applicazione di un regime di responsabilità di natura oggettiva, che di fatto semplifica considerevolmente l'individuazione del soggetto responsabile, chiamato a rispondere in quanto occupa una certa posizione o ricopre un certo ruolo, potrebbe essere ammortizzata con la stipula di polizze assicurative *ad hoc*. Si potrebbe configurare anche un obbligo assicurativo, secondo il modello adottato per la circolazione dei veicoli.

Tanto premesso, come si coniuga l'assunto della necessità di costruire un sistema di responsabilità oggettiva laicizzato e libero da contaminazioni soggettive di dolo e colpa con il caso in analisi? È realmente necessario ricorrere a tale certamente funzionale soluzione ermeneutica nel caso di omesso controllo dell'utente per i risultati forniti da un sistema generativo che funziona come chatGPT? La risposta, a parere di chi scrive, è negativa e potrebbe essere corroborata anche da un esempio pratico che vede coinvolto proprio lo scrivente.

In vista dello studio della fattispecie, e per comprendere meglio cosa sia chatGPT e cosa sia in grado di fare, il sottoscritto, docente universitario di Diritto privato presso un Dipartimento di Economia, nell'ambito di un corso di laurea improntato sul turismo, ha effettuato un piccolo esperimento, "chiedendo" a chatGPT di preparare una lezione in tema di usucapione, che fosse calibrata, appunto, per studenti iscritti al primo anno di economia. I risultati sono stati a dir poco contraddittori e chiaramente non sono stati utilizzati nel corso della lezione. A fronte di un'accettabile ricostruzione dell'istituto, se si eccettua qualche – non grave – imprecisione terminologica, l'esempio pratico proposto dal sistema, a conclusione della sezione teorica della lezione, risultava errato e potenzialmente fuorviante, in quanto suggeriva la possibilità di maturare l'usucapione, da parte di un soggetto privato, su un bene demaniale (stabilimento balneare su spiaggia), quindi indisponibile e destinato alla collettività.

A questo punto, se il docente avesse pedissequamente utilizzato i risultati offerti dal sistema per la lezione, offrendo agli studenti delle nozioni errate o fuorvianti, avrebbe potuto attribuire la responsabilità di eventuali danni al sistema di i.a. utilizzato? Al programmatore o al produttore dello stesso? Il docente avrebbe risposto a titolo di responsabilità oggettiva in quanto nella posizione di utilizzatore e fruitore del sistema? Sembrerebbe proprio di no, in quanto il docente possiede – o dovrebbe possedere – le competenze per controllare l'attendibilità dei risultati offerti dalla macchina attraverso una verifica finale[41]. Come osservato, sistemi di intelligenza artificiale generativa quali

[41] Si può pensare anche alle compagnie di radiotaxi che si avvalgono di sistemi di i.a. come i *chatbot* per raccogliere le prenotazioni dei clienti, semplificando, di fatto, il lavoro degli impiegati

chatGPT lavorano sulla base di algoritmi che sono certamente complessi, ma che non sono ancora in grado di discernere i dati elaborati. Sostanzialmente, l'algoritmo mette insieme, con una velocità portentosa, delle parole, delle nozioni che trova sulla rete, sulla base di un criterio probabilistico. Così, se vi sono errori, il sistema replica tali errori, anche in caso di reiterate richieste formulate dell'utente. Il caso citato mostra come l'essere umano è, ancora in molti casi, perfettamente in grado di verificare l'attendibilità del lavoro della macchina, che rimane uno strumento[42], per quanto evoluto, atto a semplificare e velocizzare il lavoro. Il giurista, l'avvocato o il professionista legale sono perfettamente in grado – in quanto hanno le competenze per farlo – di verificare l'attendibilità dei risultati di ricerca individuati dalla macchina, così come il docente è perfettamente in grado di ricontrollare la ricostruzione di un istituto giuridico offerta dal sistema in vista della preparazione di una lezione o di una relazione.

A conferma di quanto affermato, fa discutere il recentissimo caso, riportato anche dal *New York Times*, della studentessa di un College americano che ha richiesto all'Ateneo il rimborso integrale delle tasse universitarie versate, dopo aver scoperto che uno dei docenti aveva fatto uso di sistemi di i.a. generativa, tra cui proprio chatGPT, per la preparazione delle lezioni. Secondo la studentessa, le *slides* predisposte contenevano evidenti errori di ortografia, testi distorti e immagini di persone con parti del corpo estranee. La richiesta di rimborso veniva così giustificata dal fatto che tali imprecisioni avrebbero comportato un considerevole abbassamento del livello dell'attività didattica e dell'insegnamento erogato, non in linea con lo *standard* promesso dal College[43]. Ne deriva che, in caso di danni prodotti dal sistema di i.a., l'omesso controllo umano dei risultati offerti dalla macchina da parte dell'utente, tutte le volte in cui tale controllo è possibile, può integrare un'omissione colposa, riconducile a negligenza, e si declina in una fattispecie di responsabilità – soggettiva – aquiliana – riconducibile all'alveo dell'art. 2043 c.c., in quanto il sistema di i.a. costituisce un mero strumento utilizzato dall'uomo per l'espletamento dell'attività professionale.

addetti al centralino. Il sistema lavora sulla base di input vocali emessi dal cliente, che deve indicare all'operatore virtuale data, ora, luogo di prelievo e destinazione. Il personale ha il compito di ricontrollare la prenotazione effettuata tramite i.a. per verificarne l'attendibilità e soprattutto il corretto recepimento delle indicazioni vocali. Solamente dopo una verifica finale da parte del personale la prenotazione viene confermata mediante messaggio inviato al cliente. Anche in simili ipotesi, un omesso controllo finale della prenotazione effettuata dalla macchina, farebbe sorgere un vincolo di responsabilità in capo alla compagnia per eventuali danni arrecati al cliente. Anche in questo caso, la componente umana è essenziale ed è perfettamente in grado di verificare il lavoro del sistema di i.a.

[42] Cfr., C. Perlingieri, *Responsabilità civile e robotica medica*, cit., 171 ss.

[43] Vedi *nytimes.com*, 14 maggio 2025.

4. Brevi considerazioni conclusive

L'utilizzo sempre crescente di nuove ed evolute tecnologie informatiche consente una semplificazione considerevole di molti aspetti personali e professionali della vita umana e pone nuove sfide all'interprete. La costruzione di un adeguato sistema di responsabilità a copertura dai danni cagionati dall'utilizzo dei sistemi di i.a. è certamente una delle problematiche fondamentali per il civilista, vista anche l'entità degli interessi primari potenzialmente coinvolti, quali l'integrità fisica, la vita, la salute e la riservatezza, intesa, secondo l'accezione più moderna, come il diritto al corretto trattamento dei dati personali. Si è osservato come, secondo le ricostruzioni della dottrina maggioritaria, il regime di responsabilità più funzionale nelle ipotesi di danni cagionati da sistemi di i.a. più evoluti e autonomi dovrebbe assestarsi su coordinate oggettive, vicine all'art. 2050 c.c., stante la complessità derivante dall'individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito, quali il soggetto responsabile e il nesso di causalità intercorrente tra la condotta di tale soggetto e l'evento lesivo.

Tale assunto è assolutamente condivisibile se si pensa ai sistemi più evoluti, capaci di agire in autonomia e di distaccarsi dall'input iniziale, prendendo sempre più le distanze dalla componente umana. I recenti casi di improvvise e apparentemente ingiustificate aggressioni in danno di esseri umani perpetrate da robot umanoidi fanno, in questo senso, decisamente riflettere. Bisogna, inoltre, considerare che lo scenario tecnologico appare in continua e rapida evoluzione, al punto che difficilmente il legislatore, l'interprete o il giudice riescono a tenere il passo. Per questo, configurare una responsabilità oggettiva del soggetto che, volta per volta, trae vantaggio dall'utilizzo dell'i.a., individuare un c.d. *risk bearer*, può sembrare, allo stato, la soluzione più appagante e tranquillizzante.

Tuttavia, nelle più frequenti ipotesi in cui il sistema di i.a. è ancora controllabile dall'uomo e funziona alla stregua di chatGPT, sulla base di un algoritmo che raccoglie dati e li assembla meccanicamente secondo un criterio probabilistico, è evidentemente possibile, per la componente umana, governare la macchina inserendo input conferenti con i risultati che si vogliono ottenere e operando, *ex post,* un effettivo controllo dei risultati stessi. La componente umana possiede, in questo caso, le competenze tecniche e professionali all'uopo richieste e, di conseguenza, l'errore nell'interrogare il sistema di i.a. e/o l'omesso controllo finale del lavoro della macchina possono integrare, in caso di eventi lesivi, una responsabilità, basata su un criterio di imputazione che appare pienamente soggettivo, vicino al concetto di colpa e riconducibile a una condotta omissiva caratterizzata da negligenza.

Nella maggior parte dei casi, la componente umana sembra possedere ancora gli strumenti cognitivi necessari a prevenire e disinnescare disfunzioni e allucinazioni del sistema di i.a. generativa, così che non appaiano «navi da combattimento in fiam-

me al largo dei Bastioni di Orione. E [...] raggi B balenare nel buio vicino alle porte di Tannhäuser»[44] che non ci sono.

Indicazioni di lettura

Sull'intelligenza artificiale e sui più rilevanti profili civilistici connessi alla tematica Costanza, L'intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile, in Giurisprudenza italiana, 2019, 1686 ss.; Ruffolo, Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo, in Giurisprudenza italiana, 2019, 1689 ss.; C. Perlingieri, Responsabilità civile e robotica medica, in Tecnologie e Diritto, 2020, p. 161 ss.; Arnaudo, Pardolesi, Sulla responsabilità dei sistemi adulti di intelligenza artificiale, in Danno e Responsabilità, 2023, p. 429 ss.; C. Scognamiglio, Responsabilità civile e intelligenza artificiale: quali soluzioni per quali problemi?, in Responsabilità civile e previdenza, 4, 2023, p. 1073 ss.; Tenore, Riflessioni sulle diverse questioni giuridiche ed esistenziali derivanti dal crescente utilizzo di intelligenze artificiali, in Diritto delle relazioni industriali, 3, 2024, p. 666 ss., ed ivi a p. 674; Costantino, Nuovi diritti soggettivi: il diritto di disconnessione e il diritto al controllo umano sull'algoritmo, in Diritto della famiglia e delle persone, 3, 2024, p. 1600 ss.; Faccioli, La responsabilità civile per danni cagionati da sistemi di intelligenza artificiale nel prisma dell'onere della prova, in Responsabilità civile e previdenza, 3, 2024, p. 950 ss.

Sul Regolamento UE 2024/1689 in tema di i.a. Smorto, Distribuzione del rischio e tutela dei diritti nel regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. Una riflessione critica, in Foro italiano, 2024, 5, IV, c. 208 ss.; Pacheco Iglesias, Il regolamento europeo sulla I.A. e la responsabilità civile: il rischio dello sviluppo tecnologico, in giustiziacivile.com, 20 giugno 2024; Montelero, L'AI Act: la risposta del legislatore europeo alle sfide dell'intelligenza artificiale, in Questa Rivista, 2024, p. 191 ss.

In tema di responsabilità civile e responsabilità oggettiva P. Trimarchi, Rischio e responsabilità oggettiva, Milano, 1950; F.P. Patti, Danno cagionato da cose in custodia, in Codice della responsabilità civile, a cura Navarretta, Milano, 2021, p. 1306 ss.; Castronovo, Responsabilità civile. La lunga stagione del diritto italiano, in Europa e Diritto privato, 3, 2024, p. 343 ss.

Abstract

La recente pronuncia del Tribunale di Firenze affronta la tematica dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale generativa (chatGPT) a scopo professionale, per la redazione di

[44] Passo del celebre monologo pronunciato dall'attore Rutger Hauer e tratto dal film Blade Runner (1982), regia di Ridley Scott, opera liberamente ispirata al romanzo *Il cacciatore di androidi* di P.K. Dick, 1968 - Titolo originale: *Do Androids dreams of Electric Sheeps?*

atti giudiziari. Sebbene, di fronte all'allucinazione della macchina che genera risultati inesistenti e inaffidabili, i Giudici escludano una responsabilità dell'utente ai sensi dell'art. 96 c.p.c., si può configurare, seppure indirettamente, una sorta di obbligo di controllo finale dei risultati prodotti dal sistema di i.a. Se l'utente omette di effettuare tale controllo, in caso di danni prodotti dall'utilizzo disfunzionale della macchina, può essere considerato responsabile per colpa, precisamente per negligenza, secondo un criterio di imputazione soggettivo. Il criterio di responsabilità oggettiva risulta, invece, più utile, nelle ipotesi di danni cagionati dai sistemi di i.a. maggiormente evoluti e autonomi rispetto all'utente umano.

The recent ruling by the Florence Court deals the issue of the use of generative artificial intelligence (chat GPT) for professional purposes, for the drafting of judicial documents. Although, faced with the hallucination of the machine generating non-existent and unreliable results, the Judges exclude the user's liability pursuant to art. 96 of the Italian Code of Civil Procedure, it is possible to configure, albeit indirectly, a sort of obligation of final control of the results produced by the AI system. If the user fails to carry out this check, in the event of damage caused by the malfunctioning use of the machine, he may be held liable for fault, specifically for negligence, according to a subjective attribution criterion. The criterion of objective liability, however, is more useful in cases of damage caused by AI systems that are more advanced and autonomous than the human user.

Nullità contrattuali: il problema delle restituzioni. Digressioni a proposito di Cass., 20 gennaio 2025, n. 1284

Elena Bellisario
Prof. ord. dell'Università Roma Tre

Sommario: 1. L(a sussidiarietà dell)'azione di arricchimento ritorna alle Sezioni Unite. Il caso e le questioni. – **2.** Il requisito della forma scritta dei contratti della p.a. Conseguenze (primarie e secondarie) prospettabili in caso di mancanza. – **3.** Divagazioni su nullità (tra illiceità, illegalità, incompletezza dell'atto) e post-nullità. – **4.** Rilevanza della *ratio* della causa di nullità e riflessi sulla tutela del *solvens*. – **5.** Difetto di forma dei contratti della p.a. e difetti dell'ordinanza di rimessione. Peculiarità della somministrazione idrica. – **6.** La valutazione della "mancanza di giusta causa": rilevanza della buona fede e delle circostanze di fatto "imputabili" alle parti in conflitto. – **7.** (*Segue*) Irrilevanza della natura delle parti in conflitto.

1. L(a sussidiarietà dell)'azione di arricchimento ritorna alle Sezioni Unite. Il caso e le questioni

Una tempesta in un bicchier d'acqua. È questa la sensazione che suscita l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite della Cassazione n. 1284/2025 la quale, in un caso relativamente semplice, solleva alcuni dubbi sull'ammissibilità dell'azione di arricchimento senza causa, innescando una serie di problemi di più ampia rilevanza sistematica.

I fatti all'origine della controversia sono i seguenti.

Il Comune eroga il servizio idrico al titolare di un caseificio per circa quattro anni, benché in assenza di un contratto stipulato in forma scritta, come prescritto dalla legge.

Nel procedimento d'ingiunzione promosso dall'ente, il privato si oppone e ottiene l'annullamento dell'ingiunzione. Nel gravame proposto dall'ente, l'annullamento dell'ingiunzione resta confermato ma, in riforma della sentenza di primo grado, viene accolta la domanda riconvenzionale dell'ente e il privato è condannato, ai sensi dell'art. 2041 c.c., al pagamento

della somma secondo le quantità indicate in fattura. In particolare, la Corte d'appello dichiara la nullità del contratto di somministrazione per difetto di forma scritta, richiesta *ad substantiam* per i contratti della p.a., e condanna l'appellato *ex* art. 2041 c.c., stante l'ingiustificato arricchimento derivante dalla indiscussa fruizione del servizio idrico.

Questi ricorre quindi per Cassazione sulla base di tre motivi, cui resiste il Comune con controricorso.

Richiesta la trattazione in pubblica udienza per le rilevanti questioni nomofilattiche poste dal ricorso[1], il Collegio decide di rimettere alle Sezioni Unite la pronuncia su tre questioni di massima di particolare importanza[2].

Solo l'ultima di esse concerne il carattere sussidiario dell'azione, cioè la sua (im) proponibilità in presenza di un rimedio alternativo specifico, mentre le prime due pongono interrogativi che nulla hanno a che vedere con la regola di cui all'art. 2042 c.c., e sui quali permangono «non pochi aspetti controversi, pur dopo l'autorevole arresto delle Sezioni Unite del 2023»[3], che del resto la dottrina non aveva mancato di segnalare.

---

[1] Cass., 13 marzo 2024, n. 6780, segnatamente concernenti: la configurabilità/inconfigurabilità della sussidiarietà dell'azione di arricchimento alla luce di Cass., SS.UU., n. 33954/2023, a seguito dell'intervenuta declaratoria di nullità del contratto, nonché le modalità di accertamento e misurazione del depauperamento dell'ente erogatore e il contestuale arricchimento del fruitore, con particolare riferimento alla possibilità di utilizzare il contatore.

[2] E precisamente: «*1) se, in riferimento al principio affermato dalla recente sentenza Cass., Sez. Un., 5 dicembre 2023, n. 33954 (...), avuto riguardo alla residualità dell'azione di arricchimento senza causa ex art. 2042 c.c. ed ove non risulti opportuna la definizione della nozione di "giusta causa" in carenza della quale è data l'azione in parola, l'ipotesi di nullità del contratto della P.A. per difetto di forma scritta rientri o meno nelle cause di nullità per violazione di norme imperative o per contrarietà all'ordine pubblico, qualificate ostative all'ammissibilità della domanda* ex *art. 2041 c.c.; 2) se, ancora in riferimento al suddetto principio, il giudizio sull'ammissibilità dell'azione possa essere declinato diversamente, in caso di declaratoria di nullità del contratto per difetto di forma scritta, qualora, come nella specie, il soggetto "impoverito" sia la stessa P.A. e non la sua controparte privata; 3) se, infine e sempre in riferimento al suddetto principio, ove al quesito di cui sub 1) si risponda nel senso dell'ammissibilità dell'azione, abbia rilievo la circostanza che il contratto dichiarato nullo abbia ad oggetto prestazioni di dare, stante quanto previsto - quale possibile azione alternativa, offerta dall'ordinamento già sul piano astratto – dagli artt. 2033 ss. c.c. in tema di ripetizione d'indebito oggettivo*». Così Cass., 20 gennaio 2025, n. 1284.

[3] Cass., 20 gennaio 2025, n. 1284. Il riferimento è a Cass., SS.UU., 5 dicembre 2023, n. 33954, in *Foro it*., I, 2024, 120 ss., con nota di richiami di La Battaglia, 132, e con commenti di Fabbrizzi, *Brevi note su arricchimento, risarcimento, sussidiarietà e tutela giurisdizionale*, 142; Di Paola-Pardolesi, *Sulle pene sempiterne dell'ingiustificato arricchimento: sussidiarietà in cerca d'autore*, 149; Pagliantini, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento: e se fosse (anche) un problema di lacuna?*, 154; Albanese, *L'impoverimento dell'arricchimento senza causa*, 163; Macario, *L'azione di arricchimento senza causa tra sussidiarietà e generalità*, 172. Fra i numerosi commenti di cui pronuncia è stata oggetto, si veda altresì: Gallo, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento: il punto delle Sezioni unite*, in *Giur. it*., 2024, 530; C. Scognamiglio, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento ingiustificato: le indicazioni delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2024, 438; Carusi, *Autorità (talvolta fuorviante) del precedente giudiziale e «volontà del legislatore»: la sussidiarietà dell'azione di arricchimento dopo la sentenza delle Sezioni Unite*, ivi, 435; Bellisario, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento dopo le*

Difatti, pur riconoscendosi il «tutt'altro che semplice (...) compito» loro affidato, anche considerando la «ridda di problemi mal posti o pretestuosi»[4], è stato subito osservato che in quella pronuncia le Sezioni Unite:

- hanno volutamente evitato di entrare nell'esame del «cuore pulsante» dell'istituto, ossia la nozione di giusta causa[5], rinunciando così all'occasione di una sua evoluzione interpretativa;
- hanno omesso di riprendere e di valorizzare, in motivazione, il tema del c.d. «arricchimento mediato» o indiretto[6];
- hanno tralatiziamente riprodotto imprecisioni derivanti da precedenti che «a leggere le massime e soprattutto le motivazioni, non dicono esattamente ciò che la sentenza attribuisce loro»[7], così predisponendo l'azione «a rimanere sede d'inesattezze e malintesi»[8].

Più nello specifico, alcune delle critiche si sono incentrate su una parte del principio di diritto enunciato: e cioè il passaggio in cui le Sezioni Unite, individuando i casi – o meglio: i gruppi di casi – in cui l'azione di arricchimento è preclusa, menzionano quello in cui «la diversa azione (...) sia rigettata (...) per nullità derivante dall'*illiceità del titolo*

Sezioni unite, ivi, 430; Sirena, *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa: dall'equità alla giustizia*, ivi, 1456; Achille, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa:* nihil sub sole novum, ivi, 374; Bargelli, *Chi ha paura dell'ingiustificato arricchimento?*, in *Pactum online*, 2024, 1; Maggiolo, *Le Sezioni Unite e la sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento*, in *Riv. dir. bancario*, 2024, 1; Gatti, *La sussidiarietà «in astratto» secondo le Sezioni Unite: meriti e zone d'ombra di un approccio casistico*, in *Resp. civ. prev*., 2024, 96; Grassi, *La sussidiarietà nell'azione di indebito arricchimento*, ivi, 1184; Magri, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa: un'occasione mancata per superare la tradizione, garantendo maggiore equità all'ordinamento*, ivi, 1907; Cervale, *Arricchimento senza causa e sussidiarietà*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2025, 370; Spatuzzi, *L'arricchimento senza causa e la sussidiarietà dell'azione nella più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in *Notariato*, 2025, 145.

[4] Così Carusi, *Buone notizie dalla Cassazione: l'interpretazione dell'art. 2042 c.c. verso l'esame delle Sezioni unite*, in *Giur. it*., 2023, 1533.

[5] Sul punto soprattutto Albanese, *L'impoverimento dell'arricchimento senza causa*, cit., 163, e altresì Macario, *L'azione di arricchimento senza causa tra sussidiarietà e generalità*, cit., 173.

[6] Macario, *op. ult. cit.*, 173-174. Sulla tesi degli arricchimenti indiretti come plausibile spiegazione del fondamento della regola della sussidiarietà, v. le considerazioni di Bargelli, *Chi ha paura dell'ingiustificato arricchimento?*, cit., 8, e – se si vuole – di Bellisario, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento*, in *Accademia*, 2023, 964, riprendendo la proposta interpretativa da tempo avanzata da Breccia, *L'arricchimento senza causa*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, IX, 1, II ed., Torino, 1999, 1012-1014.

[7] Di Paola-Pardolesi, *Sulle pene sempiterne dell'ingiustificato arricchimento*, cit., 152; analogamente Maggiolo, *Le Sezioni Unite e la sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento*, cit., 11.

[8] Carusi, *Il principio di restituzione degli arricchimenti ingiustificati e la sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ*., 2024, 421, che rileva come la «sudditanza ai modi espressivi pregressi non solo ha reso la motivazione più lunga e faticosa di quanto sarebbe stato possibile, ma ha condotto la Corte, nel momento stesso del far giustizia di due enunciazioni erronee, a renderne altrettante egualmente infelici».

contrattuale per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico». Ciò, però, non solo senza menzionare la contrarietà al buon costume, ma soprattutto senza compiutamente affrontare le possibili diverse *cause* e *forme* di illiceità e, quindi, le possibili diverse conseguenze che la nullità del contratto determina sulla nascita di obbligazioni restitutorie[9].

Così, tenendo fermo questo principio – teso, senza dubbio, a negare rimedi restitutori non già a tutti i contratti colpiti da nullità, ma solo a quelli più fortemente "disapprovati" dall'ordinamento, ove «il diritto alla prestazione non è riconosciuto *a priori*»[10] – nella specie la S.C., «con discorso impegnatissimo»[11], chiede se il difetto di forma dei contratti della p.a. possa configurarsi come una illiceità "forte", anzi, "fortissima", cioè tale da comportare una nullità-sanzione che preclude ogni pretesa restitutoria. Ed evidentemente propendendo per la risposta affermativa, in considerazione della natura delle norme (imperative) violate e dell'interesse (pubblico) tutelato, reclama, in caso contrario, un chiarimento sul perché non possa configurarsi come tale.

Quindi si chiede se la soluzione possa variare quando, come nella specie, il soggetto "impoverito" sia la stessa p.a. Infine, trattandosi di contratto nullo avente ad oggetto prestazioni di dare, si chiede se non possa trovare applicazione – quale possibile rimedio alternativo, particolare e specifico, della medesima natura e diretto al raggiungimento del medesimo scopo – l'azione di ripetizione d'indebito oggettivo *ex* artt. 2033 ss. c.c.

Nello sforzo di ricondurre il problema a sistema, la S.C. sembra però perdere di vista aspetti essenziali della specifica vicenda. Una vicenda in cui, a ben vedere, tutti gli elementi sui quali tesse il suo ragionamento – la natura delle norme violate e gli interessi da queste protetti, il fatto che uno dei contraenti sia la p.a., la specifica prestazione eseguita – ben possono assumere rilevanza ma, come si dirà, sotto tutt'altri profili. E soprattutto quel che rileva – e che la S.C. trascura – è l'operazione in concreto realizzata dalle parti: il risultato perseguito, il bene oggetto del contratto nonché la specifica tipologia di vizio che lo rende nullo.

Tutto ciò conferma la perdurante incertezza non solo sui presupposti dell'azione di arricchimento, e in particolare sul problema della mancanza di giusta causa, ma, più in generale, sul complesso rapporto tra rimedi contrattuali e rimedi restitutori.

Benvenga, quindi, la richiesta di chiarimenti ulteriori, nell'auspicio che questi – *historia docet* – non diventino a loro volta fonte di ulteriori equivoci.

---

[9] Sul punto, sia pure con varietà di rilievi, Di Paola-Pardolesi, *Sulle pene sempiterne dell'ingiustificato arricchimento*, cit., 152; Maggiolo, *Le Sezioni Unite e la sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento*, cit., 11-12; Carusi, *Il principio di restituzione degli arricchimenti ingiustificati*, cit., 422.

[10] Così Cass., 18 marzo 2024, n. 7178, con la quale l'ordinanza di rimessione si confronta.

[11] Carusi, *Sussidiarietà dell'azione di arricchimento: cambia qualcosa se c'è di mezzo la P.A.?*, in *Giur. it.*, 2025, 519.

2. Il requisito della forma scritta dei contratti della p.a. Conseguenze (primarie e secondarie) prospettabili in caso di mancanza

La disciplina che impone la forma scritta *ad substantiam* per i contratti della p.a. è rinvenibile in una pluralità di norme, generali e settoriali[12]: lo Stato e le sue amministrazioni non possono assumere impegni e stipulare contratti se non in forma scritta, non potendosi attribuire rilevanza a comportamenti taciti o manifestazioni di volontà altrimenti date, né potendosi ammettere la conversione in altro titolo o il rinnovo tacito dei contratti di cui sono parte, salvi i casi previsti da speciali disposizioni.

Conseguenza primaria dei contratti conclusi dalla p.a. in difetto della forma scritta è la nullità, talvolta testualmente prevista[13], ma comunque desumibile, in via interpretativa, dall'art. 1350, n. 13, c.c., in virtù del quale «devono farsi per atto pubblico (...) sotto pena di nullità (...) gli altri atti specialmente indicati dalla legge».

È principio indiscusso e granitico, infatti, che la forma scritta trova fondamento nei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità della p.a. (art. 97 Cost.), assolvendo una funzione di tutela delle risorse pubbliche e garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa: essa permette di identificare con precisione l'effettivo contenuto negoziale dell'atto e l'entità degli obblighi assunti, rendendo agevolmente controllabile anche la necessaria copertura finanziaria[14]. E ciò, indubbiamente, vale tanto nel caso di acquisizione quanto nel caso (come quello di specie) di erogazione di beni o servizi da parte della p.a.

Risulta allora evidente – e meritevole di essere sin d'ora sottolineato – che tale requisito è prescritto non tanto a tutela dell'altro contraente, o della stessa p.a., quanto piuttosto a tutela dell'intera collettività.

Non sono in discussione la natura "imperativa" delle norme in questione (regole della c.d. evidenza pubblica, poste a tutela di interessi generali), né la conseguenza primaria (la nullità del contratto) che discende dalla loro violazione, che risultano assolutamente pacifiche.

Quel che occorre chiarire è, invece, come questa nullità si colloca nel sistema di regole contenute nell'art. 1418 c.c. e, quindi, come la disciplina dell'invalidità debba coordinarsi con quella delle restituzioni: occorre insomma accertare, tenendo conto dei

---

[12] L'obbligo generale si rinviene negli artt. 16 e 17 del r.d. n. 2440/1923; tra le fonti speciali: l'art. 11, comma 2, legge n. 241/1990; l'art. 18 d. lgs. n. 36/2023 (codice dei contratti pubblici); il d. lgs. n. 82/2005 (codice dell'amministrazione digitale); il d. lgs. n. 165/2001 (testo unico sul pubblico impiego).

[13] Ad esempio l'art. 18 d. lgs. n. 36/2023 (codice dei contratti pubblici) o l'art. 11, comma 2, legge n. 241/1990.

[14] Il principio è costantemente ribadito da numerose pronunce della giurisprudenza sia ordinaria che amministrativa: *ex plurimis*, fra le più recenti, Cass., SS.UU., 25 marzo 2022, n. 9775; Cass., 8 gennaio 2020, n. 142; Cass., SS.UU., 9 agosto 2018, n. 20684; Cons. Stato, 29 maggio 2019, n. 3575; Cons. Stato, 12 settembre 2019, n. 6151.

principi che governano la disciplina del contratto e della *ratio* delle norme violate, se essa possa davvero configurarsi come una nullità di gravità tale da rendere "giustificato" lo spostamento patrimoniale e impedire la nascita di obblighi restitutori.

Istintivamente, verrebbe da chiudere la questione con poche battute, molto semplici e quasi scontate.

In primo luogo, non ogni contratto nullo è un contratto illecito, potendo la nullità discendere anche dalla violazione di norme (pur sempre imperative) di configurazione[15], quali sono quelle che impongono il requisito della forma. Difatti, ai sensi delle disposizioni codicistiche, l'illiceità contrattuale non riguarda la forma, e la mancanza di tale requisito, ove prescritto, dà luogo a una *semplice* nullità del contratto per incompletezza strutturale, ai sensi dell'art. 1418, comma 2, c.c.[16].

È quindi necessario cogliere il *proprium* delle singole, diverse, figure di nullità onde evitare di fondere e confondere in un sol blocco nullità cc.dd. "strutturali" e nullità cc.dd. "politiche": le prime comprendenti i contratti insensati o *incompleti*; le seconde comprendenti i contratti – sensati e completi ma – *disapprovati* dall'ordinamento[17], perché il "risultato" avuto di mira dalle parti si pone in contrasto con i suoi valori e principi fondamentali.

Del resto, anche senza ricorrere alla categoria del contratto *illegale*[18], i vizi di forma sono pacificamente esclusi dalle cc.dd. nullità-sanzione: è questo un dato sul quale si registra una sicura convergenza, anche da parte di chi non accoglie la distinzione contratto illegale/contratto illecito[19].

In secondo luogo, anche nell'ipotesi di contratti nulli perché illeciti e disapprovati, in linea di principio l'ordinamento assicura la tutela del *solvens* tramite l'azione di ripe-

---

[15] Norme, cioè, che pongono un onere o un limite da rispettare per la completezza e la validità dell'atto di autonomia e alla cui violazione corrisponde la categoria di illegalità (su cui *infra*, par. 3). Considerando le plurime e mai superate divergenze circa il problema della individuazione delle norme imperative, si conviene con la constatazione che, con la nozione unitaria adottata dal codice del '42, la categoria è divenuta ampia e «sostanzialmente idonea a ricomprendere sia le norme proibitive sia quelle di configurazione» e altresì «tutte le norme che contengono un precetto o un divieto, sia che siano poste a tutela di un interesse generale sia di carattere privato». Così Rabitti, *Contratto illecito e norma penale*, *Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000, 90-91 e nt. 79.

[16] Sulla necessita di «distinguere tra nullità per contrarietà a norma imperativa e nullità per illiceità», v. soprattutto Maggiolo, *Le Sezioni Unite e la sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento*, cit., 10-12.

[17] Roppo, *Il contratto*, *Tratt. dir. priv*. a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, 746, secondo cui nell'ambito della categoria di contratti «disapprovati» dall'ordinamento (cc.dd. nullità politiche) rientrano *in primis* le nullità menzionate dall'art. 1418, comma 2, c.c. (causa illecita, oggetto illecito e ipotesi assimilate, ossia motivo comune illecito, condizione illecita); vi rientrano, poi, le nullità testuali ai sensi dell'art. 1418, comma 3, c.c., «*eccezion fatta per quelle dipendenti da vizi di forma*»; vi rientrano infine i casi di nullità per contrarietà a norme imperative *ex* art. 1418, comma 1, c.c. (cc. dd. nullità virtuali).

[18] V. *infra*, par. 3.

[19] Fra cui, appunto, Roppo, *Il contratto*, cit.

tizione d'indebito e, sussidiariamente, con l'azione di arricchimento ingiustificato, pur contemplando casi (fra cui quello di specie non rientra) in cui la ripetizione viene invece esclusa: tanto da norme di portata generale (l'art. 2035 c.c. in tema prestazione contraria al buon costume) quanto da norme settoriali (ad esempio l'art. 2126 c.c. in tema di prestazioni di fatto con violazione di legge[20]) e altresì speciali (come l'art. 2, comma 1, legge n. 192/98, in tema di subfornitura). Sembra dunque che, nel timore di un uso strumentale *contra legem* del rimedio, le Sezioni Unite del 2023 abbiano paradossalmente sancito un principio *contra legem*, perché la generica «*illiceità del titolo contrattuale*» di per sé non può bastare a paralizzare una pretesa restitutoria.

Tuttavia, non si ignora che anche le obiezioni a queste considerazioni sarebbero semplici e scontate: si ribatterebbe, in primo luogo, che il difetto di forma nei contratti della p.a. configura un'ipotesi di *illiceità per contrasto con norme imperative* e, per così dire, ancor più imperative rispetto a quelle che prescrivono un requisito di forma nei contratti fra privati, perché qui sono in gioco basilari principi costituzionali.

Quindi, tenendo conto della *ratio* delle norme violate e degli interessi tutelati, si affermerebbe la funzione di deterrenza, se non sanzionatoria, del rimedio primario, non potendo il rimedio secondario – in conformità ai principi sanciti dalle Sezioni Unite del 2023 – costituire un comodo sotterfugio per eludere la disciplina formale dei contratti con la p.a., ottenendo un risultato simile a quello conseguibile *ex contratcu*, ma precluso, appunto, dalla nullità[21]. In altri termini: in caso di difetto della forma scritta, ben può/deve configurarsi una nullità di gravità tale da rendere "giusto" l'arricchimento e impedire la nascita di obblighi restitutori.

Dietro tutti questi rilievi, come è evidente, si intrecciano temi di lunga tradizione – illiceità, nullità, post-nullità contrattuali e giusta causa degli spostamenti patrimoniali – nonché un groviglio di problemi mai del tutto risolti, sui quali pare opportuna una breve digressione.

---

[20] Peraltro, tale disposizione ammette la ripetibilità del corrispettivo già erogato proprio nel caso (più grave) di *illiceità della causa o dell'oggetto* (salvo che non si ricada nel caso della prestazione contraria al buon costume oppure nella violazione di norme poste a tutela del lavoratore).

[21] Così, perentoriamente, Cass., 20 marzo 2014, n. 6555, che ha negato l'azione di arricchimento proprio in relazione alla nullità per difetto di forma di un contratto di opera professionale con la p.a. (nella specie, quindi, arricchita), oltre che per mancanza di prova del riconoscimento dell'*utilitas* (su cui v. *infra*, par. 7). Ciò in quanto, diversamente, si finirebbe per trasformare l'azione «in una sorta di rimedio *extra ordinem* volto ad eludere le regole dell'evidenza pubblica assolutamente inderogabili ed aventi forza talmente cogente da invalidare e travolgere qualsiasi convenzione con esse confliggente: rendendole inoperanti e ricollocando l'autore della prestazione nella situazione in cui si sarebbe trovato se avesse concluso con successo proprio quel contratto che la legge considera assolutamente invalido o addirittura giuridicamente inesistente. Con il risultato di istituire un abnorme meccanismo rivolto ad assicurare un "giusto corrispettivo" dell'incarico che (...) comprende tutti i benefici derivanti da un contratto valido».

3. Divagazioni su nullità (tra illiceità, illegalità, incompletezza dell'atto) e post nullità

Come noto, una disciplina complessa e articolata è riservata alla nullità che consegue al "contratto illecito", categoria di diritto positivo[22] ampia, non omogenea[23] e non esattamente predeterminata, ma «in parte (...) risultato di un'opera di elaborazione, una sorta di *work in progress*»[24] dei formanti del diritto.

L'incrocio fra regole generali e particolari, da cui emerge una disciplina peculiare e differenziata a seconda delle specifiche cause di nullità[25], la connessione del tema con categorie tradizionalmente controverse (la causa, l'oggetto, la frode alla legge) e concetti per definizione indeterminati (l'ordine pubblico, il buon costume e la stessa nozione, tutt'altro che univoca, di norme imperative) e, ancora, le interferenze e le possibili sovrapposizioni delle ipotesi di cui al comma 1 dell'art. 1418 c.c. – che più di tutti ha evidenziato «l'insidiosa "mobilità" del tema della illiceità contrattuale»[26] – con quelle previste dai commi 2 e 3 della medesima norma, hanno sollevato un'infinità di interrogativi teorici e pratici, dando luogo a un vasto dibattito, mai sopito, caratterizzato da un'estrema varietà di ricostruzioni e opinioni[27].

La nullità in esame è emblematica di questi problemi, giacché astrattamente suscettibile di rientrare in tutti e tre i commi dell'art. 1418 c.c.: nel comma 3, perché prevista testualmente in alcune disposizioni e ricavabile in via interpretativa dall'art. 1350, n. 13, c.c.; nel comma 2, come «mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325»; nel comma 1, perché tale mancanza nei contratti della p.a. integra, comunque, violazione di norme imperative.

---

[22] Lo sottolinea Mariconda, *Le cause di nullità*, in *I contratti in generale*, diretto da Alpa e Bessone, in *Giur. sist. civ. e comm.* fondata da W. Bigiavi, IV, *Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, 1, Torino, 1991, 381.

[23] Il concetto è infatti ricostruito facendo prevalentemente riferimento a parametri di valutazione – norme imperative, ordine pubblico e buon costume – diversi.

[24] D'Amico, *Ordine pubblico e illeceità contrattuale*, in Aa.Vv., *Illiceità, immeritevolezza, nullità, Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, a cura di Di Marzio, Napoli, 2004, 9.

[25] Regole particolari, parzialmente diverse da quelle applicabili alla nullità in genere, sono dettate per la nullità che consegue alla illeceità del contratto o, comunque, ad alcune ipotesi di illiceità: si pensi, ad esempio, al contratto di lavoro nullo per «illiceità dell'oggetto o della causa», cui non si applica la disciplina di *favor* per il lavoratore prevista dalla prima parte dell'art. 2126 c.c.; o alla transazione avvenuta relativamente a un titolo nullo, che è valida se entrambe le parti siano a conoscenza della nullità (art. 1972, comma 2, c.c.), ma non anche se è relativa a un contratto illecito (art. 1972, comma 1, c.c.), peraltro senza che in tal caso rilevi la specifica causa di illiceità. Per questi ed ulteriori esempi dell'articolata disciplina riservata alla nullità conseguente alla illiceità, o ad alcune ipotesi di essa, v. D'Amico, *Ordine pubblico e illeceità contrattuale*, cit., 11 s.

[26] V. ancora D'Amico, *Ordine pubblico e illeceità contrattuale*, cit., 30.

[27] Fra i tanti contributi ci si limita a ricordare quello, basilare, di Ferri, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970.

Peraltro, fra i parametri della illiceità, la *contrarietà a norme imperative* costituisce a tutt'oggi una delle ipotesi più problematiche: controversi sono i criteri di individuazione di tali norme, incerto è il rapporto tra violazioni che determinano una nullità "aggravata" – e la cui disciplina può talora essere più rigorosa (si pensi ad esempio all'art. 2231 c.c. che nega il diritto al compenso a chi pone in essere una prestazione professionale di tipo intellettuale senza essere iscritto all'apposito albo) – e quelle che comportano una "semplice" nullità del contratto, se non, talvolta, conseguenze diverse dalla nullità (si pensi, ad esempio, al contratto che viola o elude norme fiscali, che resta valido sul piano civilistico, e trova nel sistema tributario le relative sanzioni); discusso è se la violazione di norma imperativa comporti sempre e comunque la qualificazione del contratto in termini di *illiceità*, piuttosto che in termini di *illegalità*, benché le divergenze al riguardo abbiano il sapore di una disputa prevalentemente nominalistica[28].

Anche se criticata, perché essenzialmente classificatoria e «alquanto sottile ed evanescente»[29] sul piano pratico, la distinzione "contratto illecito/contratto illegale" vale, tuttavia, a rimarcare l'esistenza di una disciplina differenziata e che il «fulcro»[30] del giudizio di illiceità è certamente la causa, espressione paradigmatica della illiceità stessa.

La distinzione, peraltro, ha radici più antiche. Tralasciando quella elaborata in un contesto normativo – quello del codice del 1865 – profondamente diverso e, dunque, non trasponibile in quello vigente[31], va ricordata la distinzione a suo tempo prospettata in questi termini[32]: l'illegalità consegue a un difetto *strutturale* dell'atto ed è correlata all'inosservanza di un limite o di un onere[33], mentre l'illiceità designa un difetto *funzionale*

---

[28] Giova qui sinteticamente ricordare che al fine di valorizzare, sul piano teorico, il senso autonomo del comma 1, si è affermata la distinzione fra *contratto illecito* (in cui il contrasto con norme imperative, ordine pubblico o buon costume riguarda la causa, l'oggetto, il motivo comune o la condizione) e *contratto* semplicemente *illegale* (in cui la violazione di norma imperativa non incide sui profili menzionati). In quest'ultimo caso, non solo la nullità non avrebbe carattere necessario, ma non avrebbe neppure quel carattere di "sanzione" che l'ordinamento riconnette alla c.d. illiceità vera e propria (o in senso forte), ravvisabile invece nel contratto con causa illeceità e nelle ipotesi ad esso assimiliate (illiceità dell'oggetto, del motivo comune, della condizione). Secondo questa lettura, dunque, occorre una valutazione, caso per caso, diretta ad «indagare la *ragione* della nullità», dovendosi distinguere «il contratto che ha causa illecita, e che possiamo designare "contratto illecito"» dal «contratto contrario a norme imperative la cui violazione non comporta la illiceità della causa, e che possiamo designare come "contratto illegale"». Così De Nova, *Norme imperative e autonomia negoziale*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1985, 438 s., che, come noto, è il principale fautore della distinzione.

[29] Roppo, *Il contratto*, cit., 747.

[30] Rabitti, *Contratto illecito e norma penale*, cit., 151.

[31] Il riferimento è a Ferrara, *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1902, che tuttavia già distingueva la nullità-sanzione da quelle in cui la nullità deriva da "incompletezza" dell'atto.

[32] Tra i primi a suggerire la distinzione nella prospettiva strutturale e funzionale Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* (riprod. III ristampa del 1960), Napoli, 1994, 113 ss.

[33] Betti, *op. cit.*, 119, il quale, delineando la categoria del contratto illegale, fa riferimento a quei requisiti che «obbediscono, in generale, a un esigenza di carattere tecnico, piuttosto che sostan-

(causa, oggetto, motivo comune, condizione) e si configura come violazione di un obbligo: l'atto, benché strutturalmente completo, è colpito da un giudizio di disvalore «perché è inteso a un regolamento di interessi illecito in sé, o informato a una causa illecita, e tale da commettere un torto (*iniuria*)»[34].

In entrambe le prospettive – quella bettiana e quella di De Nova – il contratto illegale (o, se si preferisce, illecito *in senso stretto*), anche se nullo, sarebbe comunque sottratto al trattamento particolarmente severo che, talvolta, il legislatore assegna al contratto illecito *in senso forte*, privandolo di tutela anche nella fase post-nullità.

Guardando alla giurisprudenza – e in particolare a quella in tema di rapporti di lavoro *contra legem* in ragione della diversità di disciplina che il legislatore ad essi riserva – si riscontrano tracce della distinzione, essendo indubbiamente presente l'idea che solo un'illiceità più *forte* (della causa o dell'oggetto) può privare di tutela il rapporto (e in particolare il *solvens*), ma non anche la mera illegalità[35]. Inoltre, la giurisprudenza, in linea con il dettato codicistico, dà rilievo ad un altro tipo di distinzione, tutta nell'ambito del contratto illecito, e precisamente fra: *illiceità per contrarietà a norme imperative o principi di ordine pubblico*, da un lato, la quale rende il contratto *semplicemente* nullo, e *illiceità per contrarietà al buon costume*, dall'altro lato, la quale soltanto, oltre a rendere il contratto nullo, determina l'esclusione della ripetizione ai sensi dell'art. 2035 c.c.[36].

Le ampie riflessioni della dottrina su questi ed altri indici normativi – si pensi alle nullità di protezione introdotte dalla legislazione europea a tutela del contraente debole – hanno condotto a ulteriori sviluppi: la concezione tradizionale della nullità come sistema chiuso, dominata dalla teoria classica della fattispecie, è stata decisamente superata con la presa d'atto che attraverso tale istituto il legislatore detta regole adeguate alle variabili esigenze di protezione degli interessi in gioco[37]. In questo quadro, infatti, non pareva più appagante continuare a ravvisare, in ossequio alla tradizione, norme eccezio-

---

ziale – esigenza di garantire l'efficienza dell'autonomia privata e, con essa, la circolazione dei beni secondo una data politica economica (...) la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici posti in essere –, e con una esigenza siffatta può concorrere solo occasionalmente la protezioni di interessi sostanziali pubblici e privati».

[34] Betti, *op. loc. cit*.

[35] Ad esempio, in tema di lavoro giornalistico svolto senza l'iscrizione all'albo, si è consolidato l'orientamento favorevole all'applicazione dell'art. 2126 c.c. sul rilievo che il contratto è nullo «non già per illiceità della causa o dell'oggetto, ma per violazione di norme imperative», con la conseguenza che per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, detta nullità non produce effetti e il lavoratore ha diritto alla giusta retribuzione (*ex plurimis*, Cass., 21 aprile 2017, n. 10158).

[36] Così, ad esempio, Cass., 18 luglio 2002, n. 10427 (cit. nella pronuncia delle Sezioni Unite del 2023 e altresì nell'ordinanza di rimessione in commento), ove in sostanza si afferma che l'azione di ingiustificato arricchimento potrebbe essere esclusa solo in caso di illiceità del contratto dovuta a contrarietà al buon costume, e non anche in caso di contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico.

[37] Nuzzo, voce *Negozio giuridico, IV) Negozio illecito*, in *Enc. Giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, 3; Scalisi, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ*., 2007, I, 843; Rabitti, *Contratto illecito e norma penale*, cit., 136 e *passim*.

nali, giacché esse rappresentano il punto di emersione della complessità dell'istituto della nullità, che si atteggia *ordinariamente* in modo diverso a seconda della diversità degli interessi in gioco.

Di qui anche l'idea, tradizionalmente esclusa, che l'illiceità possa inficiare pure l'elemento della forma, considerando le numerose normative di derivazione europea che, in tema di contratti dei consumatori, o concernenti taluni settori dei contratti di impresa, impongono la forma non come onere, ma quale *obbligo*, con finalità di trasparenza, informazione e, soprattutto, a *protezione* di categorie di contraenti svantaggiate dalle asimmetrie informative. Ciò ha infatti determinato una compenetrazione tra forma e contenuto che giustificherebbe l'illiceità della violazione dell'obbligo (e non onere) formale nella contrattazione asimmetrica[38].

Considerazioni, per certi versi, analoghe valgono anche per la fase post-nullità, nel senso di seguito precisato.

In linea generale, si afferma pacificamente che il nostro sistema ha accolto un'impostazione unitaria: l'esecuzione di una prestazione non dovuta impone la *restitutio in integrum* e genera un obbligo di restituire. Difatti, gli effetti della caducazione contrattuale, quale che ne sia la causa, trovano sede nella disciplina prevista dall'art. 2033 c.c. in tema di indebito che, prevedendo «[c]hi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato», contempla il diritto alla restituzione di quanto versato (anche, quindi, in esecuzione di un contratto nullo perché illecito).

Tuttavia, il quadro normativo è assai più complesso di quanto possa apparire e, lasciando ampi margini di discrezionalità all'interprete, ha inevitabilmente favorito nella prassi l'applicazione di una pluralità di soluzioni, spesso «ispirate a scelte intuitivamente equitative»[39] e variabili a seconda sia della natura della prestazione eseguita, sia del tipo di impugnativa contrattuale.

La disciplina dell'indebito presenta, infatti, una serie di aspetti – è modellata sull'ipotesi di una "isolata" prestazione non dovuta; trascura di considerare le prestazioni di fare o di lasciar godere; differenzia il contenuto dell'obbligazione restitutoria a seconda della buona o della mala fede di chi ha ricevuto l'indebito, prevede eccezioni – che sovente ne rendono problematica l'applicazione, specie ai contratti con prestazioni corrispettive non restituibili in natura. A questa disciplina generale, si affiancano poi varie disposizioni sparse, alcune contenute nella disciplina del contratto in generale[40], altre

---

[38] Sul punto Di Marzio, *Elementi del contratto e negozio illecito*, in *https://www.ratioiuris.it/wp-content/uploads/2017/01/CONTRiLLdIREKTA.pdf*.

[39] CosìBargelli, *Sinallagma rovesciato e ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della* restitutio in integrum *nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ*., 2008, 119.

[40] Come, ad esempio, quelle che si pongono sul diverso piano della tutela dei terzi, disciplinando gli effetti dell'annullamento (art. 1445 c.c.), della risoluzione per inadempimento (art. 1458 c.c.) e della rescissione (art. 1452 c.c.).

dettate per taluni singoli tipi[41], altre ancora di derivazione europea[42], che valgono a fornire indicazioni di raccordo tra invalidità e restituzioni, benché spesso solo parziali.

In ragione di questa non semplice convivenza di una pluralità di regole, nelle quali bilateralità e simmetria delle restituzioni non sono sempre possibili né indefettibili, non sorprende la diversità di approcci da parte della giurisprudenza al problema delle restituzioni, come ben messo in luce dalla dottrina[43]. Uno di questi consiste nell'applicazione di un regime, per così dire, incrociato: si nega il corrispettivo a colui ha eseguito la prestazione indebita (e, ove già percepito, se ne ammette la ripetizione), ma gli si riconosce la legittimazione ad agire per l'arricchimento ingiustificato (salvo che non si tratti di prestazione immorale)[44].

Nelle riflessioni sistematiche di attenta dottrina, talune di queste regole sono lette non tanto come semplici eccezioni al principio della *restitutio*, quanto piuttosto come la

---

[41] Si pensi, ancora una volta, all'art. 2126 c.c. che, al fine di garantire una tutela forte al lavoratore, prevede eccezionalmente che la nullità del contratto per violazione di legge non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione (salvo che la nullità derivi da illiceità della causa o dell'oggetto), oppure all'art. 2231 c.c., il quale, con finalità dissuasive, se non punitive, nega azione per il pagamento della retribuzione a chi ha eseguito una prestazione professionale condizionata all'iscrizione ad un albo o ad un elenco senza esservi iscritto, e ciò con una formulazione ritenuta indicativa dell'intento di escludere l'operatività di qualsiasi rimedio alternativo. Nei casi, invece, di nullità del contratto di prestazione professionale – diverse dalla mancata iscrizione all'albo – si ritiene tendenzialmente ammissibile l'azione di ingiustificato arricchimento (si pensi alle ipotesi, numerosissime, di prestazione eseguita dal professionista in assenza di un valido conferimento dell'incarico da parte della p.a.), salvo che, ovviamente, non si ricada nel caso della prestazione contraria al buon costume.

[42] Si consideri, ad esempio, l'art. 66-*quinquies* cod. cons., che, in caso di fornitura non richiesta, esonera il consumatore dall'obbligo di fornire qualsiasi prestazione corrispettiva.

[43] Più ampiamente, per una ricostruzione sistematica e possibile chiave di lettura della complessità delle questioni che ruotano attorno al problema delle restituzioni (e concernenti tanto la qualificazione della fonte dell'obbligazione, quanto l'individuazione del regime applicabile), si rinvia a Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010. Negli ultimi anni, la dottrina ha dedicato al tema ulteriori, significavi, contributi: v. Guerrini, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012; Aa.Vv., *Le restituzioni contrattuali*, a cura di G. De Nova, Milano, 2012; M. Dellacasa, *Restituzioni e regime dei rimedi contrattuali: un'analisi critica del diritto applicato*, in *Contr. impr*., 2018, 1120; Di Lorenzo, *La restituzione impossibile*, Milano, 2022; Aa.Vv., *Le restituzioni contrattuali*, a cura di Gallo e Magri, Torino, 2024.

[44] Espressioni di questo approccio sono, ad esempio, Cass. 16 dicembre 2024, n. 32696; Cass., 11 ottobre 2016, n. 20383; Cass. 13 dicembre 2016, n. 16422, tutte in tema di locazione nulla per difetto di forma (che superano quell'orientamento, proprio soprattutto dei giudici di merito, secondo cui va negata la restituzione dei canoni versati durante il periodo di godimento ciò comportando un arricchimento senza causa del conduttore); Cass., 2 aprile 2009, n. 8040 e Cass., 27 febbraio 2002, n. 2884, entrambe relative ad appalto nullo per illiceità dell'oggetto e, in particolare, per violazione di norme imperative. Un'applicazione significativa è stata anche la fattispecie del contratto di agenzia nullo per la mancata iscrizione del professionista nell'apposito albo, che ha in seguito perso rilevanza pratica per incompatibilità della normativa italiana con quella europea (Corte europea di giustizia, 30 aprile 1998, C-215/97).

conferma dell'esistenza di un «nesso funzionale» fra rimedio contrattuale e restituzioni quale fondamento delle ipotesi ed aree di irripetibilità[45].

Così, a fianco di un generale principio di ripristino dello *status quo ante*, e dunque di riequilibrio fra le sfere economiche delle due parti, coesistono – in un certo senso *ordinariamente* – particolari situazioni in cui la ripetizione può essere negata (unilateralmente o bilateralmente) «per ragioni connesse alla *ratio* – dissuasiva o protettiva – dell'invalidità»[46].

La stretta connessione fra rimedio primario (nullità) e rimedio secondario (restituzione) induce quindi a indagare se questo nesso funzionale, idoneo a determinare la rottura della bilateralità restitutoria, sia ravvisabile nel caso di specie.

4. Rilevanza della *ratio* della causa di nullità e riflessi sulla tutela del *solvens*

Come accennato, la nullità dei contratti con la p.a. per difetto forma non assolve a una finalità protettiva dell'altro contraente (privato o pubblico) né della stessa p.a., posto che, semmai, la finalità protettiva concerne le risorse pubbliche e il loro corretto utilizzo. Peraltro, che non si tratti di una nullità di protezione trova conferma nel fatto stesso che qui si configura – come sottolineato dalla Cassazione – una nullità "assoluta", e non relativa.

Del pari debole appare una finalità dissuasiva: la nullità per difetto di forma non si interessa affatto del comportamento dei contraenti, non è né dissuasiva né protettiva, ma piuttosto "di garanzia" delle risorse dell'ente e, quindi, della generalità dei consociati.

Se, dunque, sono in gioco i principi di imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa, sarebbe contraddittorio lasciare la p.a. *solvens* priva di ogni rimedio, ciò traducendosi, di fatto, in un danno per la collettività: un esito, questo, evidentemente incompatibile e sproporzionato rispetto alla *ratio* delle regole sulla forma *ad substantiam*.

---

[45] Bargelli, *Invalidità del contratto e restituzioni nelle intersezioni fra le fonti del diritto,* in *Riv. dir. civ*., 2024, 586, che analizzando varie ipotesi di invalidità – sia derivazione europea (con particolare attenzione al «laboratorio» della nullità della clausola abusiva e fase post-abusività) che interne – e il relativo regime delle restituzioni, individua un *fil rouge* in un «principio di non contraddizione» con la *ratio* della causa di invalidità. Per una valorizzazione del collegamento tra regime restitutorio e rimedio contrattuale che ne costituisce il presupposto anche Dellacasa, *La restituzione delle prestazioni di fare nella patologia del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, 540-541. La medesima prospettiva è altresì valorizzata da Dalmartello, *Conseguenze del giudizio di vessatorietà: dalla post-vessatorietà alla* condictio indebiti *di protezione*, in *Riv. dir. bancario*, 2023, 79 ss. (in part. 94).

[46] Bargelli, *Invalidità del contratto e restituzioni*, cit., 590, che riporta ad esempio, fra le varie ipotesi indagate, quella del corrispettivo versato alla madre surrogata (in violazione della legge n. 40/2004) ovvero per corrompere un funzionario (tutte ipotesi, peraltro, di doppia se non tripla illiceità, in quanto contrarie sia a norme imperative sia all'ordine pubblico sia al buon costume).

La finalità diventerebbe allora punitiva, ma ciò può prospettarsi solo per gli scambi "vietati" dall'ordinamento, perché più fortemente disapprovati e quindi rifiutati.

Come detto, la necessità di modulare il regime delle restituzioni in relazione alla *ratio* – dissuasiva o protettiva – della nullità emerge continuamente e trova conferma in varie regole sparse, sia di portata generale che particolari.

Una finalità dissuasiva emerge ad esempio nell'art. 2035 c.c., che pone un divieto bilaterale di ripetizione in caso di indegnità bilaterale, peraltro anch'esso suscettibile – sempre in virtù di un principio di non contraddizione con la *ratio* della causa di invalidità – di un'applicazione flessibile, più o meno severa a seconda della forza dissuasiva, più o meno intensa, percepita nel caso concreto[47]. Ma, comunque, la somministrazione idrica è quanto di più lontano da una prestazione immorale.

Una finalità fortemente protettiva emerge, ad esempio, nell'art. 2, comma 1, legge n. 192/98, secondo cui, in caso di nullità, «il subfornitore ha comunque diritto al pagamento delle prestazioni già effettuate e al risarcimento delle spese sostenute in buona fede ai fini dell'esecuzione del contratto». Ma, come detto, questa finalità è assente nell'ipotesi in esame.

Analoga finalità protettiva, ma altresì dissuasiva, emerge nell'art. 66-*quinquies* cod. cons., che, in caso di fornitura non richiesta, esonera il consumatore dall'obbligo di fornire qualsiasi prestazione corrispettiva. Qui sia l'esigenza di protezione del contraente debole, sia quella di disincentivare tali pratiche sono talmente intense che la giurisprudenza esclude ogni sorta di "ripetibilità" della prestazione eseguita da parte del fornitore[48]. Del resto, una diversa soluzione si porrebbe in contrasto con il divieto di legge (di pretendere un corrispettivo per l'attività svolta) e lo vanificherebbe. Ma, ancora una volta, il caso di specie non rientra nella fattispecie, trattandosi di somministrazione idrica ad uso professionale, peraltro presumibilmente richiesta.

Gli esempi con cui confrontarsi potrebbero continuare, ma la conclusione è univoca: nella specie non è ravvisabile alcuna ragione o elemento che abbia la forza di spezzare la bilateralità restitutoria negando in radice tutela alla p.a. *solvens*. Una valutazione in prospettiva funzionale, conforme alla *ratio* della nullità conduce, al contrario, ad ammetterla senz'altro, onde evitare di mettere a rischio l'equilibrio dei bilanci e di pregiudicare il buon andamento, l'economicità e l'efficienza dell'azione amministrativa.

---

[47] Ad esempio, nell'ipotesi di prestazione di servizi sessuali, è ragionevole escludere la *soluti retentio* in almeno due casi: quando la prestazione eseguita è oggetto di sfruttamento da parte un terzo; quando la prestazione è eseguita da una persona minorenne. Al riguardo v. Biancardi, *Prestazioni di servizi sessuali e restituzioni*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2025, 246 ss., secondo, cui, peraltro, la prestazione di servizi sessuali sarebbe sempre suscettibile di restituzione, a prescindere dall'età del *solvens*.

[48] Cass., 12 gennaio 2021, n. 261, ravvisando nella norma – art. 57 cod. cons., nella formulazione applicabile *ratione temporis* al caso di specie, poi trasfuso nell'art. 66-*quinquies* – una «anche una valenza latamente sanzionatoria» del professionista.

5. Difetto di forma dei contratti della p.a. e difetti dell'ordinanza di rimessione. Peculiarità della somministrazione idrica

Vi sono poi ragioni ulteriori che militano a favore del ripristino, in sede restitutoria, dell'equilibrio commutativo in caso di nullità del contratto della p.a. per difetto di forma.

Come detto, sulla scia della generica e ambigua espressione utilizzata dalle Sezioni unite, la S.C., focalizzandosi sulla natura delle norme (imperative) violate e sugli interessi (pubblici) da queste protetti, sembra implicitamente ritenere che l'ipotesi sia ascrivibile al comma 1 dell'art. 1418 c.c., nonostante questo riguardi, più propriamente, le ipotesi in cui la legge non prevede espressamente la nullità e spetta appunto all'interprete ricavarla – anche – in base alla natura della norma violata.

In un altro discutibile passaggio, la Corte pare ritenere che la nullità in questione abbia una funzione essenzialmente punitiva, denotando «un chiaro disvalore enunciato dall'ordinamento», benché nelle ipotesi di "contrasto con norme imperative" la nullità non avrebbe quel carattere così sanzionatorio (e, talvolta, neppure necessario) ravvisabile nelle ipotesi di illiceità in senso forte (contratto con causa illeceità e ipotesi assimilate). Ambiguo e impreciso è poi l'utilizzo tralatizio dell'espressione "nullità assoluta", che nel retropensiero della Corte pare, appunto, sottendere una illiceità in senso fortissimo – cui consegue una "nullità-sanzione" che rende "giustificato" lo spostamento patrimoniale e inammissibile ogni pretesa di restituzione – ma invero più precisamente riferibile alla legittimazione ad agire e alla rilevabilità d'ufficio (art. 1421 c.c.), la quale, però, non necessariamente implica una frode alla legge né l'irripetibilità della prestazione eseguita. Infine, come conseguenza ulteriore – inevitabile ma anch'essa discutibile – la S.C. pare propensa a una diversa declinazione della regola a seconda del ruolo (di impoverito ovvero di arricchito) della p.a.: ciò, ovviamente, nella consapevolezza che l'esito prospettato si porrebbe in contrasto con tutta quella consolidata giurisprudenza che ammette l'azione d'arricchimento nelle ipotesi, assai frequenti, di contrati nulli per vizi di forma in cui la p.a. è l'arricchito.

In tutto questo ragionamento, si finisce però per trascurare la concreta operazione realizzata: va bene che la Cassazione non può compiere accertamenti di fatto, ma indubbiamente le peculiarità della fattispecie avrebbero meritato una più adeguata considerazione – in punto di diritto – sotto vari profili.

In primo luogo, la S.C. dà per scontato che il contratto dichiarato nullo abbia ad oggetto «prestazioni di dare» e pone perciò l'interrogativo se – in conformità all'opinione prevalente (se pur non pacifica) che ritiene operante la disciplina dell'indebito solo in tali casi, riconducendo nell'ambito dell'azione arricchimento le restituzioni di prestazioni di fare o di lasciar godere – debba trovare applicazione l'azione di ripetizione d'indebito in luogo di quella di arricchimento.

Tuttavia, il contratto di somministrazione del servizio idrico, benché generalmente inquadrabile nella fattispecie di cui all'art. 1559 c.c., presenta peculiarità tali – *in primis* la natura del bene somministrato, ma anche il regime di monopolio in cui la prestazione viene normalmente erogata – da poterlo considerare un contratto *sui generis*.

Prescindendo in questa sede dagli ampi dibattiti sul "diritto all'acqua" come diritto umano fondamentale e universale e sulla sua qualificazione come "bene comune" e patrimonio dell'umanità, preme evidenziare che, senza dubbio, si tratta di un bene che non è in alcun modo equiparabile a nessun altro mero prodotto commerciale[49], perché non ha natura commerciale.

L'acqua è pubblica e gratuita (art. 822 c.c.; art. 1 legge n. 36/1994 - *Disposizioni in materia di risorse idriche*), ma l'accesso e l'utilizzo di questa risorsa essenziale richiedono la costruzione di complesse reti di infrastrutture nonché la gestione di reti di distribuzione che, ovviamente, sono invece onerose[50]. Inoltre, diversamente da altri settori (come l'energia), il servizio idrico non è inserito nel mercato libero, ma è riservato ai Comuni, che possono gestirlo direttamente o appaltarlo ad aziende esterne.

L'utente, dunque, non paga l'acqua in sé, ma tutti i costi dei servizi che ne permettono la fruizione (il cui ammontare non è deciso unilateralmente dal gestore, ma è definito dall'Autorità pubblica di regolazione, sulla base di una metodologia omogenea a livello nazionale)[51].

Tutto ciò significa, in definitiva, che il contratto di somministrazione idrica ha ad oggetto una prestazione, in cambio di un corrispettivo, ove è decisamente prevalente il *facere*, e non il dare.

Un secondo ordine di considerazioni attiene prettamente al fatto: non c'è dubbio che le fasi iniziali, prodromiche alla stipula, partono necessariamente da un'iniziativa dell'aspirante utente, ossia da una sua richiesta (di allacciamento idrico e attivazione della fornitura) alla quale il gestore non può non dare riscontro, peraltro con tempistiche ben precise, di solito decorrenti dall'accettazione del preventivo (spesso standardizzato)[52]. Non sappiamo se nella specie il preventivo fu inviato, ma presumibilmente non fu accet-

---

[49] In tal senso è esplicita, sin dal considerando 1, la direttiva 2000/60/Ce che istituisce un quadro per l'azione comunitaria nel campo della politica per le acque (versione consolidata), che recita: «L'acqua non è un prodotto commerciale al pari degli altri, bensì un patrimonio che va protetto, difeso e trattato come tale».

[50] Il servizio idrico integrato è infatti qualificato come «servizio pubblico locale di rilevanza economica» (Corte Cost., 15 giugno 2011, n. 187), la cui gestione soggetta a principi di efficacia ed economicità, e altresì di non discriminazione e accessibilità per tutti. Sulla natura di "corrispettivo" contrattuale – e non di "tributo" – dei costi del servizio idrico integrato, v. Corte Cost., 15 ottobre 2008, n. 43.

[51] Difatti, non soltanto la quota "fissa" del corrispettivo, ma anche la quota "variabile", a seconda del consumo, prevede diversi costi per la gestione della fognatura, della depurazione e ovviamente dell'acquedotto. Il costo a metro cubo è modulato con scaglioni di prezzo crescenti legati al volume di acqua impiegato, in modo da disincentivare gli sprechi. Inoltre, nella bolletta dell'acqua vengono conteggiate le componenti tariffarie UI, stabilite sempre dall'Arera e commisurate ai volumi fatturati.

[52] Come stabilito dalla Carta dei servizi Arera, *Regolazione della qualità contrattuale del servizio idrico integrato ovvero di ciascuno dei singoli servizi che lo compongono*, Delibera 23 dicembre 2015 (655/2015/R/idr).

tato, potendo ciò equivalere a contratto scritto. Quel che è certo è che l'acqua fu effettivamente erogata e utilizzata dal privato.

Queste circostanze appaiono molto rilevanti in sede di valutazione del presupposto cardine dell'azione di arricchimento, ossia lo spostamento di ricchezza privo di giusta causa.

6. La valutazione della "mancanza di giusta causa": rilevanza della buona fede e delle circostanze di fatto "imputabili" alle parti in conflitto

Secondo un insegnamento autorevole[53], il controllo sulla "mancanza di giusta causa", se ovviamente non può prescindere da una «valutazione del fatto che è all'origine dello spostamento patrimoniale», può tuttavia essere condotto seguendo alcune direttive generali.

In primo luogo, la fattispecie dubbia dev'essere messa a confronto con fattispecie affini positivamente disciplinate con la previsione o con l'esclusione di un'obbligazione restitutoria, delle quali occorre chiarire la *ratio*.

In secondo luogo, non può escludersi una rilevanza dei comportamenti e altresì degli stati soggettivi delle parti. Se infatti è vero che il fenomeno dell'arricchimento ingiustificato è dalla legge valutato in termini oggettivi, prescindendo dal comportamento e, più in generale, dalle componenti psicologiche dei soggetti coinvolti, è anche vero che ciò dipende dalla «struttura "neutra" della fonte» dell'obbligo di indennizzo, nonché dall'«ampiezza delle sue possibili manifestazioni», e pertanto non può essere interpretato come volontà di escludere qualsiasi accertamento e valutazione «di tutte le circostanze che possano essere "imputate" alle parti in conflitto». Se ne desume, quindi, la possibile rilevanza di tali ulteriori «componenti del fatto»[54].

La valutazione dev'essere condotta «alla stregua della regola della correttezza», trattandosi anche di «accertare di volta in volta l'"esigibilità" della pretesa di indennizzo con riguardo alla natura stessa dei rapporti regolati e degli interessi in conflitto»[55].

---

[53] Breccia, *L'arricchimento senza causa*, cit., 985 ss., e in part. 988.

[54] Breccia, *L'arricchimento senza causa*, cit., 1014-1015. Un indice normativo di conferma di queste considerazioni è ad esempio rinvenibile nell'ipotesi della ripetibilità degli emolumenti indebitamente erogati dalla p.a.: l'art. 13, comma 1, legge n. 412/1991, esclude la ripetibilità delle rate di pensione versate sulla base di provvedimento viziato da errore imputabile all'ente erogatore, salvo che l'indebita percezione sia dovuta a dolo dell'interessato.

[55] Ancora Breccia, *L'arricchimento senza causa*, cit., 994-996-998. Sul ruolo dell'"esigibilità", discendente dalla buona fede, ai fini della tutela dell'affidamento legittimo dell'*accipiens* e sulla sua incidenza – non sulla sussistenza della pretesa ma – sulle modalità del suo esercizio onde evitare abusi, v. Corte Cost., 27 gennaio 2023, n. 8, sulla questione della ripetibilità dell'indebito previdenziale e retributivo non pensionistico. Sull'evoluzione della buona fede quale strumento correttivo per modellare e «delimitare in concreto le restituzioni conseguenti ad una nullità di protezione»,

Infine, la valutazione non può prescindere da «un bilanciamento tra posizione dell'impoverito e posizione dell'arricchito», onde evitare che la negazione o la concessione della tutela restitutoria «determini – in relazione alle caratteristiche della vicenda concreta – risultati irrazionali, inaccettabili, ingiusti»[56].

Queste direttive risultano peraltro coerenti con la logica tra le righe adottata dalle Sezioni Unite del 2023, le quali, sposando la «*soluzione che distingue a seconda delle ragioni del rigetto della domanda risarcitoria*», hanno sancito un principio che, implicitamente, dà rilevanza alla condotta: il rimedio resta precluso quando il rigetto della diversa azione sia dipeso da un comportamento negligente imputabile all'impoverito (mancato assolvimento dell'onere della prova; prescrizione; decadenza), e altresì quando l'operazione posta in essere sia disapprovata dall'ordinamento, importando un giudizio di riprovazione *per il risultato* che le parti si propongono di realizzare. L'inammissibilità dell'azione opera quindi, oltre che come sanzione, per assicurare la coerenza dell'ordinamento, precludendo un utilizzo *contra legem* del rimedio.

Considerando che questi principi valgono sempre, anche nei rapporti tra privati e p.a.[57], è alla luce di essi che va risolto il caso di specie.

Essendo incontestabile che il servizio idrico è stato somministrato dal Comune e fruito per alcuni anni, senza che risulti contestazione alcuna, appare ragionevole ritenere che il servizio sia stato anche preventivamente richiesto dall'utente "arricchito", che ne ha poi pienamente usufruito, ricevendo le relative fatture senza nulla obiettare, per un lungo periodo di tempo. Siamo dunque fuori da ipotesi di "arricchimenti imposti" e all'insaputa dell'arricchito.

Inoltre, siamo di fronte a un comportamento evidentemente tutt'altro che collaborativo e conforme a buona fede e, invero, ben più censurabile di quello della p.a. che negligentemente omette di regolarizzare per iscritto il contratto, ma fornisce regolarmente il servizio.

Ebbene: nel doveroso «bilanciamento» tra le posizioni dei due soggetti, sarebbe evidentemente ingiusto e inaccettabile far ricadere sul secondo – e, in definitiva, sui contribuenti – il pregiudizio imputabile (anche) a un comportamento opportunistico e scorretto del primo.

Né può trascurarsi che nella specie si trattava di un contratto avente ad oggetto un bene essenziale che la p.a. non poteva rifiutare di erogare; a maggior ragione, dunque,

---

neutralizzando contegni opportunistici e abusivi anche della parte protetta, v. Vettori, *Nullità selettive e "riequilibrio effettivo". L'evoluzione della buona fede*, in *Persona e mercato*, 2019, 29.

[56] Così Maggiolo, *Le Sezioni Unite e la sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento*, cit., 14, che appunto non esclude l'applicabilità della tutela restitutoria anche ad ipotesi di illiceità diverse dalla contrarietà a norme imperative.

[57] Come del resto espressamente sancito dall'art. 1, comma 2-*bis*, legge n. 241/90 (introdotto dall'art. 12, comma 1, lett. *a*), d.l. n. 76/2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 120/2020), ai sensi del quale «[i] rapporti tra il cittadino e la p.a. «sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede».

è evidente che non ricorre un'ipotesi di «diritto alla prestazione non (...) riconosciuto *a priori* dall'ordinamento» e che, nel risultato perseguito, non è ravvisabile nessun «aggiramento di norme indisponibili» né «incompatibilità di fondo con l'ordinamento»: la mancanza di forma, semplicemente, rende il contratto privo di un elemento che la legge richiede per la completezza della fattispecie, e perciò inidoneo al risultato (tuttavia approvato). Ne deriva una nullità "semplice", che – quand'anche configurabile come la conseguenza del mancato assolvimento di un obbligo, e non di un onere – non esprime alcun «giudizio di disvalore» *sullo scambio* realizzato.

Dunque, la valutazione in fatto di tutte le circostanze autorizza a ritenere "ingiustificato" lo spostamento patrimoniale e, perciò, necessario un riequilibrio delle prestazioni tramite l'azione *ex* art. 2041 c.c.

Ma non solo. Non è infatti da escludere che la valutazione in fatto possa incidere anche sul *quantum* dovuto, che non necessariamente dovrà essere limitato all'arricchimento.

Al riguardo pare meritevole di attenzione la tesi secondo cui l'art. 2037 c.c. – ai sensi del quale se la cosa è perita, chi l'ha ricevuta in mala fede è tenuto a restituirne il "valore" – dovrebbe trovare applicazione analogica anche nell'ipotesi di prestazioni indebite di fare[58].

A sostegno di questa interpretazione, si sottolinea, preliminarmente, il fatto che gli artt. 2037 e 2038 c.c. stabiliscono una disciplina articolata e differenziata, in cui trovano spazio anche obbligazioni indennitarie (quindi nei soli limiti dell'arricchimento), le quali sorgono nei seguenti tre casi: in capo all'*accipiens* di buona fede, ove la restituzione sia impossibile per perimento della cosa (art. 2037, comma 3, c.c.); in capo al terzo acquirente a titolo gratuito da alienante-*accipiens* di buona fede (art. 2038, comma 1, c.c.); e, ancora, in capo al terzo acquirente a titolo gratuito da alienante-*accipiens* di mala fede che sia stato inutilmente escusso (art. 2038, comma 3, c.c.).

Ad eccezione solo di quest'ultima ipotesi, in caso di mala fede dell'*accipiens* operano invece regole diverse le quali, a seconda dei casi, commisurano il diritto del *solvens* «ora al "*valore*"» (art. 2037, comma 2, c.c.), «ora al "*corrispettivo*"» (art. 2038, comma 2, c.c.).

In questo quadro, quindi, si rileva che la differenza disciplinare non pare affatto collegata al tipo di prestazione (dare o fare), bensì alla «considerazione dello stato soggettivo» di buona o di mala fede dell'*accipiens*.

Di qui l'incoerenza, oltre che l'iniquità, di un'«applicazione indiscriminata» dell'art. 2041 c.c. alle ipotesi di restituzioni di prestazioni di fare, giacché in tal modo, anche nel caso di prestazioni indebite ricevute in mala fede (come nella specie), il *solvens* sarebbe indennizzato nei soli limiti dell'arricchimento, anziché nei «più pregnanti termini del

[58] V. in particolare Passagnoli, *Invalidità del contratto e restituzioni*, in *Persona e mercato*, 2014, 102-103.

"valore"» che invece conseguirebbe tramite «la via dell'applicazione analogica dell'art. 2037»[59].

7. (*Segue*) Irrilevanza della natura delle parti in conflitto

Un cenno merita infine il secondo quesito formulato dalla S.C., e cioè se «*il giudizio sull'ammissibilità dell'azione possa essere declinato diversamente, in caso di declaratoria di nullità del contratto per difetto di forma scritta, qualora, come nella specie, il soggetto "impoverito" sia la stessa P.A.*».

La risposta non può che essere negativa per ovvie ragioni di coerenza sistematica. È vero che in passato, nell'ampia applicazione del rimedio nei rapporti tra p.a. (quasi sempre convenuta) e privati, non era mancata la tendenza ad attribuirgli un carattere parzialmente "speciale", richiedendosi che l'attore fornisse la prova del previo gradimento dell'amministrazione stessa, ossia il requisito del riconoscimento dell'utilità. Un trattamento, dunque, in parte diverso per la p.a. arricchita – peraltro «per qualche aspetto affine» a quello previsto dall'art. 2039 c.c. per il soggetto incapace che abbia ricevuto un pagamento non dovuto – e comprensibilmente dettato dalla preoccupazione di evitare di esporla ad arricchimenti imposti[60].

Tuttavia, la stessa giurisprudenza gradualmente attenuava la rilevanza di tale requisito, ammettendo un riconoscimento "implicito" – purché proveniente «dall'organo rappresentativo dell'ente pubblico interessato», «successivo alla esecuzione» della prestazione e «consapevole»[61] – desumibile dall'effettivo utilizzo dei beni o dei servizi per le finalità dell'ente[62] e, talvolta, arrivando anche a negarne la necessità, rimettendo la valutazione dell'*utilitas* all'apprezzamento del giudice[63]. Il progressivo rafforzamento della tendenza ad accertare la sussistenza di un vantaggio per l'ente su un piano oggettivo, e non soggettivo, ha poi ricevuto l'avallo definitivo delle Sezioni Unite, che hanno sancito che il riconoscimento dell'utilità da parte dell'arricchito non è requisito dell'azione, la quale dev'essere paritariamente applicata al soggetto privato come all'ente pubblico[64].

---

[59] Passagnoli, *op. loc. cit.*, secondo cui, quindi, l'indennizzo nei limiti dell'arricchimento dovrebbe operare solo nel caso di buona fede dell'*accipiens*.

[60] Per tali rilievi Breccia, *L'arricchimento senza causa*, cit., 1016 e 1018. Analogamente Gallo, voce *Arricchimento senza causa*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.,* Aggiornamento, XII, Torino, 2019, 17, sottolinea come «[i]l vero problema» non fosse «tanto quello del riconoscimento dell'utilità, quanto quello di evitare l'imposizione di una responsabilità da arricchimento».

[61] Cass., 27 luglio 2002, n. 11133.

[62] Cass., 18 giugno 2008, n. 16596.

[63] Cass., 21 aprile 2011, n. 9141.

[64] Cass., SS.UU., 26 maggio 2015, n. 10798. Resta ovviamente salva la possibilità per la p.a. di eccepire che si tratti di arricchimento imposto, il che comporta, quindi, un'inversione dell'onere della prova: non è il privato a dover provare il riconoscimento dell'utilità da parte della p.a., ma è la p.a. che, al pari di qualunque altro soggetto, può eccepire che l'arricchimento non fu voluto o di non

In effetti, come da tempo osservato dalla dottrina, «mancava un vero fondamento normativo per l'applicazione di un regime diverso alla p.a. rispetto a quello di diritto comune». Del resto, se si è sensibili al problema degli arricchimenti privi di una giusta causa, «lo si deve essere sempre in sede di valutazione in fatto dell'arricchimento, ricostruendo in tal modo una regola paritaria»[65] e come tale insensibile (anche) al ruolo di attore o di convenuto del soggetto pubblico.

In definitiva, in caso di difetto della forma scritta dei contratti della p.a., delle due l'una: o – come qui si è cercato di dimostrare – la tutela restitutoria è (astrattamente) ammissibile sempre, oppure non lo è mai, anche perché una diversa soluzione finirebbe per esporre l'amministrazione a paradossali "impoverimenti imposti".

Abstract

L'ordinanza della Cassazione n. 1284/2025 ha richiesto l'intervento delle Sezioni Unite in tema di ammissibilità dell'azione di arricchimento in ipotesi di nullità di contratto con la p.a. per difetto di forma (ove – inusualmente – ad assumere il ruolo di arricchito è il privato).
Una serie di questioni, già di per sé problematiche, si intrecciano inestricabilmente: non si tratta tanto della sussidiarietà dell'azione, quanto piuttosto del problema della mancanza di giusta causa dell'arricchimento, che a sua volta non è disgiunto dal problema – anzi: è pressoché un tutt'uno con esso – dei rapporti e del coordinamento tra regime di nullità e regime restitutorio.
Il presente contributo affronta questo groviglio di problemi seguendo quell'impostazione dottrinale, di tipo funzionale, volta a valorizzare il nesso di necessaria coerenza fra rimedio primario e rimedio secondario.

The Supreme Court ordinance no. 1284/2025 required the intervention of the United Sections on the admissibility of the enrichment action in case of nullity of a contract with the public administration due to lack of form (where – unusually – the private person assumes the role of the enriched party).
A series of issues, already problematic in themselves, are inextricably intertwined: it is not so much about the subsidiarity of the action, but rather of the problem of the lack of just cause of enrichment, which in turn is not separate from the problem – indeed: it is almost one with it – of the relationships and coordination between the nullity regime and the restitution regime.
This paper addresses this tangle of problems by following that doctrinal approach, of a functional type, aimed at valorising the link of necessary coherence between primary and secondary remedy.

esserne stata consapevole.

[65] Ancora Breccia, *L'arricchimento senza causa*, cit., 1018-1019.

Danni da farmaci: commistione tra regimi di responsabilità e allocazione del rischio da sviluppo

Viola Cappelli
Assegnista di ricerca della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

Sommario: 1. Il caso e la decisione. – **2.** La questione del rapporto tra il regime di responsabilità per danno da prodotto difettoso e la disciplina codicistica. – **3.** La difficile applicabilità della disciplina in materia di responsabilità del produttore nel caso di danno da farmaco. – **4.** Il diverso contenuto della prova liberatoria del produttore nella responsabilità consumeristica e in quella per attività pericolose. – **5.** L'adeguatezza dell'informazione sui rischi del farmaco alla luce dell'allocazione del rischio da sviluppo nei due regimi di responsabilità. – **6.** Considerazioni conclusive.

1. Il caso e la decisione

Con la sentenza n. 8224 del 28 marzo 2025, la Corte di Cassazione torna a pronunciarsi sul tema della responsabilità del produttore per i danni provocati da farmaci, chiarendo il rapporto tra la disciplina consumeristica in materia di danno da prodotto difettoso e le norme generali del codice civile e censurando la commistione tra regimi di responsabilità.

Nel caso di specie, un uomo quasi settantacinquenne conveniva in giudizio un produttore farmaceutico per ottenere il risarcimento dei danni derivanti da una grave encefalomielite insorta successivamente alla somministrazione di un vaccino antinfluenzale. In primo grado, il Tribunale di Lecce accoglieva parzialmente la domanda attorea – azione poi proseguita dalle eredi dell'uomo, deceduto nel corso del giudizio – qualificando la fattispecie come responsabilità extracontrattuale del produttore ai sensi degli artt. 114 ss. del codice del consumo e condannava l'azienda farmaceutica al risarcimento del danno. Successivamente, la Corte di Appello di Lecce rigettava sia l'appello principale del produttore, sia quello incidentale delle eredi, confermando la condanna al risarcimento.

Nell'argomentare la decisione, la Corte di Appello affermava che il Tribunale aveva qualificato la responsabilità dell'industria farmaceutica ai sensi dell'art. 2043 c.c., e precisava che il danneggiato aveva assolto l'onere probatorio a suo carico, dimostrando l'avvenuta somministrazione del vaccino, il verificarsi del danno alla salute e il nesso causale tra vaccinazione e patologia secondo il criterio del più probabile che non. Diversamente il produttore non aveva fornito la prova liberatoria che il difetto non era riconoscibile secondo lo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche dell'epoca, in quanto non aveva effettuato studi scientifici aggiornati sulle possibili conseguenze negative e sulle relative modalità di prevenzione degli effetti collaterali nella popolazione clinica cui apparteneva il danneggiato – anziani con comorbilità di diabete, cardiopatia e discopatie –, pur risultando dalla consulenza tecnica d'ufficio che "non ci sono ad oggi dati di sicurezza ed efficacia relativi a sottopopolazioni come i diabetici o in pazienti affetti da patologie neurologiche". Secondo la Corte di Appello, l'esistenza di un dubbio o anche una non perfetta compiutezza negli studi scientifici tale da non condurre a risultati di assoluta certezza avrebbe dovuto indurre il produttore ad astenersi dalla commercializzazione del farmaco.

La Corte di Cassazione, con la sentenza in esame, accoglie il ricorso della casa farmaceutica e cassa la sentenza di appello per violazione e falsa applicazione degli artt. 117, 118 e 120 cod. cons. e dell'art. 2050 c.c. Come notato dalla parte ricorrente, la Suprema Corte rileva che in appello la controversia sia stata decisa "sulla scorta di una regola diversa, "costruita" con una sorta di *patchwork* di regole, tratte da differenti contesti e tra loro sovrapposte": la Corte di Appello ha qualificato la responsabilità in questione come extracontrattuale *ex* art. 2043 c.c. (sull'erroneo presupposto che già il Tribunale l'avesse qualificata come tale, mentre in realtà la decisione di primo grado si fondava sulla disciplina consumeristica), ma ha poi richiamato il regime della prova liberatoria del danneggiante di cui all'art. 118 del codice del consumo, definendone tuttavia il contenuto alla luce dell'art. 2050 c.c.

Le incoerenze individuate dalla Sezione Terza a questo proposito sono molteplici: rispetto alla regola generale sulla responsabilità aquiliana, la Corte di Appello ha impropriamente espunto dal corredo dei fatti costitutivi l'elemento soggettivo della colpa, introducendo una prova liberatoria del danneggiante non prevista dall'art. 2043 c.c.; la responsabilità da prodotto difettoso sarebbe stata snaturata mediante l'addossamento del cosiddetto "rischio da sviluppo" al produttore, ritenendo che quest'ultimo, per non incorrere in responsabilità, si sarebbe dovuto astenere dalla commercializzazione in mancanza di riscontri scientifici certi circa i nessi tra determinate patologie e la somministrazione del farmaco, con l'esito di far sostanzialmente confluire la responsabilità *ex* artt. 114 ss. cod. cons. nella responsabilità per lo svolgimento di attività pericolose *ex* art. 2050 c.c.; di conseguenza, nonostante avesse escluso la pericolosità del prodotto, la Corte di Appello ha di fatto applicato il regime della responsabilità per attività pericolose, cadendo così in una "palese contraddizione giuridica".

Sulla scorta di queste considerazioni, la Sezione Terza ha enunciato il seguente principio di diritto: "La disciplina sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, di cui agli artt. 114-127 del d.lgs. n. 206/2005 (Codice del consumo) [...] non esclude, né

limita, secondo quanto previsto dall'art. 127 cod. cons. [...], la possibilità per il danneggiato di usufruire della tutela somministrata da un regime di responsabilità differente da quello stabilito dalle anzidette disposizioni del codice del consumo (come, ad es., dalle fattispecie di responsabilità di cui agli artt. 2043 e 2050 c.c.), il quale, una volta individuato sulla scorta dei fatti allegati e provati, dovrà, però, trovare applicazione in coerenza con la disciplina per esso specificamente dettata dal legislatore, senza potersi operare commistioni tra regimi di responsabilità diversamente regolati".

2. La questione del rapporto tra il regime di responsabilità per danno da prodotto difettoso e la disciplina codicistica

La sentenza in commento consente di inserirsi nel solco delle riflessioni già sviluppate nel numero precedente della Rivista circa il rapporto tra la disciplina consumeristica della responsabilità del produttore e le regole del codice civile sulla responsabilità per esercizio di attività pericolose, con specifico riferimento ai danni da farmaci[1]. La Corte di Cassazione chiarisce più puntualmente il proprio orientamento consolidato circa il modo di operare – in parallelo e non reciprocamente escludente – delle norme di derivazione europea e di quelle del codice civile: è possibile invocare sia le tutele rimediali di cui al codice del consumo sia quelle di diritto comune (nel caso di specie, l'art. 2043 e l'art. 2050 c.c.), in quanto si tratta di discipline fondate su una "diversa *ratio* e diversa sfera di operatività"[2]; tuttavia, non può operarsi una commistione tra l'uno e l'altro regime, creando una regola *ad hoc* che non trova riscontro nell'ordinamento.

La positiva affermazione della non reciproca escludibilità tra le norme in materia di responsabilità da prodotto difettoso e le norme del codice civile costituisce il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità: le prime, "volte a realizzare un'armonizzazione globale – e non già minima, ma nemmeno completa, delle legislazioni degli Stati membri del settore della responsabilità per danno da prodotto difettoso", non si applicano in via esclusiva ma si affiancano, senza sostituirvisi, alla disciplina dettata dall'ordinamento interno in materia di responsabilità civile. "Stante la diversità di *ratio* e ambito applicativo"[3], l'operatività, tra le altre, della norma

---

[1] Il riferimento è a Carleo, *Abuso del farmaco e responsabilità del produttore per difetto di informazione*, in *questa Rivista*, 7, 2025, 253 ss. Il pronunciamento in commento era, in particolare, Cass. civ., 23 dicembre 2024, n. 33984, in *OneLegale*.

[2] Cass. civ., 7 marzo 2019, n. 6587 in *Responsabilità civile e previdenza*, 2019, 1584 ss., con nota di Montinaro, *Responsabilità del produttore di farmaci, art. 2050 c.c. e gestione precauzionale del rischio*; in *Danno e responsabilità*, 2019, 809 ss., con nota di Baffi, *La responsabilità della casa farmaceutica in un'ottica di analisi economica del diritto*; in *Il Foro italiano*, 2019, I, 3684 ss., con nota di Di Rosa, *Sul paradosso del farmaco sicuro, che fa danno impunemente*.

[3] Questo virgolettato e il precedente sono tratti da Cass. civ., 10 maggio 2021, n. 12225 in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2021, 1145 ss., con nota di Ar. Fusaro, *Effetto avverso del farmaco: obblighi informativi e responsabilità*. Nello stesso senso già Cass. civ., 29 aprile 2005, n. 8981

di cui all'art. 2050 c.c. non rimane quindi esclusa da quella contestuale del codice del consumo. Un tale assetto troverebbe conforto del testo legislativo e, precisamente, nella clausola di salvezza di cui all'art. 13 della Direttiva 85/374, la quale, recepita nell'ordinamento interno all'art. 127 cod. cons.[4], stabilisce espressamente che la Direttiva "lascia impregiudicati i diritti che il danneggiato può esercitare in base al diritto relativo alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale o in base ad un regime speciale di responsabilità esistente al momento della notifica della direttiva".

È stato tuttavia evidenziato il rischio che l'affermazione della compatibilità tra i due regimi di responsabilità rappresenterebbe per il raggiungimento della finalità armonizzatrice della Direttiva[5]. In questo senso depongono alcuni precedenti del 2002 della Corte di Giustizia che hanno guardato in modo critico all'applicabilità negli ordinamenti nazionali di discipline più favorevoli ai consumatori danneggiati[6]. Secondo la Corte, l'esistenza di un regime nazionale di responsabilità basato "sullo stesso fondamento" della disciplina europea e che "non sia limitato a un settore produttivo determinato" non potrebbe rientrare tra quelli fatti salvi dall'art. 13 della Direttiva 85/374. Per esempio, sono stati ritenuti compatibili ai sensi di questa disposizione quei regimi nazionali basati sulla garanzia per vizi occulti o sulla colpa, diversi da quello di derivazione europea quale regime che "consente al danneggiato di chiedere il risarcimento dei danni qualora fornisca la prova del danno, del difetto e della connessione causale tra il suddetto difetto e il danno"[7].

---

in *Danno e Responsabilità*, 2006, 259 ss., con nota di Bitetto, *Responsabilità da prodotto difettoso: strict liability o negligence rule?*; Cass. civ., 1 giugno 2010, n. 13432 in *Danno e Responsabilità*, 2011, 276 ss., con nota di Frata, *La responsabilità del fornitore di prodotto difettoso e l'onere di una effettiva informazione*; Cass. civ., 7 marzo 2019, n. 6587, cit.; Cass. civ., 7 novembre 2019, n. 28626, in *Onelegale*.

[4] Secondo cui le disposizioni del Titolo II della Parte IV del Codice del Consumo "non escludono né limitano i diritti attribuiti al danneggiato da altre leggi".

[5] La questione è, quindi, controversa in dottrina. A favore della compatibilità tra i due regimi, *ex multis*, Busnelli e Ponzanelli, *La responsabilità del produttore tra legge speciale e Codice civile*, in S. Patti (a cura di), *Il danno da prodotti in Italia – Austria – Repubblica Federale di Germania – Svizzera*, Padova, 1990, 20 e 27. Più recentemente Salvi, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2019, III ed., 189; Bianca, *Diritto civile, 5, La responsabilità,* Milano, 2018, II ed., 750. In senso contrario, per esempio, Al Mureden, *Il danno da prodotto conforme tra responsabilità per esercizio di attività pericolosa ed armonizzazione del diritto dell'Unione Europea*, in *Il Corriere giuridico*, 2020, 686 ss.; Caroccia, *La responsabilità per la produzione di farmaci e dispositivi medici*, in Alpa (a cura di), *La responsabilità del produttore*, Milano 2019, 525 ss.; Monateri, L*a cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo "isolamento italiano"*, in *Danno e Responsabilità*, 2011, 57 ss.

[6] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 25 aprile 2002, cause C-183/00 Gonzáles *Sánchez c. Medicina Asturiana SA*, C-154/00 Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica Ellenica e C- 52/00 Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica francese. Tra i commenti critici in dottrina, in particolare, Ponzanelli, *Armonizzazione del diritto v. protezione del consumatore: il caso della responsabilità del produttore*, in *Danno e responsabilità*, 2002, 728 ss.; Palmieri e Pardolesi, *Difetti del prodotto e del diritto privato europeo*, in *Il Foro italiano*, 2002, IV, 295 ss.; Arbour, *Corte di giustizia e protezione delle tradizioni giuridiche nell'interpretazione della Direttiva CEE/374/85*, in *Danno e responsabilità*, 2003, 375 ss.; Dellacasa, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato*, Torino, 2004, 275.

[7] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 25 aprile 2002, causa C-183/00, cit., punto 31.

Una tale interpretazione, tuttavia, è stata considerata ancora più scivolosa poiché elegge lo "stesso fondamento" della responsabilità quale criterio selettivo per distinguere tra regimi compatibili e regimi incompatibili con la disciplina europea, quando proprio il fondamento di quest'ultima appare incerto, non potendo essere ricondotta puramente e semplicemente ad una forma di responsabilità oggettiva[8].

In ogni caso, l'orientamento consolidato della Corte di Cassazione nel senso della negazione dell'identità di fondamento tra le discipline sarebbe confermato dalla nuova Direttiva 2024/2853, che sembra rintracciare il proprio fondamento nel carattere difettoso del prodotto. Anche la sentenza in commento fa proprio questo argomento, individuando nell'art. 2, comma 4, lett. c) della nuova Direttiva (sebbene *ratione temporis* inapplicabile al caso di specie), una conferma e, altresì, il chiarimento di una prospettazione siffatta, laddove tale disposizione fa salvi "i diritti di cui il danneggiato gode in forza delle norme nazionali in materia di responsabilità contrattuale, oppure di responsabilità extracontrattuale *per motivi diversi dal carattere difettoso di un prodotto* a norma della presente direttiva, comprese le norme nazionali di attuazione del diritto dell'Unione"[9].

3. La difficile applicabilità della disciplina in materia di responsabilità del produttore nel caso di danno da farmaco

L'apertura verso la possibilità di invocare regimi di responsabilità diversi ha innescato in Italia una "fuga dalla disciplina in materia di danno da prodotto difettoso"[10] in favore di norme più favorevoli al danneggiato: in particolare, nel caso dei danni da farmaco, il ricorso alla fattispecie di cui all'art. 2050 c.c. è stato massiccio[11]. È signi-

---

[8] Queste sono le puntuali considerazioni di Ar. Fusaro, *op. ult. cit.*, 1146-1147. La disputa sul punto è ricostruita recentemente da Cioni, *L'influenza indiretta del diritto europeo: il caso dei danni cagionati dai prodotti pericolosi. Spunti per una riscoperta dell'art. 2050 c.c.*, in *Rivista di Diritto Civile*, 5, 2023, 956 ss., spec. 979-981 e bibliografia ivi citata. L'Autore nota peraltro che la Corte di Giustizia ha in parte successivamente mutato il proprio orientamento, riferendosi a Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 21 dicembre 2011, causa C-495/10 e Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 20 novembre 2014, causa C-310/03, Novo Nordisk Pharma. Per la ricostruzione del dibattito sulla natura della responsabilità e la conclusione secondo cui "Il regime della responsabilità del produttore [...] non può quindi ritenersi puramente e pianamente oggettivo", v. Bertolini, R*esponsabilità del produttore*, in Navarretta (a cura di), *Codice della Responsabilità Civile*, Milano, 2021.

[9] In questo senso, rispetto alla Proposta di Direttiva presentata il 28 settembre 2022, Bellisario, *Il pacchetto europeo sulla responsabilità per danni da prodotti e da intelligenza artificiale. Prime riflessioni sulle Proposte della Commissione*, in *Danno e Responsabilità*, 2, 2023, 158 ss., spec. 165. Sul punto, pur evidenziando il carattere non "conclusivo" dell'argomento letterale, Cevolani, *La nuova disciplina europea della responsabilità per danno da prodotti difettosi (Dir. 2024/2853/UE)*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2, 2025, 429 ss., spec. 443-446.

[10] Così Montinaro, *op. cit.*, 1592.

[11] Il leading case in materia è Cass. civ., 15 luglio 1987, n. 6241, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1988, 406 ss., con nota di Tassoni, *Responsabilità del produttore di farmaci per "rischio da sviluppo"*

ficativo, a questo proposito, che la stessa Sezione Terza, nella già menzionata ordinanza n. 33984 del 2024, di poco antecedente alla pronuncia in commento, sia giunta addirittura a sostenere che "va anzitutto escluso che l'attività di produzione di farmaci sia riconducibile alla disciplina della responsabilità per danni da prodotto difettoso". Come prontamente notato[12], una tale affermazione – che comunque non potrebbe trovare giustificazione nel quadro normativo[13] ed è di fatto smentita nella stessa ordinanza, la quale poi si sofferma sul difetto di informazione – è emblematica della difficoltà di giungere a soluzioni soddisfacenti in termini di tutela dei danneggiati da farmaci facendo ricorso al regime di responsabilità consumeristico.

Fornire la dimostrazione *ex* art. 120 cod. cons. del difetto del prodotto rappresenta la prima e più consistente barriera per il danneggiato che voglia ottenere il risarcimento del danno, soprattutto a fronte di un atteggiamento della giurisprudenza di legittimità particolarmente restrittivo nell'ammettere il ricorso alla prova presuntiva[14]. Come noto, la nozione di difetto di cui all'art. 117 cod. cons. è incentrata sulla mancanza di sicurezza del prodotto[15], circostanza che la pone "in corto circuito con il danno, risultando la non sicurezza qualificazione del prodotto desunta a posteriori dal danno verificato"[16]. Il cortocircuito risulta particolarmente critico nel caso dei farmaci, quali prodotti per natura insicuri, in quanto inevitabilmente forieri di effetti avversi per la salute, anche se conformi alla disciplina normativa e tecnica di settore. A ciò si aggiunge

---

e art. 2050; in *Il Foro italiano*, 1988, I, 144 ss., con nota di Caruso, *Quando il rimedio è peggiore del male: emoderivati infetti e responsabilità civile*. Sempre nell'ambito della vicenda Trilergan, Cass. 27 luglio 1991, n. 8395, in *Giurisprudenza italiana*, 1992, 1331 ss., con nota di Barenghi, *In tema di farmaci difettosi*; Cass. civ., 20 luglio 1993, n. 8069, in *Giustizia civile*, 1994, 1041 ss. con nota di Barenghi, *Brevi note in tema di responsabilità per danni da emoderivati difettosi tra obiter dicta e regole giurisprudenziali*. Tra le applicazioni giurisprudenziali successive, *ex multis*, App. Milano 30 aprile 2021, n. 1353, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2021, 1618 ss., con nota di Cerlon, *La responsabilità del produttore farmaceutico tra tutela della salute ed esigenze produttive. È tempo di una nuova strategia?*; Cass. civ., 7 marzo 2019, n. 6587, cit.; Cass. civ., 13 febbraio 2015, n. 2875, in *OneLegale*; Trib. Roma 20 aprile 2002, in *Danno e responsabilità*, 2002, 984 ss., con nota di La Battaglia, *Danno da prodotto farmaceutico difettoso e prova liberatoria*. Su questa "casistica parallela" e sulle sue cause, Cabella Pisu, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, in *Contratto e impresa*, 3, 2008, 317 ss.

[12] Cioni, *Danni da farmaco, uso eccessivo del prodotto e responsabilità del produttore*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, in corso di pubblicazione. Si ringrazia l'Autore per aver consentito la consultazione dello scritto in anteprima.

[13] I farmaci, infatti, non sono esclusi dalla nozione di prodotto ex art. 2 Direttiva 85/374, come confermato dal considerando n. 13 che fa semplicemente salvi gli eventuali regimi nazionali speciali nel settore dei prodotti farmaceutici (assetto riproposto anche nella Direttiva 2024/2853 dall'art. 4 e dal considerando 10).

[14] Sul punto dettagliatamente Ar. Fusaro, *Responsabilità del produttore: la difficile prova del difetto*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 6, 2017, 896 ss., spec. 898-899; Ead., *Effetto avverso del farmaco*, cit.

[15] Sottolinea come "il difetto non venga preso in considerazione in sé bensì solo in quanto fonte di mancanza di sicurezza", Castronovo, *Responsabilità civile*, Milano, 2019, 793.

[16] Castronovo, *Danno da prodotti – Dir. it. e stran.,* in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1995, 10 ss.

la difficoltà di considerare come difettoso un prodotto che, pur essendo naturalmente dannoso, è di imprescindibile rilevanza per l'intera collettività, quale presidio a garanzia del diritto alla salute dei cittadini. Ne risulta che il rispetto delle norme di sicurezza *ex ante* imposto al produttore dalla disciplina legislativa e tecnica di settore[17], unito ad un corretto adempimento degli oneri informativi verso i pazienti circa gli effetti collaterali noti e non evitabili, rende estremamente difficile per il consumatore provare la difettosità del farmaco, anche se questo gli abbia in concreto procurato un danno.

Questa difficoltà è esacerbata dal fatto che l'accertamento dell'esistenza del difetto si cristallizza al momento dell'immissione in commercio del prodotto: rileva a questo proposito la possibilità per il produttore di liberarsi dalla responsabilità dimostrando che "il difetto che ha cagionato il danno non esisteva quando il produttore ha messo il prodotto in circolazione" (art. 118, lett. b, cod. cons.), oppure che "lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso" (art. 118, lett. e, cod. cons.). La circostanza che il produttore non sia tenuto a rispondere né dei danni causati dai difetti sopravvenuti del prodotto, né dei danni provocati da difetti che lo stato delle conoscenze tecniche e scientifiche al momento della messa in commercio del prodotto non permetteva di identificare, deprime in modo particolare le esigenze di tutela dei consumatori che abbiano subito un pregiudizio a seguito della somministrazione di farmaci. Questi prodotti, infatti, spesso presentano effetti collaterali ignoti o manifestano il loro potenziale dannoso a distanza di anni dal momento dell'assunzione; tali effetti collaterali, poi, risultano sovente non identificabili nel contesto limitato – sia sul piano della quantità dei soggetti testati, sia sul piano del tempo di osservazione – delle sperimentazioni cliniche e, in quanto tali, non possono costituire oggetto dell'obbligo informativo del produttore nei confronti dei pazienti. L'esimente del rischio da sviluppo rende, pertanto, non risarcibili tutti quei danni che, non prevedibili né evitabili al momento dell'immissione in commercio, lo sono divenuti successivamente[18].

In ambito farmaceutico, la complessità probatoria si accentua con riguardo alla dimostrazione del nesso causale tra difetto e danno. L'interazione del farmaco con l'organismo umano e la molteplicità di fattori che possono concorrere nell'insorgenza di un evento avverso rendono particolarmente difficile stabilire se il danno sia effettivamente riconducibile a un difetto del prodotto, piuttosto che a caratteristiche individuali del paziente o a fattori esterni[19].

---

[17] Per una approfondita ricostruzione della questione e del dibattito in materia di danno da prodotto conforme, Bellisario, *Il danno da prodotto conforme tra regole preventive e regole risarcitorie*, in *Europa e Diritto Privato*, 3, 2016, 841 ss.

[18] Rendendo così irrilevante anche il rispetto degli obblighi di controllo e vigilanza post-market che gravano sul produttore, come messo in luce da Cioni, *L'influenza indiretta del diritto europeo*, cit.

[19] Sulle criticità della disciplina di derivazione europea nell'ambito specifico dei danni da farmaci, Carleo, *op. ult. cit.*, spec. 264-265.

Per queste ragioni, la tutela dei soggetti danneggiati dall'utilizzo di farmaci è stata attratta alla disciplina della responsabilità da attività pericolose *ex* art. 2050 c.c., con la rilevante eccezione dei danni causati da difetto di informazione dei farmaci, in cui la disciplina di derivazione europea mantiene la sua area di operatività[20]. La giurisprudenza ha avallato un'interpretazione ampia della nozione di attività pericolose, comprendendovi anche i prodotti pericolosi[21], esito di processi produttivi che non necessariamente sono pericolosi: come puntualmente evidenziato, sebbene in alcuni casi la forzatura interpretativa appaia evidente[22], con riferimento ai farmaci un tale ampliamento ben si giustifica in relazione al fatto che l'attività si estende oltre il processo produttivo propriamente inteso, coinvolgendo anche la fase di commercializzazione e quella ad essa successiva[23]. Gli obblighi di sicurezza plasmano l'intera attività del produttore di farmaci, compresa quella *post-market*, e si giustificano proprio in ragione del pericolo che l'utilizzo del farmaco costituisce per il consumatore[24].

Chiarite per sommi capi le geometrie dell'interazione tra questi regimi di responsabilità e le relative difficoltà applicative, occorre ora interrogarsi proprio sul diverso onere probatorio richiesto al danneggiante per andare esente da responsabilità, punto sul quale si gioca la partita di cui alla sentenza in commento. Quest'ultima, infatti, ha cassato la decisione della Corte di Appello che, forse nel tentativo di neutralizzare le criticità che l'esimente del rischio da sviluppo poneva per la tutela del danneggiato, ha indebitamente unito la fattispecie di responsabilità *ex* art. 2043 c.c. all'esimente del rischio da sviluppo *ex* art. 118 cod. cons., per poi attribuire a quest'ultima il contenuto della prova liberatoria di cui all'art. 2050 c.c., nel quale, invece, tale rischio grava sul danneggiante.

---

[20] In questo senso, per es. Cass. civ., 10 maggio 2021, n. 12225, cit.

[21] Il riferimento è alle bombole a gas (Cass civ., 4 giugno 1998, n. 5484, in *Studium Iuris*, 1998, 1119; Cass. civ., 19 gennaio 1995, n. 567, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, 97; più di recente Cass. civ., 26 luglio 2012, n. 13214, in *Mass. Giust. civ*., 2012, 967), ai derivati del tabacco (Cass. civ., 17 dicembre 2009, n. 26516, in *Danno e responsabilità*, 2011, 57 ss.; in Il *Corriere Giuridico*, 2010, 488 ss.; Trib. Milano 11 luglio 2014, in *Danno e responsabilità*, 2014; Cass. civ., 10 maggio 2018, n. 11272, in *OneLegale*; Cass. civ, 11 ottobre 2018, n. 25161, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, 1319; Cass. civ., 21 gennaio 2020, n. 1165, in *Mass. Giust. civ.*, 2020) e ai fuochi d'artificio (Cass. civ., 20 novembre 2018, n. 29828, in *Mass. Giust. civ.*, 2019). A questo proposito, ha parlato di una "avanzata irrefrenabile dell'art. 2050 c.c.", Palmieri, *Produzione di sigarette e responsabilità per danni al fumatore: l'avanzata irrefrenabile dell'art. 2050 c.c. (anche in assenza di potenziali beneficiari dell'attività pericolosa)*, in *Il Foro italiano*, 2010, 880 ss.

[22] Con particolare riferimento al danno da fumo attivo, Ar. Fusaro, *Attività pericolose e dintorni. Nuove applicazioni dell'art. 2050 c.c.*, in *Rivista di Diritto Civile*, 6, 2013, 1337 ss.

[23] Ar. Fusaro, *op. ult. cit.*, 1363-1364.

[24] Cioni, *op. ult. cit*., 978-979.

4. Il diverso contenuto della prova liberatoria del produttore nella responsabilità consumeristica e in quella per attività pericolose

Una volta che il danneggiato dimostri i fatti costitutivi del proprio diritto al risarcimento del danno – il difetto, il danno e il nesso di causalità tra questi nel sistema di derivazione europea delineato dagli artt. 114 ss. cod. cons.; la natura pericolosa dell'attività svolta[25], il danno e il relativo nesso di causa se si avvale della disciplina di cui all'art. 2050 c.c. – il produttore potrà liberarsi dalla responsabilità dimostrando la sussistenza di una delle esimenti di cui all'art. 118 cod. cons. nel primo caso e l'adozione di "tutte le misure idonee a evitare il danno" (o l'eventuale caso fortuito) nel secondo caso.

L'impropria sovrapposizione tra regole afferenti a diversi regimi di responsabilità operata dalla Corte di Appello e censurata dalla Corte di Cassazione nella sentenza in commento costituisce allora l'occasione per riflettere sul contenuto della diversa prova liberatoria gravante sul produttore danneggiante e, in particolare, sul modo in cui il diverso trattamento riservato al c.d. "rischio da sviluppo" incide concretamente sull'operare dei due diversi regimi di responsabilità nel caso di danno da farmaco.

Come detto, l'accertamento della difettosità di un prodotto quale elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità *ex* art. 114 ss. cod. cons. si colloca temporalmente al momento della sua immissione in commercio, in ragione delle esimenti di cui all'art. 118 cod. cons. lett. b) e lett. e). Ne consegue che il danno causato da un farmaco conforme alla disciplina tecnica di sicurezza settorialmente rilevante non potrà trovare ristoro ai sensi della disciplina consumeristica in due principali ipotesi: nel caso di effetto collaterale noto adeguatamente segnalato al paziente nel foglietto illustrativo; nel caso di effetto collaterale ignoto e non conoscibile sulla base dello stato delle conoscenze scientifiche al momento dell'immissione in commercio e, in quanto tale, non segnalato al paziente. Nel primo caso, viene massimamente in rilievo la natura del farmaco quale prodotto pericoloso ma di fondamentale importanza per la collettività: il costo del danno resta a carico del danneggiato laddove l'utilità sociale del prodotto prevalga sui rischi a cui sono esposti i pazienti, purché questi ne siano stati informati[26] e, quindi, siano stati messi nella condizione di valutarli adeguatamente insieme al medico; nel

---

[25] O meglio, come nota la Corte nella sentenza qui in commento (p. 19): "Nello specifico, poi, della produzione dei farmaci (e, quindi, anche dei vaccini), l'imputazione della responsabilità ai sensi dell'art. 2050 c.c. si fonda su un criterio che non considera l'attività in sé come intrinsecamente pericolosa, ma piuttosto fa emergere la pericolosità del prodotto quale elemento che si riverbera sulla pericolosità dell'attività produttiva".

[26] Bellisario, *op. cit.*, 868; Querci, *La responsabilità da farmaci nell'ordinamento statunitense: cronaca di una realtà che cambia*, in *Danno e responsabilità*, 2009, 244 ss., 249. Sul punto, nota Ar. Fusaro, *Effetto avverso del farmaco*, cit., 1150: "viene da chiedersi se l'informazione sul rischio ipotetico insito nell'assunzione di un farmaco, per quanto completa, debba determinare automaticamente l'esclusione della responsabilità del produttore: l'effetto estremamente grave, come l'insorgenza di una patologia debilitante, indicato nel foglietto illustrativo come effetto rarissimo dell'assunzione di un farmaco di uso comune, deve sempre essere a carico del consumatore?".

secondo caso, la difesa del rischio da sviluppo impedisce che il produttore sia chiamato a rispondere di tutti i possibili effetti collaterali che il farmaco può causare, anche di quelli non ancora scientificamente noti né prevedibili al momento della messa in commercio o non riscontrabili nel contesto inevitabilmente limitato delle sperimentazioni cliniche. Come a ragione chiarisce la Corte nella sentenza in commento, al fine di poter invocare tale esimente con successo, non è imposto al produttore di astenersi dalla commercializzazione in ragione della mancanza di assoluta certezza circa tutti gli effetti collaterali del farmaco, ovvero in presenza di "un dubbio o anche una non perfetta compiutezza degli studi scientifici idonei a portare a risultati di assoluta certezza".

Il regime di responsabilità consumeristica potrebbe invece applicarsi – quantomeno non incontra gli ostacoli suddetti circa la sussistenza del difetto – quando il farmaco causi un effetto collaterale noto ma di cui il paziente non sia stato informato[27], o allorché provochi un effetto collaterale già individuabile al tempo della messa in commercio sulla base delle conoscenze tecniche e scientifiche del momento, ma non individuato e, pertanto, non segnalato.

Quanto al contenuto della prova liberatoria in capo al produttore nel regime di responsabilità di cui all'art. 2050 c.c. nel caso di danno da farmaci, è necessaria una precisazione preliminare. Come noto, la natura della responsabilità per l'esercizio di attività pericolose è oggetto di un ampio dibattito in dottrina, potendosi ravvisare in materia due principali orientamenti, seppur al loro interno variamente articolati e elaborati alla luce di differenti itinerari argomentativi: all'opinione di coloro che propendono per una ricostruzione in chiave oggettiva della norma si affianca quella di coloro che ritengono che l'art. 2050 c.c. introduca un'ipotesi di responsabilità per colpa[28]. Tale divergenza di vedute si è riverberata anche nelle oscillazioni della giurisprudenza, non essendo parimenti possibile individuare nelle decisioni in materia un orientamento univoco[29].

---

[27] *Infra* § 5.

[28] Per la ricostruzione in chiave oggettiva, Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; Monateri, *La responsabilità civile,* in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, 1010; Comporti, *Fatti illeciti e responsabilità oggettive, Artt. 2049-2052*, in *Il codice civile Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2009, 150 ss.; Franzoni, *L'illecito*, in Franzoni (a cura di), *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010, 400 ss.; Barcellona, *La responsabilità civile*, in Mazzamuto (a cura di), *Trattato del Diritto Civile,* Torino, 2021, 218-228. Per una ricostruzione della fattispecie come responsabilità aggravata per colpa presunta, Bianca, *La responsabilità,* in *Diritto Civile,* Milano 2019, 707-717. Per l'ipotesi della responsabilità per colpa presunta anche Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, 694; Forchielli, *La colpa lievissima*, in *Rivista di diritto civile*, 1963, 202; De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1954, 88. Per l'opinione che ravvisa nell'art. 2050 c.c. una presunzione di colpa, Geraci, *Premesse allo studio per un inquadramento della responsabilità per esercizio di attività pericolosa*, in *Archivio della responsabilità civile e dei problemi generali del danno*, 1972, 35; Bonvicini, *La responsabilità civile per fatto altrui*, Milano, 1986, 400; Gentile, *Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose,* in *Responsabilità civile e previdenza*, 1950, 97-101.

[29] Per esempio, per la prospettiva soggettiva, recentemente, Cass. civ., 21 febbraio 2020, n. 4590, in *OneLegale*; Cass. civ., 21 maggio 2019, n. 13579, in *OneLegale*; Cass. civ., 5 luglio 2017, n. 16637,

Una tale incertezza sembra peraltro emergere anche nella sentenza in commento. Questa accoglie esplicitamente la prima ricostruzione menzionata e riconosce "la natura sostanzialmente oggettiva di questa forma di responsabilità, giacché in questi casi, la prova liberatoria si identifica indirettamente nel caso fortuito", ritenendo che sussista in capo al produttore l'obbligo di astenersi dalla commercializzazione in situazioni di incertezza scientifica. Tuttavia, nell'argomentazione i giudici richiamano la sentenza 6587 del 2019 della Corte di Cassazione al fine di sostenere che l'onere di attivazione *diligente* del produttore non si arresta al momento dell'immissione in commercio, ma si proietta oltre. Il riferimento a questo precedente appare in realtà distonico: in quella sede la Corte aveva infatti sostenuto che la lettera e lo spirito dell'art. 2050 c.c. non consentono di postulare che "l'azienda farmaceutica debba, a fronte di un effetto indesiderato di cui non si conosca la matrice, optare tra l'assunzione dei rischi connessi agli effetti di una responsabilità di tipo sostanzialmente oggettivo, e la rinuncia alla produzione e alla commercializzazione del prodotto".

Sul punto, si ritiene di aderire a quella impostazione, così come recentemente espressa in dottrina, che, pur non discostandosi da un'imputazione oggettiva della responsabilità, avverte la necessità di una valutazione dell'idoneità delle misure adottate per evitare il danno non in termini puramente oggettivi, ma ancorata al parametro della diligenza in concreto ottenibile alla luce della particolare natura (pericolosa) dell'attività svolta: una tale prospettazione sembra, infatti, meglio adattarsi alle esigenze di un settore produttivo di così rilevante utilità sociale, senza frustrare eccessivamente le esigenze di tutela dei danneggiati[30].

In questa prospettiva, l'assenza di dubbi circa i possibili effetti collaterali del farmaco – un'assoluta certezza che, peraltro, non sarebbe mai ottenibile nel settore farmaceutico, connotato da un alto potenziale innovativo e da un elevato livello di imprevedibilità dato anche dall'interazione del farmaco con le infinite specificità biologiche del paziente – non sembra costituire neanche il contenuto della prova liberatoria *ex* art. 2050 c.c. Il fatto che il rischio da sviluppo gravi sul produttore non impone che questi debba rispondere del danno ogniqualvolta abbia messo in commercio il farmaco senza l'assoluta certezza che non avrebbe potuto causare quello specifico effetto collaterale poi verificatosi: una tale lettura renderebbe la prova liberatoria sproporzionata e paralizzante dell'attività produttiva – la quale, va ricordato, è di fondamentale utilità sociale – in aderenza "ad un tirannico e miope principio di precauzione"[31]. Piuttosto, si amplia la diligenza che gli è richiesta in una duplice direzione: oltre la semplice adesione alle misure di sicurezza

---

in *OneLegale*; Cass. civ., 20 maggio 2016, n. 10422, in *Il Foro italiano*, 2016, I, 3186. Per quella oggettiva, Cass. civ., 17 dicembre 2009, n. 26516, in *Mass. Giust. civ*., 2009, 12, 1704; Cass. civ., 4 maggio 2004, n. 8457, in *Il Foro italiano*, 2004, I, 2378.

[30] Si rinvia alla approfondita elaborazione di Cioni, *op. ult. cit*., spec. 969-975, che richiama la ricostruzione dell'art. 2050 c.c. di Busnelli, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, 67 ss.; Id., *Illecito Civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XV, Roma, 1989, 26.

[31] Cioni, *op. ult. cit.*, 971.

sul piano del contenuto; oltre il momento dell'immissione sul mercato sul piano temporale, conferendo così rilevanza ai fini della responsabilità anche a quegli effetti collaterali individuabili alla luce delle conoscenze tecnico-scientifiche più innovative[32], nonché agli obblighi imposti al produttore nella fase di vigilanza successiva alla commercializzazione[33]. Più precisamente, la prova liberatoria richiesta al produttore non si risolve nella mera dimostrazione dell'adesione alle norme di sicurezza imposte dalla legge o dalle regolamentazioni di natura tecnica[34], ma si estende sino alla dimostrazione di aver adottato – e di continuare ad adottare anche nella fase di monitoraggio del prodotto sul mercato – tutte quelle misure richieste da un comportamento ispirato alla massima diligenza, alla luce non solo delle conoscenze scientifiche disponibili e consolidate in quel momento storico, ma anche di quelle più avanzate, anche se scoperte da poco o ancora di non larga diffusione[35].

Qualora, come sembra essere accaduto nel caso di specie, emerga un dubbio nella fase di sperimentazione circa gli effetti collaterali di un farmaco in ipotesi specifiche (per esempio su una certa popolazione clinica o in alcune ipotesi di comorbilità), la prova liberatoria potrà dirsi integrata una volta che il produttore abbia dimostrato di aver allineato i processi produttivi al più avanzato stato della scienza in materia, anche laddove non sia riuscito ad individuare quello specifico effetto avverso che si è poi manifestato. Altresì, il produttore andrà esente da responsabilità se dimostra di aver fatto ricorso a tutte le misure scientifiche e tecniche disponibili per chiarire il legame tra l'effetto avverso e il prodotto, anche nel caso in cui non vi sia riuscito, purché il rischio di effetto avverso sia stato prontamente segnalato al paziente.

Pertanto, il contenuto della prova liberatoria è costituito non dall'assenza di dubbi circa gli effetti collaterali del farmaco, ma dall'adozione di protocolli e processi produttivi sottoposti a continuo aggiornamento e considerati dalla miglior scienza come capaci di evitare gli effetti avversi e di indagarne efficacemente le cause. Laddove tali effetti non siano evitabili e la loro causa precisa sia ignota, al produttore non è richiesto di adottare la misura di prevenzione estrema della non commercializzazione di un prodotto di così rilevante utilità sociale, ma di mettere in campo tutte le misure tecniche disponibili (anche quelle di più recente scoperta) per prevenirli. Piuttosto, come opportunamente

---

[32] Ar. Fusaro, *Attività pericolose e dintorni*, cit., 1358. Sul punto, approfonditamente, Querci, *Responsabilità per danno da farmaci: quali rimedi a tutela della salute?*, in *Danno e Responsabilità*, 4, 2012, 353 ss., 358: "Applicando l'art. 2050 c.c., inoltre, non è sufficiente conformarsi allo stato della tecnica, esistente al momento della messa in circolazione del prodotto, ma occorre andare oltre, dovendosi eventualmente procedere all'adozione di misure di sicurezza od al ritiro del prodotto, qualora l'evoluzione della tecnica riveli rischi prima inimmaginabili".

[33] Cioni, *op. ult. cit*.

[34] "Non è sufficiente, quindi, la prova negativa di non aver commesso alcuna violazione delle norme di legge", così Tribunale di Roma, 12 marzo 2018, n. 5218, in *DeJure*, citata da Montinaro, *op. cit*., 1601 e Parziale, *Art. 2050 c.c.: dieci anni vissuti... pericolosamente*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 2, 188 ss., 190.

[35] Montinaro, *op. cit*., 1061; Parziale, *op. cit*., 190.

chiarito dalla Corte di Cassazione nella già richiamata sentenza 6587 del 2019 ed enfatizzato in dottrina, proprio sul piano informativo può meglio apprezzarsi la rilevanza del comportamento del produttore quale misura idonea ad evitare il danno quando un effetto collaterale sia noto ma non ne sia chiara la matrice. Al cospetto dell'alternativa tra rinunciare alla commercializzazione del prodotto o sostenere il costo del risarcimento di qualsiasi danno, esiste una "terza via"[36]: rendere opportunamente edotto il consumatore sugli effetti collaterali del farmaco attraverso un'informazione adeguata, la quale è, appunto, ottenibile solamente all'esito di una sperimentazione *ex ante*, nonché di una sorveglianza *ex post*, aggiornate al più avanzato stato delle conoscenze scientifiche esistenti, a loro volta in continua evoluzione.

5. L'adeguatezza dell'informazione sui rischi del farmaco alla luce dell'allocazione del rischio da sviluppo nei due regimi di responsabilità

La rilevanza del profilo informativo da ultimo segnalato emerge in controluce anche nella sentenza in commento: la Sezione Terza, nel censurare il contenuto attribuito all'esimente del rischio da sviluppo nel giudizio di appello, ha sottolineato come in quest'ultimo si sia proceduto "non affrontando in alcun modo i profili inerenti all'informazione del consumatore sul prodotto commercializzato, ma argomentando unicamente sull'anzidetta condotta omissiva della casa farmaceutica" e si sia così giunti alla conclusione che l'assenza di riscontri certi circa gli effetti del farmaco in specifici casi di comorbilità, pur in mancanza di dati scientifici esplicativi sul punto, avrebbe dovuto condurre il produttore ad astenersi dalla commercializzazione. L'inciso lascia in qualche modo intendere che un'argomentazione fondata sulla mancanza di un'adeguata informazione da parte del produttore relativamente agli effetti collaterali specifici rilevati o rilevabili, ancorché di eziologia ignota o in assenza di una chiara correlazione con alcune categorie di pazienti, avrebbe forse potuto condurre ad un esito diverso circa la difettosità del prodotto.

Merita, pertanto, concentrarsi maggiormente sulla portata dell'onere informativo inerente gli effetti collaterali imposto al produttore di farmaci nell'ambito delle due diverse ipotesi di responsabilità.

In prima battuta, occorre rammentare la centralità dell'aspetto informativo in un settore come quello farmaceutico, in cui l'intrinseca pericolosità e il carattere altamente tecnico del prodotto richiedono che il consumatore sia reso edotto dei potenziali danni derivanti dalla sua somministrazione.

La mancata o inadeguata informazione sui rischi associati a un farmaco al paziente che ne subisca l'effetto collaterale potrà costituire un difetto di informazione, in quanto impedisce al paziente – e allo stesso medico che ne prescrive l'uso – di determinarsi cor-

[36] Montinaro, *op. cit.*, 1062.

rettamente circa le modalità d'impiego del prodotto, rendendolo così irragionevolmente insicuro[37]. Ai fini della concreta configurabilità del presupposto del difetto è, però, necessario distinguere tra quegli effetti collaterali ignoti al momento dell'immissione in commercio e quelli noti oppure prevedibili sulla base dello stato delle conoscenze tecniche e scientifiche a quel tempo. Nel primo caso il produttore potrà invocare l'esimente del rischio da sviluppo; nel secondo caso potrebbe esonerarsi da responsabilità offrendo la prova di aver fornito una informazione adeguata e specifica. Come chiarito dalla Corte di Cassazione, non sarebbe sufficiente "una mera avvertenza generica circa la non sicurezza del prodotto": occorrono invece indicazioni puntuali che consentano al paziente di effettuare una valutazione consapevole, tenendo conto delle proprie condizioni personali, della gravità della patologia e delle alternative terapeutiche disponibili. L'informazione deve inoltre essere tale da permettere al consumatore di adottare tutte le precauzioni necessarie per evitare l'insorgenza del danno con la conseguenza che un uso improprio o una sottovalutazione dei rischi potrà eventualmente configurare il suo concorso di colpa ai sensi dell'art. 1227 c.c.[38]. Peraltro, proprio con l'ordinanza n. 33984 del 2024, la Sezione Terza ha chiarito che anche la mancata segnalazione dei rischi associati ad un uso eccessivo ma non atipico e comunque ragionevolmente prevedibile del prodotto è rilevante ai fini dell'integrazione dell'elemento della difettosità *ex* art. 117 cod. cons., ferma restando l'applicazione dell'art. 1227 c.c.[39].

Quanto alla fattispecie di responsabilità di cui all'art. 2050 c.c., l'adeguata e corretta informazione sugli effetti collaterali del farmaco può costituire una "misura idonea ad evitare il danno". La valutazione dell'adeguatezza dell'informazione non si arresta, tuttavia, alla soglia dell'immissione del prodotto in commercio, ma comprende anche il rischio da sviluppo. Anche su questo punto è intervenuta la Corte di Cassazione[40], precisando che la valutazione della sussistenza della prova liberatoria *ex* art. 2050 c.c. deve considerare due aspetti: da un lato, il puntuale rispetto di tutte le sperimentazioni e i protocolli previsti dalla legge nella fase anteriore alla produzione e alla commercializzazione del farmaco; dall'altro, l'adeguatezza della segnalazione degli effetti indesiderati. Su quest'ultimo profilo, la Corte ha chiarito che non è sufficiente una generica informativa sui possibili effetti collaterali per liberare il produttore da responsabilità; diversamente, è necessario che l'impresa farmaceutica svolga una costante attività di monitoraggio e aggiornamento delle informazioni commerciali e terapeutiche, in linea con l'evoluzione

---

[37] Bitetto e Pardolesi, R*esponsabilità per danno da prodotto difettoso - risultato anomalo e avvertenza generica: il difetto nelle pieghe del prodotto,* in *Danno e responsabilità*, 2008, 290 ss.

[38] Cass. civ., 10 maggio 2021, n. 12225, cit. Sul difetto di informazione nella giurisprudenza di legittimità al di fuori dell'ambito farmaceutico, Cass. civ., 13 dicembre 2010, n. 25116, in *Danno e responsabilità*, 2011, 975, con nota di Frata, *La responsabilità per prodotto cosmetico difettoso: l'onere della prova e le "normali condizioni di impiego"*; Cass. civ., 15 febbraio 2018, n. 3692, in *OneLegale* (sul danno causato da un fazzolettino di carta).

[39] Sul punto, Carleo, *op. cit*., 272-277.

[40] Cass. civ., 7 marzo 2019, n. 6587, cit.

della ricerca scientifica, al fine di ridurre al minimo il rischio di effetti dannosi e garantire ai consumatori un'informazione il più possibile completa ed esaustiva. Pertanto, il produttore potrebbe essere considerato responsabile non per il solo fatto di aver messo in commercio un prodotto capace di produrre effetti collaterali di causa ignota – obbligando così il fabbricante a scegliere tra sopportare il rischio di sostenere i costi del danno oppure astenersi dalla commercializzazione –, ma per non aver segnalato correttamente quei possibili effetti collaterali che un adeguato monitoraggio del prodotto sul mercato, allo stato di attuale avanzamento della tecnica, avrebbe permesso di individuare, ancorché di causa ignota. In questo orizzonte di senso, lo strumento della responsabilità civile risulta valorizzato sia nella sua funzione compensativa, in quanto garantisce la tutela *ex post* di quei soggetti che non siano stati adeguatamente resi edotti dei rischi – individuabili anche dopo la messa in commercio sulla base delle indicazioni provenienti dalla miglior scienza disponibile – di un prodotto già di per sé pericoloso, sia nella sua funzione deterrente[41], in quanto sollecita le industrie farmaceutiche a mettere in atto strategie di prevenzione e mitigazione del rischio che tendano al livello massimo di sicurezza consentito dalla tecnica, tra le quali rientra anche l'aspetto dell'informazione ai pazienti.

A mo' di chiosa, poi, le considerazioni sin qui svolte possono essere inquadrate alla luce della specifica censura emergente dalla sentenza di appello, poi criticata e cassata dalla Sezione Terza, ovvero che nonostante l'assenza di dati relativi agli effetti del farmaco nella sottopopolazione clinica diabetica e affetta da neuropatologie, il non aver effettuato e perseverato negli studi clinici su questi possibili destinatari del farmaco e la presenza anche solo di un dubbio avrebbero dovuto indurre il produttore ad astenersi dalla commercializzazione. Diversamente, nella lettura da ultimo suggerita dalla Corte di Cassazione, l'eventuale presenza di dubbi circa gli effetti collaterali in una specifica popolazione clinica avrebbe dovuto essere oggetto di apposita e continuativa ricerca e, quantomeno, di tali dubbi avrebbe dovuto essere informato il consumatore attraverso il foglietto illustrativo, fermo restando che la diligenza in concreto ottenibile dal professionista si arresta alla soglia dello stato delle migliori conoscenze scientifiche disponibili, che nel caso di specie sembravano carenti.

6. Considerazioni conclusive

Provando a sintetizzare le brevi considerazioni sin qui svolte, può dirsi che la sentenza in commento aggiunge un altro importante tassello al dibattito sulla responsabilità per danno causato da farmaci.

La precisazione offerta dalla Corte di Cassazione circa la possibile coesistenza tra disciplina consumeristica e regole codicistiche nella materia della responsabilità da pro-

[41] Osserva la rilevanza implicita attribuita al principio di precauzione dalla Cassazione nella citata sentenza n. 6587 del 2019, Montinaro, *op. cit.*, 1605-1608.

dotto, e in particolare nel caso specifico dei danni da farmaco, è preziosa anche alla luce delle recenti oscillazioni giurisprudenziali sul punto[42]. La sentenza chiarisce che tale coesistenza è ammissibile, ma deve avvenire nel rispetto delle specificità di ciascun regime, senza improprie commistioni.

Inoltre, la sentenza offre una nuova occasione per riflettere sulla portata delle esimenti nella responsabilità consumeristica da prodotto e in quella per l'esercizio delle attività pericolose. La circostanza che, nell'ipotesi di cui all'art. 2050 c.c., il rischio da sviluppo gravi sul produttore rende rilevante ai fini risarcitori il comportamento di quest'ultimo anche dopo la fase di immissione in commercio del farmaco, sia nell'adattamento dei processi produttivi al più avanzato stato delle conoscenze tecnico-scientifiche esistenti, sia nella valutazione dell'adeguatezza delle informazioni da trasmettere ai consumatori, anch'esse da aggiornare costantemente alla luce del progresso scientifico. Il ricorso alla fattispecie di cui all'art. 2050 c.c. sembra così evitare quegli esiti gravemente pregiudizievoli per il consumatore che derivano dall'impossibilità di considerare difettoso un farmaco che si riveli tale solo a distanza di molto tempo e alla luce del progresso scientifico; al contempo, non perviene all'esito estremo e non auspicabile di mettere i fabbricanti di prodotti di fondamentale importanza per la società di fronte all'alternativa tra rinunciare alla commercializzazione e sostenere il costo di danni non prevedibili, la quale rischierebbe di scoraggiare l'innovazione in ambito farmaceutico.

Abstract

La sentenza n. 8224 del 28 marzo 2025 della Corte di Cassazione offre importanti chiarimenti sul rapporto tra la disciplina consumeristica in materia di responsabilità del produttore e le norme del codice civile (art. 2050) nel caso di danno da farmaco, censurando l'impropria commistione tra regimi di responsabilità. Su queste basi, il contributo riprende la questione della coesistenza tra regimi di responsabilità, per poi concentrarsi sulla diversa allocazione del rischio da sviluppo nei due sistemi e sulla rilevanza dell'aspetto informativo.

Judgment No. 8224 of March 28, 2025, of the Italian Supreme Court provides important clarifications on the relationship between product liability rules and civil code provisions (art. 2050) in cases of pharmaceutical damages, censuring the improper overlapping of liability regimes. On this basis, the paper first considers the issue of the coexistence between liability regimes, then focuses on the different allocation of development risk in the two systems and the relevance of the information aspect.

[42] Il riferimento è a Cass. civ., 23 dicembre 2024, n. 33984, cit.

Obbligazioni "ridotte". Fattispecie, forme e interessi*

Carmelita Camardi
Già prof.ssa ord. dell'Università Ca' Foscari di Venezia

Il tema è quello della rappresentazione e della disciplina dell'obbligazione, specie pecuniaria aggiungo io, allorchè essa si presenti per così dire amputata della sua caratteristica "forza" *ex lato creditoris*, e perciò sbilanciata a favore del debitore, in ragione della carenza per il primo del potere (e del diritto) di chiedere l'adempimento della prestazione. Ecco perché l'autore evoca un concetto, quello di *riduzione*, e lo affianca ad un'espressione più generale, quella di un "diritto senza forza". A sottolineare così una sorta di anomalia, una stranezza, una devianza forse atteso che l'obbligazione per la quale il creditore non abbia il potere di esigere il pagamento, e il debitore non abbia il dovere di pagare, evoca una figura mutilata e paradossale, anzi contraddittoria: quella di un'obbligazione che non obbliga, e perciò di un diritto che non esprime la sua arma distintiva fondamentale, per l'appunto la forza.

Questo disagio prevale sulla pur estesa delineazione dei casi nei quali la riduzione è apprezzabile, ed altresì sulla (volutamente trascurata) messa a fuoco degli interessi e delle situazioni sociali nelle quali essa assume una funzione tale da rendere accettabile o apparente il paradosso dell'obbligazione che non obbliga. Il debito prescritto, l'obbligazione naturale, il *pactum de non petendo* e/o *non exequendo* rimangono sullo sfondo dell'elegante conversare del nostro Autore, venendo a galla più per sostenere una tesi formale, che non ad altri scopi, ad esempio argomentare la funzionalità delle figure "ridotte" ad una dialettica di interessi, all'esito della quale l'ordinamento si arricchisce comunque di strumenti utili al miglior governo delle relazioni sociali.

Ed invero non è questo lo scopo del ragionare di Orlandi. Egli è piuttosto interessato all'aspetto formale del diritto, allo studio delle forme attraverso le quali l'ordinamento rende intellegibile e conoscibile la realtà, e alla razionalità delle stesse. Ed è qui che il

* A proposito del libro di Mauro Orlandi, *Riduzione. Diritto senza forza*, Torino, 2024.
Testo rivisto della relazione pronunziata alla Presentazione del volume svoltasi il 25 marzo 2025 presso il Dipartimento di studi giuridici "A. Sraffa" dell'Università Bocconi di Milano.

volume prende corpo, in quello che a me pare l'elemento più interessante per chi assume questa prospettiva di indagine: la scelta dell'approccio teorico mediante il quale rendere digeribile la circostanza per la quale all'interno di un rapporto obbligatorio il creditore non ha azione per pretendere la prestazione, e il debitore rimane nella libertà di scegliere se pagare o meno, fermo restando che – se paga – il pagamento non è più ripetibile, perché la posizione del creditore – per quanto ridotta – ha conservato il *titulus acquirendi* della prestazione dovuta.

Ebbene, l'approccio teorico adottato e sviluppato in tutte le parti del libro è quello che privilegia la teoria della fattispecie rilevante a quella deontica/modale, considerata una trappola incapace di sciogliere le contraddizioni nelle quali l'obbligazione ridotta si avviluppa. Vediamo la differenza, affiancandoci agli studenti ai quali il ragionamento è dedicato.

Se l'approccio deontico si articola sulle coppie diritto/obbligo, potere/dovere e sulla simmetrica ricorrenza delle stesse nelle figure soggettive del rapporto, allora bisogna ammettere la debolezza di un diritto di credito senza potere e di un debito senza dovere (p. 7), o peggio ancora l'idea di una prestazione che è nel contempo dedotta come obbligo positivo di dover dare o fare, e come facoltà negativa di non fare o non dare, secondo un dualismo logicamente contraddittorio (p. 23); per il quale – ancora – il creditore che ha il diritto si obbliga a non chiedere (e se chiede paga i danni) e il debitore che deve la prestazione la può rifiutare attraverso una eccezione, però se paga non ripete (p. 45).

Tali scossoni alla logica razionale delle forme civilistiche verrebbero invero risparmiati se il giurista inforcasse un diverso paio di occhiali e si disponesse ad una lettura delle norme che non privilegia il laboratorio modale sostanziale e processuale, bensì scioglie il linguaggio modale nella *logica normativa della fattispecie* (p. 66).

È così che avviene la critica alla concezione imperativistica della norma e la posizione della stessa secondo il verbo kelseniano, vale a dire come giudizio ipotetico. La norma descrive fatti probabili e non ordina niente a nessuno, l'agire umano rileva o come attuazione di un'ipotesi o come eventuale effetto doveroso di condotta nella logica del *se/allora* (*If-Then*).

In questa logica si svolgono poi le considerazioni, che qui semplifico per ragioni di sintesi, circa i concetti fondamentali, la dommatica, che esplicitano il modo in cui i congegni normativi ipotetici operano nel mondo del diritto e nel mondo materiale. Anzitutto il duplice concetto di rilevanza, interna delle fattispecie (classi di fatti possibili) ed esterna con riferimento ai casi conformi alla fattispecie (p. 84 ss.); e il concetto di statuto normativo, come plesso unitario e combinazione di fattispecie ed effetti, cioè modelli di comportamenti, che possono evidentemente variare e atteggiarsi diversamente a seconda della combinazione di fattispecie, di "se" e di "allora".

Ed è qui che il fenomeno della "riduzione" si libera del soggettivismo delle posizioni individuali – e in qualche modo della sua limitata comprensibilità – e acquista una sua non illogica dimensione oggettiva nel contesto di una specifica fattispecie: quale? Quella per cui data una prestazione oggetto di un rapporto obbligatorio si registra una asimmetria tra adempimento e inadempimento nel senso che segue:

- nella fattispecie completa, se la prestazione è eseguita si produce estinzione dell'obbligazione; se non è adempiuta scatta l'effetto dell'obbligazione risarcitoria;
- nella fattispecie ridotta, l'adempimento produce il suo ordinario effetto estintivo; laddove invece tra l'inadempimento (contegno difforme) e l'effetto risarcitorio si interpone un'altra fattispecie, che può essere la prescrizione o un apposito patto, o una condizione sospensiva, in ragione della quale l'effetto risarcitorio non si produce e l'inadempimento è irrilevante. In altre parole, non è che vi sia un "diritto senza pretesa" (come si direbbe nel linguaggio modale); bensì semplicemente nella fattispecie ridotta si produce solo l'effetto adempimento e non quello inadempimento (p. 96). Manca cioè l'effetto coattivo.

Ma cosa guadagniamo da codesta ricostruzione, che non sia già accessibile attraverso il linguaggio modale, così tanto avversato dal nostro Autore?

Innanzitutto – sembra di capire – un guadagno in termini di conoscenza e chiarezza cognitiva dei congegni normativi, in termini di limpidezza e coerenza dei concetti, senza contraddizioni. Ad esempio, l'obbligazione ridotta non è inesistente, come si potrebbe inferire dalla incoerenza logica insita nel linguaggio modale (per cui avremmo un'obbligazione che non obbliga o un diritto senza pretesa, etc.), ma è piuttosto *inesigibile*, come dimostra *a contrario* la persistenza della *soluti retentio*: se l'obbligazione non fosse valida il pagamento sarebbe ripetibile, e invece non lo è. Dunque l'inesigibilità è un concetto che ha a che fare non con l'efficienza interna del titolo, che in ipotesi è perfetto, ma con l'efficienza esterna, con il ciclo formativo esterno della fattispecie.

Ciò che consente di chiarire – e può essere chiarito con – il meccanismo della condizione, che dà luogo ad uno dei casi emblematici di riduzione.

La condizione sospensiva, infatti, solitamente ascritta agli elementi accidentali del contratto incidenti sulla sua efficacia, altro non è che una fattispecie, un altro programma ipotetico negoziale, in cui il "se" è l'evento futuro e incerto dedotto dalle parti per rendere esigibile la prestazione, e l'"allora" è l'inesigibilità della prestazione dovuta. Ecco l'efficienza esterna ridotta alla sola inapplicabilità dello statuto dell'inadempimento. Se il contraente paga, il pagamento è efficace e il creditore ha titolo per ricevere e trattenerlo (p. 115).

2. Detto questo, diventa più lineare – si fa per dire – la costruzione dello statuto dell'obbligazione ridotta, che l'Autore sviluppa per tutto il resto del libro, sia sul piano sostanziale che su quello processuale, sia declinando principi generali, sia specificando regole particolari, a seconda della figura di obbligazione ridotta che prende in considerazione.

Uno dei principi, se ho ben inteso, è quello enunciato a p. 132, per il quale non sembra di poter rinvenire ostacoli all'idea di rapporti che, una volta costituiti validamente, siano successivamente "ridotti", fermo restando tuttavia che la riduzione non può essere genetica. Qui l'A. argomenta a partire dagli artt. 1183 e 1355 del codice civile, i quali non riconoscono la validità di vincoli geneticamente affidati alla spontaneità del debitore e perciò privi di forza; e poi considerando gli artt. 1372 e 1236, i quali autorizzano invece pienamente la successiva riduzione: il primo perché lascia ai contraenti intatta l'auto-

nomia negoziale successivamente alla stipulazione del vincolo, il secondo perché logicamente il più contiene il meno: se posso estinguere allora posso anche ridurre.

Cogliendo fior da fiore, per così dire, interessanti mi paiono le precisazioni svolte sullo statuto processuale della riduzione, e sull'importanza da attribuire all'*exceptio* nel contesto della fattispecie sostanziale prima ricostruita. Se il creditore agisce per il pagamento, nonostante la prescrizione o nonostante il *pactum de non petendo*, il debitore esercita il suo potere di scelta – pagare o non pagare – attraverso l'eccezione di riduzione. In caso contrario, come la giurisprudenza insegna, il giudicato può formarsi a favore del creditore a dispetto della prescrizione o del patto. Il giudice non può nemmeno accertare l'eccezione extraprocessuale. Questo perché il titolo dell'obbligazione è efficiente, seppur inefficace: ma se il debitore paga spontaneamente o non eccepisce nell'eventuale giudizio, allora il creditore può vantare la *soluti retentio* e acquistare il pagamento. Ciò che sarebbe impossibile se il titolo fosse invalido o la riduzione avesse effetto estintivo. Chiaro in tal senso, e di portata tendenzialmente generale, il 2° comma dell'art. 1185.

Interessante anche la questione della irripetibilità del pagamento della prestazione sospensivamente condizionata (non se eseguito *manente possibilitate*, ma) se eseguito dal debitore *post impossibilitatem*. Qui l'A. discute il tema dell'efficacia della sopravvenuta impossibilità: se incidente anche sul titolo, nel qual caso il pagamento diventa ripetibile; oppure no, e in tal caso la ripetibilità "parrebbe smarrire senso" (p. 189). E si orienta infine verso una soluzione di tipo ermeneutico, non dommatico, in relazione a quello che potrà dirsi del comune intento delle parti all'esito dell'interpretazione del contratto: nel silenzio, anche in tal caso varrà la *soluti retentio.*

3. Detto questo, torno su quella che mi pare –al di là delle questioni tecniche- l'idea principale del libro, e cioè la polemichetta aperta tra l'approccio modale e l'approccio per fattispecie. È certamente vero che il secondo approccio si pone sul piano comunicativo quale rappresentazione migliore dei dispositivi normativi organizzati dal Codice, mettendo in campo – se così posso esprimermi – una dommatica maggiormente virtuosa e lineare di quanto non possa dirsi del linguaggio strettamente modale. Il quale come abbiamo visto, mal si presterebbe a comprendere situazioni ibride, o anomale, che non rientrano nella rigida concettualità di cui esso a volte si serve. Ma su questo aspetto vorrei adesso formulare alcune rapide considerazioni.

Il linguaggio della rilevanza per fattispecie, nella misura in cui si svolge non sul crinale delle situazioni soggettive, appesantito dal carattere tendenzialmente rigido delle definizioni, ma su quello oggettivo del delineare in filigrana schemi astratti di comportamento (If/Then), accompagna a tale maggiore chiarezza una maggiore rarefazione del messaggio rappresentativo. Anzi, la prima è frutto della seconda: si comprende meglio per la maggior purezza delle forme e delle fattispecie, sempre più astratte e sempre più unicamente affidate alla razionalità della logica espressa dal legislatore nel suo costruire il rapporto tra fatto e conseguenze in modo apparentemente asettico.

Occorre avvertire che questa prospettiva, nel pensiero di Orlandi, si pone come prospettiva teorica generale. In altri suoi contributi (ad esempio nel volume *Introduzione alla logica giuridica*, 2021) leggiamo a chiare lettere che "Il fatto non si trova *in rerum natu-*

ra; esso è sempre generato dall'intelletto" (p. 16); e poi ancora che "Il pensiero costruisce i concetti dell'esistere", sicché "*ogni fatto non è in sé; esso è siccome elaborato dal pensiero*" (p.17), perché "*prima di essere concepito il fatto semplicemente non è*".

Nella sua struttura logica, dunque, la norma è un *a priori* che non deriva dall'esperienza, ma ne condiziona la stessa esistenza. Il diritto riconosce i fatti e attribuisce loro rilevanza giuridica soltanto attraverso una *forma*, anzi la giuridicità è quel modo di pensare la realtà dei fatti attraverso una sua forma esclusiva, che è la *fattispecie*. Attraverso la fattispecie il legislatore seleziona i fatti rilevanti e attraverso la fattispecie il giurista, come il giudice, li conosce. Entrando nello schema formale della fattispecie il fatto perde la sua brutale concretezza e individualità, elementi che lo rendono estraneo alla giuridicità, e diventa figura conforme allo schema, pronto per essere qualificato. Si scambia così la concretezza individuale con la serialità semplificata, astratta ed uniforme del caso.

Basterebbe questa eterea costruzione della norma, quale fattispecie astratta destinata a spogliare il fatto della sua materialità affinché questo possa essere pensato, per segnare le distanze incolmabili con la varietà delle scuole realistiche – uso questo termine in chiave meramente comunicativa – che invece partono proprio dal fatto nella sua materiale e brutale concretezza per trovare già in esso quel conflitto di interessi o quella domanda di tutela che allontana l'interprete dalla logica astratta della qualificazione e lo porta invece, attraverso vie differenziate, alla ricerca del diritto, a quell'*inventio* della norma del *caso* che insegue, senza mai raggiungerla, non la mera conoscenza ai fini di una sentenza, ma la giustizia.

Resta inteso che fra l'interprete – raffinato linguista e cultore della logica – concepito da Orlandi come unica e possibile figura di giurista, e l'interprete che si pone la domanda sul bene e sul giusto, non corre soltanto una differente idea del ruolo del giurista. C'è tutta la distanza che allontana chi pensa la norma come schema asettico e trascendentale e chi la pensa come criterio valoriale di soluzione di un problema pratico, ovvero di amministrazione di una classe di interessi, ritenendo imprescindibile quella radiografia del concreto che il formalismo invece categoricamente esclude dal ragionamento dell'interprete.

Questa distanza si accentua se nel panorama delle norme-forme proviamo a inserire le norme che non hanno *forma di fattispecie*. Sono le clausole generali e i principi, quelle norme che "irritano" – lo dico in chiave sistemica – il giurista della fattispecie. Le une perché sono incomplete, gli altri perché incarnano quella *vagueness* che nemmeno consente al giurista di pensare una regola. Se il pensiero come modo di conoscenza dell'esperienza prende forma nella fattispecie, dove non c'è fattispecie la brutalità del fatto torna nella sua concretezza, senza però riuscire – ci dice Orlandi – ad essere nemmeno percepibile, per restare dunque sconosciuta.

La buona fede. *Quid iuris*? Seppur attraverso la buona fede sia possibile generare una qualche fattispecie, essa mancherebbe di quel requisito che la fattispecie richiede di possedere, e cioè essere un *a priori*, atteso che – tutto al contrario – l'applicazione dello standard di correttezza si esercita su di una fattispecie *a posteriori*. Un *non sense* nell'ottica orlandiana! Un *non sense* che gli impedisce di prendere in considerazione l'idea che l'art. 1337 del codice civile possa essere idoneo a regolare la condotta dei potenziali con-

traenti in trattativa suggerendo "comportamenti corretti" da individuare a priori per non incorrere nelle conseguenze della scorrettezza. Di qui l'idea che la buona fede altro non sia che uno standard destinato a svegliarsi dal coma deontico che la connota solo se e quando la sua violazione produce un danno. Ma – come egli scrive in una elegante voce dell'Enciclopedia del diritto – "prima del danno il nulla".

E dal suo punto di vista non può che essere così: prima che irrompa una frattura patrimoniale suscettibile di essere ri-conosciuta *sub specie iuris*, cosa c'è da dire e soprattutto da fare? In un saggio che ho sviluppato di recente, mi sono sforzata di argomentare che, se una norma ci dice che dobbiamo comportarci secondo buona fede, l'interprete deve costruire deonticamente la buona fede, deve costruire le fattispecie ... prima di stabilire a che tipo di responsabilità va incontro il contraente scorretto: altrimenti cosa ce ne facciamo dell'art. 1337?

Andiamo ai principi e ai valori. Qui tocchiamo un punto drammatico, direi. Pensiamo al tema della *Drittwirkung*, all'applicazione diretta del principio/valore costituzionale al comportamento dei privati, all'interprete che costruisce la regola dal valore, che pretende cioè di "predicare" e rappresentare "fatti giuridici" pensandoli senza il loro specifico apriori che dovrebbe consentire di pensarli.

Qui la distanza tra la giurisprudenza della forma e la giurisprudenza che per comodità chiamo degli interessi è incolmabile; mentre la distanza tra l'analitica del giudizio logico di qualificazione e il processo di valutazione degli interessi e del bilanciamento dei valori configura una incomunicabilità strutturale tra forme del pensiero. L'una ancorata e prigioniera della lingua del diritto, a sua volta strumento con il quale il potere normativo moderno si esprime definitivamente e cristallizza una scelta che non è disponibile dall'interprete. L'altro refrattario alla prigione semantica e pronto ad immergere il testo nel contesto, per orientarlo, se non addirittura per annegarlo – se necessario – nella forza delle circostanze.

4. Ciò precisato, torno al nostro libro e concludo.

Se si accettano le premesse per le quali il diritto composto per fattispecie sia l'unica struttura formale attraverso cui pensare e conoscere il mondo; mentre i fatti non esistono in sé, in *rerum natura*, al di fuori degli schemi concettuali elaborati per pensarli; e se si ritiene poi che anche i fatti giuridici non sfuggono per nulla a questa logica; allora, su tali presupposti, non c'è dubbio che il fenomeno della riduzione risulti maggiormente intellegibile nella chiave teorica che Orlandi propone.

Se invece non si adotta questa premessa teorica, e si cerca piuttosto di comprendere il fenomeno che chiamiamo "riduzione" senza cercarne la razionalità della fattispecie, ma alla luce della funzionalità di tali fenomeni a specifici assetti di interessi, allora la logica della fattispecie poco aiuta, e lascia senza risposta la domanda sul perché un creditore debba sottoscrivere un *pactum de non petendo*; e sul perché un debitore debba voler pagare un debito prescritto; e che cosa possa voler significare il pagamento di una prestazione sottoposta a condizione sospensiva, allorché si sappia che l'evento in condizione non si realizzerà; e perché mai un debitore già sovraindebitato e poi esdebitato

debba vedere i crediti insoddisfatti solo inesigibili e non anche estinti, o debba pagare in regresso i garanti cui il creditore si è rivolto per il credito divenuto inesigibile verso di lui.

Indugio ancora un istante su quest'ultima fattispecie di "riduzione", che chiamerei obbligazione civile "concorsuale", inserita da Orlandi nella parte relativa allo statuto sostanziale della riduzione a fianco dell'obbligazione civile individuale di matrice codicistica. Indico questo tema perché l'obbligazione civile concorsuale, intendendosi con tale espressione la figura disciplinata dall'art. 278 del Codice della crisi, introduce una nuova ipotesi di inesigibilità, quella dell'esdebitato civile, debitore meritevole che acconsente alla liquidazione dei suoi beni e ottiene in cambio che il Tribunale dichiari "inesigibili *nei confronti del debitore* i debiti concorsuali non soddisfatti" (art .281, 1° co.).

La disciplina della figura pone due questioni. La prima concerne la ricostruzione di tale inesigibilità, come riduzione semplice nel senso fin qui illustrato, sicchè l'esdebitato che paga spontaneamente non può ripetere il pagamento (ed è questa l'opinione maggioritaria). Ovvero come estinzione, sicché il pagamento spontaneo rimarrebbe senza causa. L'altra questione concerne – come accennavo – l'eccepibilità della inesigibilità da parte del debitore, non solo al creditore principale, ma *anche* in via di regresso ai condebitori e garanti che avessero pagato il creditore insoddisfatto (art. 278, co. 6).

Il dilemma interpretativo sorge allorché, abbandonata la prospettiva formale della riduzione come inesigibilità – in tal caso in apparenza relativa –, si volge lo sguardo alla *ratio legis* del Codice della crisi, si prende in considerazione l'effetto sociale concreto che il Codice persegue attraverso l'esdebitazione anche del debitore civile – il cosiddetto *fresh start*, o liberazione dalla *zavorra* – e facilmente si scopre che la ricostruzione formale della "riduzione" or ora accennata in termini di inesigibilità relativa, contraddice questa ratio.

Ed infatti, se per il tramite del diritto *non concorsuale* delle obbligazioni si dovesse togliere al debitore esdebitato – piaccia o no questo suo *status* – il beneficio della liberazione che il nuovo diritto concorsuale gli ha concesso, obbligandolo a ri-pagare il fideiussore o il coobligato escusso dal creditore, non si farebbe un buon servizio all'efficienza del sistema di esdebitazione voluto dal legislatore. E il debitore non più sovraindebitato si troverebbe nuovamente esposto con i beni che ha frattanto acquisito, *e per acquisire i quali e per "ripartire" era stato esdebitato*, a fronteggiare nuove azioni esecutive per i vecchi debiti.

Qualcuno potrebbe forse a ragione obiettare che la legge *ubi voluit dixit*, e qui nulla *dixit* in merito alla riduzione del credito del fideiussore o del coobligato in regresso. Ma qualcun altro dovrebbe replicare che, se così sempre si dovesse ritenere, allora l'interprete ben poco avrebbe da fare e da dire con i suoi strumenti argomentativi.

Insomma, ma questo è il filo rosso del dialogo che da tempo ormai intrattengo con l'amico Orlandi, la fattispecie rassicura, ma forse, talvolta, finisce anche per chiudere gli occhi!

La riduzione, nella proposta di Mauro Orlandi

Tommaso dalla Massara
Prof. ord. dell'Università Roma Tre

1. Quello che Mauro Orlandi ha di recente pubblicato – sotto il titolo *Riduzione. Diritto senza forza*, G. Giappichelli editore, 2024, pag. XII + 329 – è certamente un libro denso, ambizioso; in esso sono toccati tanti e assai nevralgici aspetti dello statuto del rapporto obbligatorio.

Prima di parlarne, vorrei precisare: obiettivo di queste mie brevi considerazioni sarà quello di tratteggiare una sorta di attraversamento – quasi un taglio in diagonale – entro la quantità e la complessità dei problemi che il volume affronta.

Diritto, azione, eccezione, novazione, obbligazione naturale, condizione, sospensione, insolvenza, responsabilità, remissione, solidarietà, esdebitazione: questo è, anche soltanto se si riservi una rapida scorsa alle pagine del libro, un primissimo catalogo dei problemi toccati dall'Autore – e direi quasi incorniciati – entro la categoria della riduzione.

Ma conviene procedere per gradi.

Pare a me che principalmente due siano i nuclei problematici che pulsano al di sotto delle pagine di Orlandi; e tali nuclei sono evocati fin già nel titolo: da un lato è la riduzione, dall'altro la forza.

Proprio a queste due parole-chiave farò aggrappo, quasi come chi si trovi ad affrontare in risalita una parete di roccia assai ostica e, per far ciò, tenta anzitutto di mettere a fuoco i passaggi imprescindibili del percorso.

Quanto alla riduzione, il dibattito civilistico negli ultimi tempi si è confrontato a più riprese con quest'idea, affacciata, poi forgiata e ora compiutamente definita da Orlandi con lo scopo di dare razionalità d'impianto a un fenomeno che si colloca al punto di confluenza tra vicende le quali *ab origine* assumono altro *nomen iuris*; al contempo, queste diverse vicende trovano un momento di convergenza allorquando, se si presta precipua attenzione agli effetti, si possa affermare che – per esemplificare solo alcuni dei fenomeni presi in considerazione – condizione, remissione e *pactum de non petendo* operano riduttivamente.

Come si vede, si tratta di figure assai differenti tra loro. Tuttavia, in ragione di una tal quale ponderazione di effetti, Orlandi ritiene che sia proficuo utilizzare il linguaggio della riduzione.

Naturalmente, giacché l'Autore è ben consapevole del fatto che il diritto è anzitutto una struttura fatta di linguaggio, alla parola affida il compito di veicolare un'idea, con il preciso intento di sperimentarne poi le applicazioni sul piano del regime giuridico.

2. Lo scenario evocato da Orlandi, nel parlare di riduzione, si rivela alquanto suggestivo.

Mi permetto qui una divagazione. A voler rimanere nelle logiche del medesimo gioco intellettuale, ci si potrebbe forse chiedere: non vi sarebbe in altri casi lo spazio per discorrere, per converso, di espansione degli effetti dell'obbligazione?

Per esempio, allorché si volga attenzione alle garanzie convenzionali che il venditore presti con riguardo alle caratteristiche materiali del bene venduto, sarebbe qui evocabile l'idea di espansione? Ciò nel senso che la posizione del venditore si caricherebbe di effetti ulteriori rispetto a quelli che sarebbero sorti per il venditore in assenza di garanzia convenzionale.

In effetti, una volta adottata una lente di lettura 'quantitativa' (riduzione *vs*. espansione), si sarebbe indotti a soffermarsi su un gran numero di dinamiche volta per volta restrittive oppure espansive rispetto allo statuto dell'obbligazione. Certo, è che, per ciascun fenomeno di riduzione ovvero di espansione, si dovrebbe ben valutare quale sia la 'misura-base' da tenere a riferimento, giacché occorre sempre confrontarsi con la struttura del singolo e specifico rapporto obbligatorio.

Ma questo è un discorso che meriterebbe tutt'altro approfondimento.

3. Come accennavo sopra, stante il *modus operandi* di Orlandi, ogni gioco intellettuale trova la sua legittimazione in quanto dischiuda la strada a ragionamenti il cui impatto risulti valutabile in termini di regime giuridico.

Ciò mi dà occasione per sviluppare qualche osservazione intorno allo 'stile' di Orlandi. Sì, perché è senza dubbio cifra caratterizzante del suo procedere questo tracciare linee rette, con *regula* e *norma*, dunque autenticamente (ed etimologicamente) con righello e squadra.

D'altra parte, è Orlandi a dirlo chiaramente, in esergo del suo libro, che si tratta di "un corso civilistico sull'interpretazione" (p. V).

Direi anzi che l'obiettivo programmatico di Orlandi è quello di consentire, sperimentando con coraggio il limite di lettura dei dati ordinamentali, stati di avanzamento della conoscenza. Così, egli valorizza i nessi, mette a cimento i progetti di lavoro, ma sempre con aderenza alle ipotesi di partenza; come si sa, Orlandi non ricorre mai a scorciatoie, evitando il richiamo generico a principi, valori *et similia*.

Verrebbe così da aggiungere che l'Autore è un interprete non soltanto rigoroso, ma per più di un verso 'antico' della scienza civilistica: ciò nel senso che crede nella fatica del lavoro interpretativo (l'*interpretatio* dei *veteres*) e si dà carico della costruzione di un pensiero originale. Le idee sono lavorate e rilavorate, fin tanto che all'Autore non paia di essere giunto a un punto d'approdo soddisfacente.

Né vado lontano dal vero dicendo che il libro sembra ispirato a un certo costruttivismo, nella misura in cui (come, per esempio, in epistemologia) con tale espressione

s'intende che ogni struttura della realtà è il risultato dell'attività costruttiva delle nostre forme cognitive.

4. Passiamo ora a qualche riflessione sulla forza, ossia sull'altro imprescindibile nucleo problematico presente all'interno del libro.

Invero, è proprio sul piano della forza che la riduzione viene a operare, sicché si può ben dire che questa seconda parola-chiave illumina il senso della prima.

Vediamo meglio in quale senso. Nel compiere una stringente valutazione in punto di effetti, Orlandi giunge alle estreme conseguenze, quando propone una rilettura dei fenomeni riduttivi alla luce dell'idea che "*prescrivere deve convertirsi in descrivere*" (si veda, per esempio, p. 76, enfasi dell'Autore). Così, praticando una vera e propria ripulitura rispetto al linguaggio modale (quello pur così consueto del "dover essere", nonché del "poter essere"), tutto finisce per ricondursi al nitore della fattispecie: "se X, allora Y" (per esempio, p. 102 ss.).

Quale forza è in grado di esprimere la struttura del rapporto obbligatorio?

Tutta l'attenzione di Orlandi si concentra sugli effetti.

Nella statica della fattispecie è dato fotografare con esattezza la dislocazione della forza.

Molto si potrebbe dire sulla scelta lessicale compiuta dall'Autore, in favore del recupero della parola 'forza', con tutta la sua espressività pre-giuridica; l'intento sembra essere quello di riscoprire la radice filosofica dei problemi.

Il diritto è, in ultima analisi, la forza che con esso si esprime.

Il pensiero corre immediatamente al campo semantico delineato dal termine tedesco *Gewalt*, specie per come esso fu messo a fuoco da Walter Benjamin, nell'insopprimibile oscillazione tra uso legittimo e uso illegittimo della violenza. Addirittura, si potrebbe risalire al monito contenuto nel celebre frammento di Pindaro, stando al quale il diritto e la violenza sempre rischiano l'indistinzione. Ben si sa, poi, che quell'ancestrale idea di forza è approdata fino ai codici della contemporaneità: basti pensare all'idea di *force de lois* consacrata nell'art. 1103 del *code Napoléon*, poi mutuata anche dal nostro codice del 1942 (art. 1372).

5. Uno dei banchi di prova più significativi per i ragionamenti proposti da Orlandi è quello del *pactum de non petendo*.

Recentemente mi sono cimentato in un dialogo con Orlandi in argomento, sfociato in una pubblicazione[1]. Non vorrei dunque tornare sul tema, se non per dire – come bene ha messo in luce Augusto Chizzini in sede di chiusura di quella pubblicazione – che la specificità del punto d'approdo raggiunto da Orlandi dipende dall'assunzione della specola di osservazione che si ritenga di preferire.

In quanto si accolga l'idea secondo cui prescrivere si converte sempre in un descrivere, l'obbligazione sottoposta a *pactum de non petendo* appare inesorabilmente ridotta

[1] Alludo a dalla Massara - Orlandi, *Studi sull'accordo di non chiedere*, Roma, 2024.

nei suoi effetti. In altri termini, l'approccio suggerito dall'Autore conduce a osservare la vicenda del *pactum* interamente sul piano sostanziale. Sicché proprio su quest'ultimo piano gli effetti collegabili al rapporto obbligatorio appaiono, per l'appunto, ridotti.

Vorrei dire che qui si coglie appieno quello che è – mi si consenta il neologismo – il 'fattispecismo' di Orlandi.

Come ho avuto occasione di dire, diverso è il mio punto di vista.

Ritenendo che occorra muovere dalla dialettica tra *ius* e *actio*, credo non si possa prescindere dall'idea che, una volta concluso il *pactum de non petendo*, il debitore rimane pur sempre libero di pagare, sebbene disponga dell'eccezione (sia essa *ad tempus* o *in perpetuum*).

Con ciò intendo sottolineare che la peculiarità del *pactum de non petendo* è da ravvisarsi proprio in ciò, ossia nell'attribuzione al debitore del diritto potestativo di interporre l'eccezione a fronte dell'esercizio del diritto da parte del creditore; pertanto, a me pare che il diritto del creditore permanga, sebbene esso vada a incrociarsi con un (contro)diritto, che tradizionalmente potremmo chiamare *Einrederecht*. L'esito è, in fin dei conti, che il debitore-convenuto può contare di andare assolto.

In altre parole, comprendo la visione 'piatta', tutta distesa sul piano sostanziale, propugnata da Orlandi; la reputo però meno soddisfacente rispetto alla visione 'tridimensionale', la quale affiora allorché si tenga a mente la sovrapposizione tra il piano sostanziale e quello processuale.

Beninteso, qui ammetto che alcune delle strutture concettuali lasciate sul punto da Hans Reichel nel suo celebre studio sul *pactum de non petendo* alla metà degli anni Trenta[2], sempre sulla base di una rilettura delle fonti romano-classiche, condizionano il mio modo di osservare i problemi.

A ogni buon conto, per come vedo io le questioni: *i*) il diritto del creditore non viene meno per effetto del *pactum*; il che trova conferma nel fatto che, scegliendo di non eccepire, il debitore è pur libero di adempiere (né quell'adempimento è ripetibile); *ii*) per essere consequenziali rispetto alla prospettazione 'pan-sostanziale' di Orlandi, a mio giudizio occorrerebbe ammettere la rilevabilità d'ufficio dell'eccezione. Ma, se così fosse, risulterebbe del tutto dissipata la natura propria del *pactum de non petendo*, il quale fonda il proprio funzionamento sul libero esercizio del diritto di sollevare l'eccezione da parte del debitore-convenuto. Diversamente facendo, si darebbe il nome di *pactum de non petendo* a quello che in buona sostanza è un accordo dilatorio.

Come dicevo, la lettura che di questi problemi propone Orlandi è di diverso tenore.

Tale lettura poggia essenzialmente sui due seguenti passaggi: *i*) l'accordo non può che incidere sull'obbligazione: da qui discende, dunque, l'idea secondo cui il *pactum de non petendo* è fenomeno riduttivo dell'obbligazione; *ii*) siffatta riduzione emerge dall'analisi del titolo dell'obbligazione.

---

[2] Cfr. Reichel, *Der Einforderungsverzicht ('pactum de non petendo')*, in *JheringsJahrb.*, LXXXV, 1935, 1 ss., anche in lingua italiana nella traduzione critica a cura di dalla Massara e D'Onofrio, Pisa, 2018.

Come dicevo, la contrapposizione tra queste due visioni discende dall'adozione di differenti angoli di osservazione: per un verso, è prospettata una lettura del fenomeno che si focalizza sul piano sostanziale, precisamente incentrandosi sulla fattispecie, giacché proprio lì è dato registrare la riduzione dell'obbligazione; per altro verso, è impostata una grammatica del discorso che si basa sulla dialettica tra *ius* e *actio*: si vede allora che l'obbligazione permane, per quanto essa sia paralizzabile in via di eccezione.

6. A questo punto, credo possa essere di qualche utilità staccare lo sguardo dal libro di Orlandi, per rappresentare – in estrema sintesi – tre scenari giurisprudenziali rispetto ai quali le considerazioni sin qui svolte si rivelano complementari; ciò nel senso che le soluzioni adottate nel libro si prestano a guidare una peculiare lettura dei fenomeni.

In primo luogo, occorre tenere a mente la recente sentenza delle Sezioni Unite in tema di mutuo solutorio: alludo alla pronuncia del 5 marzo 2025[3], ove si afferma che l'accordo con cui il mutuante eroga al mutuatario un nuovo finanziamento, con l'obiettivo di estinguere (totalmente o parzialmente) il precedente rapporto, rappresenta un contratto autonomo e riconoscibile ai sensi dell'art. 1322 c.c.; soprattutto, per quanto qui rileva notare, tale accordo incide sull'obbligazione precedente. Si realizza dunque un effetto estintivo.

Il dubbio preso in esame dalla Corte di Cassazione è che quel medesimo accordo potesse configurare invece un accordo non estintivo-novativo, sicché il tronco originario dell'obbligazione precedente rimanesse in vita: in specie, stando a una certa opinione, quell'accordo non estintivo-novativo si sarebbe potuto leggere in termini di *pactum de non petendo*. A me pare, piuttosto, che quell'accordo si presti a essere osservato nei termini di un accordo di dilazione.

La decisione della Suprema Corte, con la quale è dato *tout court* riconoscimento al mutuo solutorio *sub specie* di contratto autonomo, sembrerebbe sospingere verso l'idea di un fenomeno drasticamente estintivo, più che 'riduttivo' del rapporto originario.

Nondimeno, anche a valle della sentenza di marzo, pare a me nient'affatto escluso che le parti siano libere di definire un accordo di mutuo solutorio non estintivo dell'obbligazione primigenia, con la conseguenza che in tal caso non si verificherebbero gli effetti di cui all'art. 1232 c.c.

In secondo luogo, è rilevante la pronuncia della Cassazione del 29 settembre 2023, la quale è intervenuta a proposito di *pactum de non exequendo*[4].

---

[3] Su cui D'Onofrio, *Le Sezioni Unite sul c.d. mutuo solutorio: è valido e costituisce titolo esecutivo*, in corso di pubblicazione in *Giur. it.*, 2025; sull'ordinanza di rimessione, Cass., ord., 10 luglio 2024, n. 18903, D'Onofrio, *La validità del c.d. mutuo solutorio: la parola alle Sezioni Unite*, in *Arch. civ.*, 2024, 199 ss., nonché dalla Massara, *Prospettive in tema di mutuo solutorio e accordo di non chiedere: in attesa delle Sezioni Unite*, in *Accademia*, 2024, 841 ss.

[4] Su cui cfr. Filice, *Il 'pactum de non exequendo' tra diritto sostanziale, processo e crisi d'impresa*, in *Nuovo dir. civ.*, 2024, 113 ss.

In questo caso, il problema (più specifico) che si pone è quello dall'azione esecutiva; la Corte richiede che il debitore veicoli l'esistenza del patto attraverso un'opposizione all'esecuzione. Ma il punto cruciale è qui rappresentato dal fatto che – a giudizio della Suprema Corte – l'azione esecutiva risulta sottratta alla disponibilità delle parti.

Così, la pronuncia stabilisce che la violazione del patto da parte del creditore comporta soltanto una sua responsabilità risarcitoria.

Per attenersi al linguaggio di Orlandi, nessuna 'riducibilità' sarebbe pertanto prospettabile quando venga in gioco l'azione esecutiva.

In terzo luogo, non si potrebbe mancare di ricordare la sentenza della Corte Costituzionale n. 8 del 2023 (estensore Emanuela Navarretta)[5]. Com'è quantomai noto, la Corte si è pronunciata in quest'occasione sull'irripetibilità dell'indebito, allorché tale ripetibilità si ponga in contrasto con il legittimo affidamento del percettore dell'indebito, nonché con il canone di buona fede.

Conta qui evidenziare come lo scenario di riferimento sia quello segnato dal centrale impiego della categoria dell'esigibilità; ed esattamente all'altezza della riflessione sull'esigibilità, in effetti, s'innesta un ragionamento che meriterebbe ben altro spazio, giacché in estrema sintesi occorre chiedersi: quale ruolo gioca la categoria dell'esigibilità rispetto alla riduzione degli effetti dell'obbligazione?

7. Ecco che queste mie riflessioni si chiudono proprio sull'idea di esigibilità: sono persuaso che alla più precisa definizione della semantica dell'esigibilità resti affidata la crescente esigenza, in vario modo manifestata dalla prassi ed esplorata dalla dottrina, di flessibilizzazione degli effetti dell'obbligazione.

In un recente incontro seminariale, Orlandi (assieme ad altri Colleghi e Amici) ha avuto occasione di intrecciare in modo più serrato i fili del suo ragionamento intorno alla riduzione con quelli che riconducono al tema dell'esigibilità[6].

A quelle riflessioni – che saranno tra breve pubblicate[7] – rinvio coloro che avessero curiosità di proseguire nelle esplorazioni che il libro di Orlandi ci induce a compiere; si tratta di esplorazioni appassionanti, per lo meno per chi vive il diritto come inesausta ricerca di 'soluzione del problema'.

Il volume di Orlandi approfondisce la categoria della riduzione come modo di guardare al reale. Non v'è dubbio che, come ogni modo di guardare, anche la riduzione espone a rischi; ma è nel rischio di una sfida intellettuale – nonché nella bellezza di quest'ultima – che risiede il senso ultimo di questo libro.

---

[5] La si può vedere in *https://www.osservatoriosullefonti.it*, con breve nota di Bazzoni.

[6] Il riferimento è all'incontro su *Diritto e azione. L'inesigibilità*, svoltosi a Roma Tre il 21 novembre 2024, da cui Orlandi ha ricavato un contributo dal titolo *La babele dell'inesigibilità*, in corso di pubblicazione su *Nuovo dir. civ.*

[7] Le voci di Carratta, Orlandi, Auletta, Maggiolo, Monticelli, Pignalosa e di chi scrive saranno raccolte in un volume dal titolo *Il volere che si fa norma. Quaderno quarto. Volontà, azione, esigibilità*, in corso di pubblicazione con Il Mulino.

Dall'inesigibilità alla riduzione

Mauro Orlandi
Prof. ord. dell'Università LUISS

Sommario: 1. Le tre inesigibilità. – **2.** La trappola delle parole. – **3.** Efficienza. Efficacia. Effettività. – **4.** Dalla inesigibilità alla riduzione. – **5.** Il problema della condizione. – **6.** *Segue*. Statuto essenziale della riduzione. – **7.** Corollari.

1. Le tre inesigibilità

Esistono parole insidiose, che nella quiete apparente di una neutralità tecnica covano il germe della dissoluzione concettuale. Tra queste collocherei il lemma "inesigibilità", il quale sembra esibire almeno tre accezioni.

L'inesigibilità diremo *forte*, che sta nella oggettività del titolo e preclude *ex se* l'azione o la pretesa del creditore. Figura esemplare: il termine[1].

[1] Per la recente letteratura da leggere il bel libro di D'Onofrio, *Il* pactum de non petendo*: struttura e disciplina*, Napoli, 2021, spec. 46 ss.; 131 ss. La quale distingue effetto del termine ed effetto del patto di non chiedere. Il primo oggettivo e rilevabile *ex officio*; il secondo soggettivo e rimesso alla eccezione in senso stretto. Su una linea assimilabile dalla Massara, *Studio sull'interferenza tra il* 'pactum de non petendo' *e il decorso del tempo della prescrizione*, in *Nuovo dir. civ.*, 2, 2023, 15 ss.; Monticelli, *Inerzia e attività nell'esercizio del diritto*, Torino, 2024, 29-30, secondo il quale, «l'espressione "ogni diritto si estingue per prescrizione" allude, senza dirlo, all'insorgenza di un contro-diritto del debitore, di natura potestativa, e dunque di possibile ma non necessario esercizio». A differenza del termine, la prescrizione genererebbe tale «controdiritto» potestativo.

Per il patto da leggere Reichel, *Der Einforderungsverzicht ('pactum de non petendo')*, in *JheringsJahrb*, LXXXV, 1935; ora nella traduzione critica a cura di dalla Massara e D'Onofrio, Pisa, 2018, 1 ss.; spec. 25 ss.

L'inesigibilità *debole*, la quale si riduce alla soggettività del titolare senza toccare il titolo, riconoscendo al debitore una mera eccezione processuale. Figura esemplare: il patto di non chiedere. Come pure – parrebbe – la prescrizione[2].

L'inesigibilità *assiologica*, di nuovo conio, che avvolgendo col mantello della buona fede il potere esattivo del creditore, postula come non esercitabile il credito tutte quelle volte che la condizione empirica del debitore appaia meritevole di compassione[3].

L'analisi casistica disperde in rivoli l'unità del concetto e rifiuta ogni ordine sistematico. E così avremo che il termine renderebbe oggettivamente inesigibile il credito, come sembra scrivere l'art. 1185 c.c. ("*il creditore non può esigere*"); oggettivamente, nel senso che il titolo ostende il termine e il giudice che sia chiamato a condannare non potrà non leggerlo sulla pagina del contratto e dovrà d'ufficio rigettare la domanda. Il patto di non chiedere attribuirebbe solo a quel debitore e solo verso quel creditore una eccezione processuale, legata alla persona dei paciscenti e non al titolo dell'obbligazione. In tale caso, il giudice non potrebbe rilevare d'ufficio il patto, ancorché leggibile sulla pagina del contratto.

---

[2] dalla Massara, *Studio sull'interferenza,* cit., 15. V. Gallo, *Pactum de non petendo e prescrizione*, in *Riv. dir. civ*., 2020, 5, 984; ora Monticelli, *Inerzia e attività nell'esercizio del diritto*, Torino, 2023, 67-68. Sulla storia della prescrizione per tutti v. Cimma, *Prescrizione e decadenza nel diritto romano e intermedio*, in *Dig. disc. priv*., XIV, Torino, 1996, 253 ss.

[3] Si muove dall'ormai noto caso del canone locatizio inesatto: Sez. terza, 14 giugno 2021 n. 16743, in *Nuova giur. civ. comm*., 5, 2021, 1043 ss.; e in parte seconda, con i commenti di G. D'Amico, F. Macario, C. Scognamiglio e mio.

Da segnalare come, con ordinanza 14 marzo 2024 n. 11219, la medesima terza sezione abbia nettamente sconfessato il proprio stesso precedente. Si legge al § 3.1.c: «il solo ritardo nell'esercizio del diritto, per quanto imputabile al titolare dello stesso e per quanto tale da far ragionevolmente ritenere al debitore che il diritto non sarà più esercitato, non può costituire motivo per negare la tutela giudiziaria dello stesso, salvo che tale ritardo sia la conseguenza fattuale di una inequivoca rinuncia tacita».

V. ora le note di Auletta, *L'inesigibilità del credito tra cognizione ed esecuzione forzata del diritto*, in questo volume, in *Nuovo dir. civ.*, 2. 2025, in corso di pubbl., con riguardo alla posizione della Corte cost. n. 8/2023 (E. Navarretta red.).

Interessante leggerne un estratto: «la categoria della inesigibilità [...] vincola il creditore a esercitare la sua pretesa in maniera da tenere in debita considerazione, in rapporto alle circostanze concrete, la sfera di interessi che fa riferimento al debitore. || Di qui, la rilevanza che possono assumere [...] le condizioni in cui versa quest'ultimo. [E] la pretesa si dimostra dunque inesigibile fintantoché non sia richiesta con modalità che il giudice reputi conformi a buona fede oggettiva. [...] . L'inesigibilità, in tal modo, attenua la rigidità dell'obbligazione restitutoria che, in quanto obbligazione pecuniaria, non vede operare – per comune insegnamento – la causa estintiva costituita dall'impossibilità della prestazione. In particolare, l'inesigibilità non colpisce la fonte dell'obbligazione, ma funge da causa esimente del debitore, quando l'esercizio della pretesa creditoria, entrando in conflitto con un interesse di valore preminente, si traduce in un abuso del diritto».

Dissento per le ragioni espresse nel mio *Ermeneutica del silenzio*, in *Nuova giur. civ. comm*., 5, 2021, 2, 1171 ss. L'area di senso in cui si colloca tale fenomeno «abusivo» è quella della impossibilità empirica (non è «esigibile» uno sforzo che sacrifichi interessi primari); non della inesigibilità giuridica, secondo il concetto che tracceremo.

L'ovvio o l'intuitivo suggerisce di separare gli effetti del termine e della condizione sospensiva: la seconda – contrariamente al primo, connotato dalla certezza del tempo - non ammetterebbe *soluti retentio*.

Restringendosi al piano processuale della eccezione, tale da non «toccare» l'obbligazione[4], la inesigibilità minore del *pactum de non petendo* neppure sospenderebbe il decorso della prescrizione[5].

Minuziosa e irriducibile anche la articolata disciplina dell'esecuzione. L'art. 553 c.p.c. offre al creditore procedente la facoltà di scegliere l'assegnazione di un credito inesigibile, che – a dispetto di tale inesigibilità – è considerata *pro soluto* ed estingue obbligazione e processo esecutivo. Gli artt. 278, 280, 283 CCII suggerirebbero di restringere l'inesigibile al momento esecutivo, nel senso di immunizzare lo esdebitato dalla coercizione esecutiva[6]. Il *pactum de non exequendo*, avrebbe poi effetto, non già preclusivo dell'esecuzione bensì meramente risarcitorio[7].

Per guadagnare il sistema appare indispensabile tornare alla radice, attraverso queste domande: cosa è la coercizione o forza dell'obbligazione? Cosa è e come si spiega la eccezione di «inesigibilità»?

---

[4] V. sul punto dalla Massara, *Il 'pactum de non petendo': modello o modelli di modulazione cronologica dell'obbligazione, in Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 5, Napoli, 2021, 127, ove: «nel contemporaneo, il *pactum de non petendo* è apparso come una figura di particolare interesse soprattutto perché – e qui torna a farsi sentire una certa impronta reicheliana – di esso colpisce il fatto che lasci intatta l'obbligazione originaria». Sulla medesima linea Gallo, *Pactum de non petendo e prescrizione*, cit., 990-992; e D'onofrio, *Il* pactum de non petendo: *struttura e disciplina*, cit., 55 ss. *Infra*, § 3.

[5] V. da ultimo, con trascurabile diversità d'accento, dalla Massara, *Studio sull'interferenza*, loc. cit.; Chizzini, *Postfazione* a dalla Massara, Orlandi, *Studi sull'accordo di non chiedere*, Roma, 2024, 107-108; Gallo, Pactum de non petendo *e prescrizione*, cit., 993, ove letteralmente: «la stipulazione del *pactum de non petendo* non incide minimante sotto il profilo del decorso del termine di prescrizione, che continua a decorrere al pari di prima, il che vale anzi in ogni caso a consolidare la posizione di vantaggio che compete il debitore; decorso il termine di prescrizione, il debitore potrà infatti in ogni caso contrastare la pretesa del creditore in virtù di un'eccezione, questa volta fondata non tanto sul patto, i cui effetti nel frattempo potrebbero essere venuti meno per scadenza del termine, per rinuncia o per mutuo dissenso, ma per l'appunto in esito al decorso del termine di prescrizione».

Preoccupazione inversa in Confortini, Pactum de non petendo *e prescrizione*, in *Riv. it. sc. giur*., 12, 2021, 368 ss.; e ora Monticelli, *Inerzia e attività*, cit., 68-69, i quali denunciano la (vaga) immeritevolezza di una sospensione convenzionale «eccessiva».

[6] V. le analitiche pagine di Auletta, *L'inesigibilità del credito tra cognizione ed esecuzione forzata del diritto*, cit., il quale rileva – se non ne tradisco il pensiero – la polisemia del lemma inesigibilità, il quale sembra irriducibile a unità di categoria.

[7] Cass. 29 settembre 2023, n. 27590, in *Nuovo dir. civ*., 2024, 2, 110 ss., con nota di Filice, *Il* pactum de non exequendo *tra diritto sostanziale, processo e crisi d'impresa.*

2. La trappola delle parole

Siamo soliti esprimerci secondo i modi del dovere o del potere; dicendo che Tizio ha l'obbligo o il diritto, sempre decliniamo gli ausiliari del puoi e del devi. Nulla di male. Se non fosse per il pericolo dell'abitudine, che silenziosamente conduce a due insidie: di ridurre tutto il diritto alle qualifiche estrinseche di dovere/potere; di entificare le situazioni giuridiche come oggetti suscettibili di possesso, popolando il giuridico di uomini portatori di cose utili come i diritti o disutili come i doveri.

Senza scendere alla radice di questi modi di dire sembra di non poter spiegare in semplicità; e si rimane prigionieri del descrittivismo, che fa di ogni caso una monade. Atteggiamento esegetico e passivo, incompatibile con l'ufficio ricostruttivo della scienza.

L'ultimo passo per uscire dalla trappola del linguaggio modale è abbandonare la estrema metafora del dovere; e ragionare intorno alla categoria dell'effetto[8].

Nella logica modale c.d. deontica (del dover essere), l'effetto sarebbe da risolvere in *vicenda costitutiva, modificativa, estintiva dell'obbligo*, sicché all'avverarsi della fattispecie (all'accertamento di un caso conforme alla f.) si prevede il costituirsi modificarsi estinguersi di un predicato di dovere.

Su questa linea, si suole notare come il linguaggio giuridico appartenga al mondo prescrittivo o deontico (del dover essere); contrapposto a ontico (dell'essere; meglio, esistere). Potremmo qualificare deontica (relativa al *dover* essere; e non già al mero esistere) la teoria secondo cui l'effetto è una vicenda dell'obbligo.

È da riflettere invece come il dover essere sia un modo dell'essere; e come l'intera dinamica della giuridicità possa ridursi a un giudizio di conformità tra ipotesi e fatto storico. Il dovere (e così pure il potere, e le relative declinazioni) si converte e risolve in una *relazione giuridica di necessità*. La necessità è in ciò: che la posizione dell'effetto segue *necessariamente* al verificarsi del fatto, conforme alla fattispecie[9].

La riduzione della norma a struttura ipotetica implica il passaggio dal comando alla combinazione di fattispecie; dal prescrittivo al *descrittivo*. La fonte *descrive* un possibile A; all'accadere del quale prevede un possibile B. Se accade un *fatto* riconducibile al modello ipotetico (se A), allora si applica l'effetto B; ossia entra in vigore la fattispecie B.

---

[8] V. ora Gentili, *Gli effetti giuridici tra fisica e metafisica*, in *Angelo Falzea, Un maestro del Novecento giuridico italiano*, a cura di G. D'Amico e A. Federico, Torino, 2024, 63 ss.; e – in parziale dissenso – il mio *Dogmatica dell'effetto*, *ibidem*, 81 ss.

[9] Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, XVI, 1965, 471-472. «La norma – avverte F. – si configura come una proposizione ipotetica o condizionale; e, come ogni proposizione condizionale, distingue in sé tre componenti logiche: la proposizione condizionante, la proposizione condizionata, il rapporto di condizionalità. Quest'ultimo è espresso dal connettivo interproposizionale se-allora del comune linguaggio. Le due proposizioni, condizionante e condizionata, sono entrambe, come vedremo meglio in seguito, proposizioni temporali (secondo la corrispondenza stabilita in linea di principio tra proposizione e situazione). Ne consegue che (secondo la struttura già analizzata delle situazioni temporali) in ciascuna proposizione dovrà trovarsi [...] un astratto schema di fenomeno temporale limitato e circoscritto da un indice di tempo».

Al pari di ogni altra situazione giuridica, anche l'obbligo si lascia *collocare nella categoria della fattispecie*: anche esso è logicamente riducibile a modello di fatto, rispetto al quale sarà giudicato il comportamento di un determinato soggetto. La norma si può concepire razionalmente come *nesso funzionale di fattispecie*.

Diremo *fattispecie indipendente* la pròtasi normativa, ossia la fattispecie astratta; *fattispecie dipendente* l'apòdosi normativa, ossia l'effetto, inteso come fattispecie applicabile al verificarsi della prima. Nella logica di queste pagine si giunge *mente cogente* a risolvere ogni effetto in una *vicenda di fattispecie*.

Il passaggio dal dovere alla necessità tocca inevitabilmente la tradizionale categoria delle situazioni giuridiche soggettive; la quale, se sul piano linguistico offre utilità di sintesi, sembra irrisolta sul piano logico. Usiamo pure – così faremo anche qui per comodità espositiva – il linguaggio della tradizione, nella vigile consapevolezza del suo carattere modale, segnato dai modi verbali del dovere e del potere. Potere e dovere si svelano sintesi verbali, che si spiegano nel ritmo sillogistico e causale «Se A Allora B».

Risolta l'intera dinamica della rilevanza entro la categoria della causalità giuridica, ossia nel *nesso condizionale tra fattispecie indipendente e fattispecie dipendente*, il modo del dover essere o del poter essere costituisce sempre e per definizione uno stadio preliminare e descrittivo. Il quale attende uno svolgimento causale, ossia la fondata *posizione* e *applicazione* delle fattispecie indipendente e dipendente[10]. L'effetto è una fattispecie dipendente. Per questa via si apre per il linguaggio del diritto una nuova prospettiva. *Prescrivere deve convertirsi in descrivere*.

3. Efficienza. Efficacia. Effettività

Centrale il concetto di rilevanza; e precisamente la distinzione, penetrata nella teoria generale, tra rilevanza interna e rilevanza esterna[11].

Le proposizioni normative sono proposizioni di logica comune. Esse descrivono note del reale; e segnatamente classi ipotetiche. Sicché il giurista è chiamato allo studio di proposizioni nomo-logiche, come enunciati che descrivono una legge generale valida per una serie indefinita di casi.

È dato distinguere due forme o stadî della rilevanza.

---

[10] La tradizionale configurazione delle situazioni giuridiche finisce così per volgersi in tautologia: un giudizio meramente tassonomico e classificatorio.

[11] «Si delinea – avverte N. Irti, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, 55 ss.; ora in *Norme e fatti*, Milano, 1984 (donde le cit.), 23 – una duplice nozione di rilevanza: a) rilevanza dei dati che sono descritti dalla norma e posti nella protasi e nell'apodosi; b) rilevanza dei dati che vengono pensati secondo i criteri normativi».

Rilevanza *interna* la prima, che potremmo anche dire orizzontale, siccome chiusa entro la cerchia puramente intellettuale o ideale delle ipotesi normative; *esterna* la seconda. Che diremo anche verticale, siccome proiettata verso il mondo empirico dei fatti storici, suscettibili appunto di sussunzione. Volendo v. ora il mio *Riduzione. Diritto senza forza*, Torino, 2024, spec. § 21.

a) rilevanza delle ipotesi, descritte dalla norma e poste nella protasi e nell'apodosi;
b) rilevanza dei dati materiali, pensati secondo i criterî normativi.

Nel primo senso il termine «rilevanza» indica la posizione dei due membri della norma: la posizione ideale di A come condizione; la posizione ideale di B come condizionato. L'interprete, guadagnando il significato della norma, «ricostruisce il *concetto della fattispecie* ed il *concetto della conseguenza giuridica*»[12].

Nel secondo senso il termine «rilevanza» indica una relazione logica fra concetto normativo e dato esterno.

La *rilevanza interna* esprime la combinazione tra fattispecie indipendente e dipendente; la *rilevanza esterna,* la conformazione del caso alla fattispecie. La rilevanza interna attiene alla ipotesi astratta; la rilevanza esterna, al caso concreto.

Introduciamo una nozione, utile per la intelligenza del fenomeno. È il concetto di statuto giuridico: nucleo di effetti strutturali o essenziali.

Lo statuto è combinazione condizionale o normativa; fascio di effetti essenziali, i quali connotano il fenomeno e ne configurano la rilevanza. *Breviter* si può dire che «statuto» è il nome di un nucleo di effetti (o fattispecie effettuali) richiamato ellitticamente; sintesi verbale della disciplina. Lo statuto configura un plesso unitario, che consente di stabilire una costante tra l'apparire del fatto A e il darsi degli effetti b, c, d.

Se – come credo – l'effetto si risolve in attispecie[13], ossia in schema o ipotesi di condotta, allora dobbiamo per logica necessità muovere dalla struttura causale del giuridico. Il quale si svolge entro l'universale sillogistico Se / Allora: ogni rilevanza si misura entro tale struttura ipotetica.

Sotto questa logica, l'obbligazione si risolve in struttura ipotetica delle fattispecie di responsabilità: se adempimento allora X; se inadempimento allora Y. Il concetto di struttura va compreso nella sua profondità. Esso implica una *relazione* tra elementi coessenziali ed esibisce una triade: i termini e il nesso condizionale che li lega, in modo che l'esistenza del secondo dipende da quella del primo. Il lemma «struttura» esprime tale articolazione, ove i termini costitutivi sono parimente distinti e indisgiungibili[14].

---

[12] N. Irti, *Rilevanza giuridica*, cit., 25. Donde la critica alla deviante e comune formula di fatto efficace, che immette nel circuito normativo la spuria idea di una produzione eziologica: «il fatto concreto produce effetti nel proprio ordine (che e la natura o la storia); ma, per definizione, e inidoneo a produrre effetti nell'ordine giuridico».

[13] Ferrajoli, *Principia Juris*, *Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007, 259 ss., rileva la fallacia del termine «fattispecie», giacché il diritto disciplina soltanto atti umani e mai fatti. Tutte le norme, anche quelle sui fatti naturali (egli fa l'esempio dell'*insula in flumine nata*) si convertirebbero in frammenti, destinati a regolare atti umani. Egli propone allora il lemma «*atti*specie». Attispecie si risolverebbe così in *species* del *genus* fattispecie. Nel testo useremo indifferentemente «fattispecie», a significare ipotesi di fatti o di atti.

[14] Per questa via, l'obbligazione parrebbe risolversi in statuto normativo delle responsabilità personale e patrimoniale. Gli effetti, e segnatamente la responsabilità patrimoniale, non possono uscire dalla struttura ipotetica del vincolo. *Contra*, da ultimo, Castronovo, *Il diritto italiano delle obbligazioni da codice civile del 1942 ad oggi. Profili di una evoluzione*, in *Eur. dir. priv*., 2021, spec.

Il rischio della reificazione è sempre in agguato: non esistono del diritto enti che non si risolvano nella sostanza intellettuale di una ipotesi; come pure non esistono ipotesi che non si risolvano in significati estratti da fonti.

Postulando l'obbligazione come corpo, suscettibile di essere toccato e manipolato, la inesigibilità appare laboratorio esemplare di tale pericolo. Che l'*exceptio pacti* o altra eccezione di inesigibilità non «tocchi» l'obbligazione e «sovrapponga» ad essa un impedimento alla condanna[15] si dimostra non spiegazione ma problema: il quale esige di essere risolto nella dimensione intellettuale dello statuto, ossia della struttura ipotetica.

Discende da queste premesse una tripartizione.

Momento della efficienza. Esso si ragiona sul piano orizzontale della fattispecie e postula l'interpretazione delle fonti e la posizione dei corrispondenti significati. Efficienza esprime la posizione teorica o astratta dello statuto, quale struttura ipotetica delle fattispecie indipendente e dipendente, strette dal vincolo di necessità. Tale che il porsi della seconda dipenda dal porsi della prima. Qui si svolge la significazione della fonte, dalla quale trarre quei significati che sono le fattispecie. Questo momento è proprio della c.d. rilevanza interna o nomologica.

Momento della efficacia. Esso si ragiona sul piano verticale della *sussumibilità in potenza* ed esprime l'*applicabilità* a un percetto (a un fatto che si dimostri empiricamente dato) della ipotesi astratta. Si pensi a un contratto con effetto sospeso sotto termine o condizione: esso può mostrarsi in uno efficiente e inefficace. L'effetto della responsabili-

---

602, il quale considera decisivo (se non ne tradisco il pensiero) il carattere soltanto eventuale della responsabilità patrimoniale. L'eventuale non può essere essenziale. Ed ora nettamente in *L'obbligazione nel prisma della (nuova) responsabilità patrimoniale*, in *Eur. dir. priv*., 2022, 715 ss., spec. 731, ove con suggestione letteraria: «Si deve allora concludere che l'ordinamento ci presenta una doppia verità: l'obbligazione in sé e la stessa obbligazione nel prisma della responsabilità patrimoniale? Non c'è una doppia verità, perché la responsabilità patrimoniale, come già dicemmo, non è più l'obbligazione in sé, ma l'obbligazione per sé, l'obbligazione nella vicenda possibile ed eventuale innescata dall'inadempimento, vicenda nella quale l'obbligazione si è tramutata, come accade a un viaggiatore che, fuori dal suo luogo abituale, si ritrova in una dimensione che non è più quella di partenza, è *alibi aliter*, nell'altrove e altrimenti».

Ne dubiterei. Ogni struttura ipotetica si fonda sulla categoria della possibilità: essa è logicamente costituita da un "se"; appunto, una eventualità. Altro è l'eventualità empirica, ossia la possibilità storica che non si giunga mai all'inadempimento e alla concreta imputazione di una responsabilità; altro, l'eventualità logico-giuridica, che ha riguardo alla ipotesi in sé (fattispecie), non al fatto storico ipotizzato (caso). L'ipotesi è indefettibile. Non ci sono norme senza ipotesi. Non ci sono norme che non siano combinazione condizionale (Se/Allora) di ipotesi. Come ogni fattispecie, l'obbligazione si dimostra una struttura ipotetica. Che tiene come necessarî gli effetti (i quali sono altre fattispecie) della responsabilità. Giuridicamente inconcepibile appare l'obbligazione senza (fattispecie di) responsabilità, anche patrimoniale.

[15] V. sul punto dalla Massara, *Il 'pactum de non petendo',* cit., 127, secondo la classica impostazione reicheliana. Sulla medesima linea P. Gallo, *Pactum de non petendo e prescrizione*, cit., 990-992; da ultimo D'Onofrio, *Il* pactum de non petendo: *struttura e disciplina*, cit., 55 ss. *Supra*, § 1.

tà, ancorché validamente previsto, è sospeso sino alla scadenza o all'avveramento. Prima, esso è bensì giuridicamente posto ma come inapplicabile.

Momento della effettività o attuazione. Essa esprime la *sussunzione in atto* e si risolve in una nota del fatto rispetto alla fattispecie. Il fatto rileva come conforme e così integra o verifica la fattispecie. Muovendo verso il sillogismo applicativo. Questo momento svolge la c.d. rilevanza esterna o crinologica.

4. Dalla inesigibilità alla riduzione

Si danno fonti efficienti, ossia capaci di descrivere le fattispecie indipendente e dipendente; eppure inefficaci, siccome insuscettibili di «entrare in vigore». Potremmo per semplicità prendere dal linguaggio dei costituzionalisti questa formula, che ben disegna il fenomeno. La fattispecie è *prevista*; ma non ancora *vigente*: ossia applicabile al comportamento di Tizio.

Tra le cause più familiari e diffuse di inefficacia troviamo la condizione sospensiva. Perché leggiamo nei manuali che la condizione è elemento accidentale? Perché del pari leggiamo che essa «sospende l'efficacia»?

La prima affermazione si spiega con la categoria della efficienza. La condizione non è un elemento necessario alla efficienza del titolo. Perché rilevi come fonte, non è necessario che il contratto esprima un elemento condizionale, ossia la previsione di un fatto futuro e incerto. Tutto all'opposto: è logicamente necessario che l'elemento condizionale cada sul titolo già efficiente; esso già compiutamente prevedendo l'effetto in astratto.

Risolto ogni effetto in fattispecie, la fonte condizionata risulta perfetta siccome suscettibile di porre tutte le fattispecie del caso. Se mancasse un elemento essenziale, la fonte sarebbe imperfetta; siccome invalida come titolo delle fattispecie. *Breviter*: invalida come fonte normativa. La fonte inefficiente è fonte giuridicamente inesistente. Non ha senso porre una condizione sospensiva a un contratto nullo (ad esempio, per difetto di forma essenziale). La condizione ha senso (è giuridicamente efficiente) se e solo se la fonte è valida: valida, come significante giuridico degli effetti essenziali.

Dobbiamo a questo punto una precisazione. Anche la condizione è – si direbbe per definizione – una ipotesi. Ossia una fattispecie. Anch'essa non può che ripetere la dinamica astratto / concreto di qualsiasi fattispecie. Ne viene che pure la condizione si osserva sul duplice piano della efficienza e della efficacia. Nel primo senso, essa integra lo statuto, aggiungendo una ipotesi ulteriore; nel secondo, essa attende un fatto storico che la integri, così rendendo applicabile l'effetto condizionato.

Questo ragionare mena alla puntigliosa (forse troppo) distinzione tra *efficienza interna* ed *efficienza esterna*.

La prima designa fattispecie essenziali al titolo, come necessarie perché esso possa valere da tavola descrittiva degli effetti, imputabili e applicabili. Un contratto privo della *forma ad substantiam* non è valido come titolo di tali effetti, ancorchè essi appaiano materialmente descritti e conoscibili.

La seconda designa le fattispecie inessenziali al titolo, ossia non necessarie perché la fonte sia perfetta. Un contratto non sottoposto a condizione rimane valido, siccome in sé e per sé suscettibile di porre effetti imputabili e applicabili[16].

Logica, tributaria degli studî falzeiani sui cicli formativi. Il ciclo della validità si svolge negli elementi (ossia nelle fattispecie) *interni* siccome essenziali; il ciclo della efficacia, nei co-elementi *esterni* e ulteriori, non necessarî alla validità.

A rigore la condizione e ogni altro elemento esterno implica sul piano della fonte una *diversa efficienza esterna*, ossia un diverso statuto astratto. Tale efficienza *non* tocca il *ciclo interno*, ormai perfetto. Tocca il *ciclo formativo esterno,* onde si prevede un coelemento ulteriore (un'altra ipotesi), non richiesto per la validità: ossia per l'idoneità del titolo a prevedere-descrivere effetti.

Gli elementi esterni (che Falzea denomina *coelementi di efficacia*) non entrano nello statuto essenziale, e anzi ne postulano la perfezione. Essi riguardano sempre e solo il momento dell'applicazione[17]. Per questa via nulla parrebbe precludere la permanenza del titolo sospeso come fattispecie di *soluti retentio*. Altro è il piano dogmatico, che tocca la possibilità giuridica ossia la configurabilità di uno statuto perennemente ridotto, suscettibile di *soluti retentio*; altro il piano ermeneutico, che riguarda la concreta volontà delle parti. Nel loro silenzio, non c'è ragione dogmatica che converta la condizione in causa di nullità: la eventuale sopravvenuta impossibilità della condizione implicherà riduzione perenne, non invalidità.

Ne scende il corollario. Tutte le cause di inesigibilità confluiscono nella categoria del fatto riduttivo. Si *riduce la efficacia* della responsabilità personale e (o) patrimoniale, rendendola temporaneamente o perennemente inapplicabile. *Breviter*: disapplicando effetti, già descritti dalla fonte.

5. Il problema della condizione

La distinzione qui accolta tra efficienza ed efficacia sembra ripercorrere gli esiti della letteratura di fine millennio intorno alla fondazione causale delle prestazioni condizionali[18]. La condizione di adempimento o inadempimento configura «l'esecuzione di un programma d'autonomia»[19].

---

[16] V. ancora Falzea, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 27. Il quale scrive anche di «mera rilevanza»: nella quale si svolge una efficacia potenziale e non attuale.

[17] Volendo il mio *Riduzione*, cit., § 46.

[18] Amadio, *La condizione di inadempimento*, Padova, 1997, spec. 275 ss.

[19] Per dirla con Amadio, *La condizione d'inadempimento*, cit., 277. Mi pare di poter far mia la costruzione teorica di A., secondo il quale la condizione di inadempimento (*mutatis mutandis*, l'affermazione si estende alla condizione di adempimento) ha senso nella fase dell'esecuzione, ossia del comportamento empirico; non nella fase della formazione del titolo.

Questa letteratura dimostra con grande acume come la irripetibilità o ripetibilità della prestazione non doverosa (la prestazione condizionale, dedotta in condizione di adempimento o inadempimento[20] e perciò lasciata alla libertà del debitore) non dipenda dalla qualifica di doverosità, ossia dalla responsabilità applicabile all'eventuale contegno inadempiente.

Come sempre nel linguaggio modale, la formula «ripetizione dell'*indebito*» ripropone il grave equivoco: di fondare sul «debito», e così sulla qualifica di dovere, la causa della prestazione.

La prestazione è ripetibile, non già perché «non dovuta» o «spontanea» o «libera», o come voglia dirsi in termini modali e puramente evocativi. L'adempimento è tale siccome conforme alla fattispecie che lo prevede, e cioè al programma ipotetico posto dalla fonte.

Delle due l'una: o la fonte è efficiente, ossia compiutamente formata, e allora la fattispecie prestazione è posta; o è inefficiente, e allora la fattispecie prestazione non è posta.

La ripetibilità segna *l'attuale* inefficienza, e con essa l'impossibilità di conformare l'esecuzione concreta alla relativa fattispecie. L'attribuzione patrimoniale non è sussumibile nella fattispecie adempimento. Per due cause:

o perché non validamente descritta dal titolo (inefficienza interna);

o perché, ancorché descritta, non applicabile (inefficacia): in entrambe le ipotesi il pagamento si dirà appunto «privo di titolo».

La causa della prestazione non sta nel suo essere dovuta; ma nel suo essere posta dalla fonte come fattispecie applicabile[21]: SE il comportamento è sussumibile nella prestazione, ALLORA attribuzione; e consustanziale irripetibilità.

La inesigibilità della prestazione, ossia il suo risultare disgiunta dall'effetto «responsabilità per inadempimento», non implica per sé alcuna irrilevanza dell'adempimento. Il quale – diversamente dal proprio opposto – sarà comportamento efficace in ragione della propria conformità al titolo attributivo.

Se, come parrebbe, la condizione è elemento di efficacia e non di efficienza *interna*, allora l'adempimento del debito sospensivamente condizionato può in linea logica avere senso. E non implicare per necessità una azione di ripetizione, dacché la ripetizione non dipende dall'applicazione dell'effetto coattivo.

Nella dinamica verticale della rilevanza esterna, la causa dell'adempimento non sta nella mera qualifica modale di doverosità, ossia nell'effetto della responsabilità associato all'inadempimento. Ma nella efficienza della fonte, ossia nella previsione e nella giuridica possibilità che il debitore adempia. Sul piano teleologico, nella permanente pensabilità di un interesse all'adempimento spontaneo, privo di coazione.

---

[20] Lo stesso sarebbe per la (apparentemente) simmetrica condizione di adempimento: Amadio, *op. cit*., spec. 461 ss.

[21] «Lo spostamento patrimoniale si giustifica allora, non in virtù di un insussistente intento liberale (*rectius:* interesse non patrimoniale), ma in ragione della sua oggettiva destinazione a una finalità (non solutoria ma) esecutiva dello scambio programmato, e dunque realizzativa del corrispondente assetto d'interessi»: Amadio, *La condizione*, cit., 282-283.

Ne scende il corollario: non sembra darsi una causa di nullità – nel senso teoretico di insignificanza della fonte – della prestazione, sottoposta a condizione sospensiva oggettiva. «Invalido» non altro esprime che inidoneità a significare gli effetti applicabili. Essi possono bensì essere materialmente previsti e cioè fisicamente scritti e leggibili sulla pagina contrattuale; e tuttavia saranno giuridicamente irrilevanti; appunto, insignificanti. La fonte non varrà come titolo positivo, suscettibile di porre le fattispecie del caso.

Tutte le volte che ricorra una condizione, viene meno non il titolo dell'attribuzione e neppure il titolo della responsabilità: il titolo, inteso come tavola delle fattispecie *internamente* rilevanti, rimane perfetto. Non è toccata la fonte di significazione, né il significato da essa osteso e reso conoscibile.

Solo si aggiunge un elemento ulteriore; che incide sulla applicazione, non sulla posizione. Sulla efficienza ed efficacia esterne; non sulla efficienza interna.

6. *Segue*. Statuto essenziale della riduzione

Sotto questa logica, la riduzione esprime:

efficienza interna del titolo, tale che lo statuto (i.e.: fattispecie di responsabilità e *soluti retentio*) si dimostra perfetto;

inefficacia parziale, ossia inapplicabilità della o delle fattispecie di responsabilità;

efficacia parziale, ossia applicabilità della fattispecie *soluti retentio*.

Diremo che l'inefficacia della sola responsabilità implica *ex se* la scelta tra adempimento e inadempimento; o – se si vuole – la scelta se rifiutare o non rifiutare di eseguire. Scelta, che si spiega attraverso due caratteri del titolo: efficienza interna e inefficacia della responsabilità; efficienza ed efficacia della prestazione. Donde la rilevanza asimmetrica inadempimento / adempimento: il primo esternamente irrilevante, siccome non sussumibile; il secondo esternamente rilevante.

Il modale «poter scegliere» esprime in parole comuni tale elementare e universale svolgimento della rilevanza. Osserviamo più in generale come il linguaggio dei modi potere / dovere finisca per complicare una dinamica piuttosto semplice. Possiamo continuare a sottilmente distinguere per casi e sottocasi, isolando secondo la tradizione varie e diverse figure particolari della c.d. inesigibilità. Di volta in volta qualificate come dismissione, abdicazione, remissione (maggiore o minore), eccezione, rinuncia all'azione, dilazione, differimento, patto regolamentare, novazione minore, termine successivo, condizione, obbligo di non chiedere. E così seguitando.

Parrebbe utile riassumere in unità di categoria tali ipotesi di indebolimento. Tutte ricondotte alla medesima *vicenda riduttiva*: l'obbligazione appare perfettamente efficiente ma inefficace; inefficace, con riguardo alla fattispecie responsabilità. Ne risultano: libertà (possibilità giuridica) del debitore di adempiere; efficienza ed efficacia della *solutio*. La riduzione, nelle sue varie e diverse figure, implica sempre e solo inapplicazione della responsabilità. Più precisamente, essa postula una condizione sospensiva di adempi-

mento/rifiuto della responsabilità: la responsabilità è efficiente ma inefficace; sospensivamente condizionata alla presa di posizione del debitore[22].

Al postutto diremo:

ridotta l'obbligazione efficiente ed efficace solo per la *soluti retentio*;

inefficiente (*tout court*), l'obbligazione imperfetta o totalmente inefficace: insieme insuscettibile di inadempimento e di adempimento.

Sotto questa luce, lo statuto della inefficienza per invalidità o per inefficacia totale si parifica. Il giudice dovrà sempre rilevare d'ufficio l'inefficienza perché non potrebbe per definizione condannare al pagamento di un indebito. L'obbligo non è una *res*, contro la quale brandire l'arma dell'*exceptio*, secondo una sempre pericolosa entificazione modale[23]. Obbligo e ogni altra situazione giuridica si risolve in ellissi verbale; parola che riassume uno statuto, fondato sulla struttura ipotetica Se/Allora[24]. Senza l'«allora» della responsabilità, l'obbligo finisce per torcersi nel proprio opposto: nella libertà di adempiere.

L'obbligazione ridotta è tratta in unità anche sul piano processuale dell'*onus exceptionis*, il quale si spiega sempre e solo in ragione dello spazio di libertà, concesso al debitore ridotto. Per il giudice, chiamato a condannare il debitore, rileva solo la esistenza giuridica del titolo, ossia la sua efficienza come fonte di responsabilità. Tutti i coelementi esterni toccano per definizione la sola efficacia; e così non impediscono di accogliere la domanda.

Accertata la efficienza del titolo, quale idoneità a porre le fattispecie di responsabilità patrimoniale, r. personale e *soluti retentio*, seguirà la condanna; fermo l'onere del debitore – che svolge il suo interesse privato, non già l'interesse pubblico ad accertare la inidoneità strutturale – a eccepire cause di riduzione, ossia di mera inefficacia della forza contro il suo volere.

---

[22] Logica spiegabile entro l'architettura concettuale proposta da Amadio, *La condizione*, cit., spec. 79 ss., con riguardo alla condizionalità potestativa adempimento / inadempimento.

[23] «Pur risultando – si legge, in D'Onofrio, *loc. cit*. – coerente il rilievo in base a cui con l'interposizione dell'eccezione il debitore si sottrarrebbe (anche) alla responsabilità, si deve peraltro osservare che l'effetto primario consiste nell'insorgenza della facoltà del debitore di rifiutarsi di eseguire la prestazione. In altre parole, l'eccezione parrebbe rivolta immediatamente contro l'obbligo di eseguire la prestazione, agendo la medesima soltanto in un secondo momento sul piano della responsabilità a fronte dell'inadempimento». Ma il secondo momento si spiega con il primo; il quale non può che risolversi nella dinamica della riduzione, ossia in una vicenda della efficacia. Al postutto si tratta di non cadere in trappole linguistiche; e in equivoci concettuali.

[24] A mio sapere, il primo a conseguire questa consapevolezza è da noi il Cordero, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 89 ss. In polemica con il Rubino (*La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., 47), C. nota con lucidità: «si afferma che un fatto è illecito perché il suo autore ha violato un obbligo, quando è vero il contrario: che cioè, violazione di un obbligo è *espressione convenzionale con cui si designa la circostanza dell'essersi verificato un fatto conforme a quello che una norma prevede come fattispecie di certe conseguenze sanzionatorie*» (*op. cit.*, 90-91; enfasi orig.)

7. Corollari

Tutte le cause di riduzione finiscono secondo questa logica per condividere il medesimo statuto. Tutte le volte che la legge non escluda – con norma imperativa – la *soluti retentio*, l'adempimento risulta atto libero, rimesso alla spontaneità del debitore: termine, *pactum*, condizione sospensiva, prescrizione si spiegano entro questo comune statuto. Sono fatti riduttivi, i quali incidono non sulla efficienza ma sulla efficacia del titolo, lasciando al debitore la possibilità giuridica di adempiere, ossia di integrare la fattispecie «adempimento»; o di rifiutare.

Mancando per definizione un difetto di struttura del titolo, che precluda in radice il trasferimento di ricchezza, al giudice non è dato di frustrare d'ufficio la volontà del debitore; come pure di impedire al creditore lo agire. Per condannare, al giudice basta l'efficienza del titolo, ossia il suo valere come fonte dello statuto forte, che prevede in astratto le fattispecie di responsabilità.

Agire è sinonimo di domandare: il domandare è sempre possibile e l'esito è sempre un provvedimento, ossia una risposta dell'organo giudiziario. Il potere/dovere di rispondere non è regolato dai privati: i quali possono nelle materie disponibili scegliere la persona giudicante e il criterio del giudicare; ma non la giurisdizione in sé, ossia la suscettibilità al giudizio.

L'azione del creditore è una categoria universale e non dipende dal titolo. Non si danno due titoli: l'uno solo processuale, con cui si dispone dell'azione; l'altro solo sostanziale, con cui si dispone del diritto. Il giudice risponde sempre applicando il titolo sostanziale, ossia le fattispecie da esso significate.

Su questa linea, lo eccepire l'effetto riduttivo è non un momento meramente processuale, lontano da e ininfluente sull'obbligazione (come parrebbe per l'*Einrede*[25]), ma un *far valere l'inefficacia* della responsabilità. Il giudice è sempre e solo chiamato ad applicare le fattispecie, espresse dal titolo sostanziale; il suo «potere» di *ius dicere* è radicato nella legge, non nella volontà privata. Non esiste una eccezione di merito che non si fondi su un effetto sostanziale[26].

Così, se – come per il patto – il termine è una causa di inefficacia, non ha senso distinguere: e segnatamente, il patto non potrebbe generare un astratto diritto di eccepire, che non sia fondato sulla inapplicabilità sostanziale dell'effetto coattivo. Non si dà spazio

---

[25] Concetto elaborato in ambiente tedesco. V. Kleinfeller, *Der Begriff "Anspruch"*, in *AcP*, 1933, 129 ss.; e le indicazioni di dalla Massara, *Studio sull'interferenza*, loc. cit. Cui *adde* G. De Cristofaro, *Il* pactum de non petendo *nelle esperienze giuridiche tedesca ed italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 368 ss., spec. 377, ntt. 40, 41.

[26] Per questa via dalla Massara, *ivi*, 13, concepisce, un «accordo produttivo di eccezione, in base al quale un creditore [...] fatto giuridico incompatibile con la sua condanna». Tale fatto non può che essere la riduzione: efficienza del titolo; inefficacia della responsabilità. Solo così è spiegabile sul piano concettuale la rilevanza dell'eccezione.

logico nel quale collocare tale mera eccezione (*Einrede*), diverso dalla inefficacia del titolo.

Così non ha senso distinguere tra termine e patto con riguardo alla sospensione della prescrizione. Se il «far valere» dell'art. 2935 c.c. si spiega contro la volontà del debitore, tutte le volte che il debitore possa rifiutare – e dunque sia giuridicamente impossibile far valere la responsabilità *nolente debitore* – la prescrizione non potrà decorrere[27].

Così, non si dà un ostacolo dogmatico alla *soluti retentio* del pagamento di un debito condizionato; e alla perenne riduzione del titolo in caso di non avveramento.

Così – a dispetto degli artt. 1933[28] e 2034 cc., i quali sembrano letteralmente postulare una mancanza di «azione» – la obbligazione c.d. naturale incide non sulla giurisdizione[29] ma sulla responsabilità sostanziale: il titolo naturale è inefficiente come fonte di responsabilità; efficiente ed efficace come fonte di *soluti retentio*. L'obbligazione naturale è radicalmente insuscettibile di forza: questo il giudice sarà chiamato ad accertare d'ufficio nella propria sentenza, quale che sia formula testuale alla quale egli ricorra. La differenza tra piani processuale e sostanziale è tutta e solo qui: il primo attiene all'*an*; il se-

---

[27] Volendo il mio *Riduzione*, cit., § 51. *Contra* ancora Chizzini, *Inesigibilità: ai confini del processo. Note minime sul* pactum de non petendo*,* in *Nuovo dir. civ*., 2, 2025, in corso di pubbl., secondo il quale «il termine di prescrizione continua a correre (come del resto sembra imporre l'art. 2936 cod.civ., anche alla luce di quel 'essere fatto valere' postulato dall'art. 2935 cod.civ., che immediatamente lo precede)»; giacché il patto toccherebbe non già l'obbligazione ma un suo frammento, costituendo «il potere in capo al debitore di chiedere al giudice di rigettare *nel merito* la domanda di condanna postulata dal creditore, il quale - si tenga presente - certo conserva il potere d'azione, non vi rinuncia, ma solo accetta di limitarlo, per un dato tempo o per sempre, alla stregua di una volontaria sua disposizione, volta a soddisfare un interesse meritevole di tutela».

Cosa è tale «poter eccepire» se non l'inefficacia della responsabilità; appunto, il *merito sostanziale*? Non possiamo giocare con le parole: o concepiamo una responsabilità in cui il debitore possa decidere di non adempiere, e allora la contraddizione è palese; o ammettiamo che il titolo sottoposto a patto – come pure a termine o a condizione – disapplica la responsabilità, così *modificando lo statuto dell'obbligazione*.

L'eccezione non dà ragione di sé stessa; non è concetto autosufficiente e rinvia al titolo che la spieghi, proprio e solo nel merito. Dire che il patto conferisce il potere di eccepire è una tautologia circolare: l'eccezione si giustifica non in sé e per sé ma quale conseguenza della inefficacia, ossia del non applicarsi della responsabilità *contro la volontà del debitore*. È un giro di parole dal quale dobbiamo fuggire: non si può dire «puoi eccepire» senza dire «non sei responsabile». L'eccezione è la finestra processuale di tale inefficacia: il titolo è privo di effetto coattivo e – perciò - non vale contro la eccezione del debitore. Se (per definizione) non posso far valere il credito *nolente debitore* non corre la prescrizione, proprio in ragione dell'art. 2935 c.c.

[28] V. per una diversa costruzione Pignalosa, *Dalla inesigibilità all'esigibilità nei contratti di gioco*, in *Nuovo dir. civ*., 2, 2025, in corso di pubbl., secondo la quale – se non ne tradisco le parole – il debito di gioco regolato dall'art. 1933 sarebbe inesigibile; non già inefficiente, nel senso chiarito nel testo. Tutto dipenderà dalla interpretazione della legge, con una precisazione: quale che sia lo statuto da riconoscere al debito di gioco, nella c.d. obbligazione naturale la inesigibilità (intesa come riduzione) deve essere per coerenza e senza esitazioni esclusa.

[29] Intesa in senso concettuale: potere-dovere di giudicare.

condo al *quomodo*. Al creditore che faccia valere il titolo naturale chiedendo la condanna, il giudice negherà non il giudicare ma il condannare: mercè scrutinio della fonte sostanziale, egli risponderà non già di non poter giudicare (e perché mai? il potere-dovere di provvedere dipende dalla Costituzione e appare addirittura consustanziale al giuridico) bensì di non poter accogliere la domanda per la strutturale inidoneità di essa fonte.

Così il patto di non eseguire offrirà sempre al debitore la facoltà e l'onere di eccepire la inesecutività – ossia la inefficacia del titolo - attraverso i mezzi impugnativi del processo esecutivo.

Il passaggio alla logica ipotetica della fattispecie parrebbe spiegare con coerenza e semplicità il divenire della forza giuridica, unificando la dispersa congerie dei casi nella categoria ordinante della riduzione[30].

[30] Unificazione forse incauta o velleitaria rispetto al monito di Maggiolo, *Inesigibilità e obbligazioni sussidiarie*, in *Nuovo dir. civ*., 2, 2025, in corso di pubbl., il quale – anche in ragione di una articolata e disordinata topografia esegetica del codice – e segnatamente delle disposizioni in cui ricorre il lemma «inesigibilità» e i suoi derivati – parrebbe negare la possibilità di uno statuto universale.

Contratto - politica - diseguaglianze

Alberto Maria Benedetti
Prof. ord. dell'Università di Genova

Tommaso dalla Massara e Andrea Nervi, interrogati da Giuseppe Guizzi (*Il contratto è politica. Riflessioni sul contemporaneo*, Milano, 2024), ci spiegano che, oggi, il contesto generale e la storia degli ultimi decenni inducono a concludere che il contratto è politica, o, volendo variare, *fa* politica.

Un libricino prezioso e godibile che, dico subito, dovrebbe accompagnare qualunque didattica specialistica sul contratto, per illuminare il contesto, sempre cangiante, in cui sono calate le disposizioni sul contratto (sia quelle dedicate alle sue regole generali che quelle concernenti i singoli tipi).

Nessuno può mettere in discussione che l'impatto applicativo delle norme possa variare a seconda dell'atteggiarsi dei contesti storici, economici, politici e l'interpretazione stessa sarebbe vano esercizio teorico senza che questi contesti vengano, dall'interprete, tenuti nella giusta considerazione. Un insegnamento prima di tutto di metodo, mi piace ricordarlo, che a tutti ha voluto impartire, con la sua esperienza di civilista, Guido Alpa.

Questo dato – che poi è anche direttiva interpretativa – coinvolge soprattutto la riflessione, direi la percezione, degli studiosi, che guardano al diritto nella sua dimensione di oggetto di una scienza; il giudice, invece, questo processo lo subisce per effetto di una sorta di implicita influenza culturale, manifestatasi in loro attraverso le precomprensioni che muovono l'interpretazione giudiziale delle fonti legali (tutte, non solo quelle concernenti il contratto).

La stessa storia dell'evoluzione del diritto civile è lì a dimostrarlo: sono stati i contesti culturali a cambiare, in senso innovativo e moderno, un diritto civile che, fino agli anni sessanta, appariva, almeno a uno sguardo attuale, vecchio e ingessato, un elefante conservatore che, anche nell'ambito del contratto, stentava a superare, fors'anche per la relativa giovinezza del Codice civile, letture riduttive e ottocentesche.

La progressiva valenza politica del contratto, in fondo, nasce dalla breccia che la storia ha aperto nella grande dicotomia diritto privato/diritto pubblico, la cui reciproca e progressiva contaminazione ha, con un processo lento ma graduale, messo in crisi le antiche certezze; ridisegnare su queste basi la fisionomia del contratto (e del diritto civile tutto) è proprio il compito che gli Autori di questo bel libro, se non ho male inteso, hanno ritenuto di svolgere.

Il contratto è politica, perché il diritto civile e il diritto pubblico si sono gradualmente avvicinati. Nel libro le tappe di questo dissolvimento della grande dicotomia sono bene illustrate e spiegate: se lo Stato, nelle sue varie emanazioni, ha progressivamente rinunciato a soddisfare, con la programmazione pubblica, alcuni bisogni fondamentali dell'individuo [fine del sogno social-comunista, crisi dell'economia pubblica e del riformismo del centro-sinistra anni sessanta; crisi del clientelismo statale], il mercato si è sostituito allo Stato, contribuendo alla costruzione di politiche (di mercato, essenzialmente) necessariamente veicolate dallo strumento contrattuale.

E soprattutto su questo dato che si innesta la trasformazione del contratto.

Rimasto integro nella sua denominazione e nella sua natura pattizia, il contratto ha finito con il diventare – ma non *malgré soi*! – uno strumento di programmazione i cui effetti regolatori fuoriescono dall'ambito delle parti che lo hanno concluso – quell'area della relatività del contratto tradizionalmente intesa - per riverberarsi in una dimensione collettiva o di mercato priva di confini territoriali; la globalità delle tecniche latamente intese ha finito con l'assegnare al contratto – mezzo di accesso e regolazione all'uso di quelle tecniche – un ruolo di fonte delle regole di parti importantissime delle vite individuali, sia nella dimensione personalistica che in quella economico-commerciale: accesso alla rete, social network, piattaforme, in cui miliardi di persone, alle varie latitudini, sono soggette a medesime regole negoziali. Atti negoziali la cui forza cogente, ammantata da un consenso volatilizzato fino a diventare una mera finzione, impatta su scelte, atti, diritti della persona, negoziazioni, transazioni ben più di quanto impatti la legge o le altre fonti tradizionali del diritto, quelle ascrivibili ai tradizionali soggetti statuali.

Di talché, come nel libro sostiene dalla Massara, il richiamo alla «forza di legge» non è più espressione quasi metaforica o simbolica, ma diventa fotografia di una forza acquisita che eleva a legge il contratto; una legge che diverge da quella tradizionale solo per il procedimento formativo, ma che impatta su tutti attraverso un sistema di recezione di regole uguali e generali richiamate nei singoli contratti o, meglio, nei singoli rapporti contrattuali. Finché questa recezione proietta il contratto in una dimensione di legge, la cui forza applicativa risiede nella sua stessa insostituibilità e, talvolta, nella sua indiscussa globalità; è il contratto che, di fronte all'impossibilità di regolar fenomeni globali che travalicano i limiti territoriali delle sovranità pubbliche, fissa regole (contrattuali, ma solo formalmente) valevoli per tutti e, dunque, destinate a diventare una legge più forte della stessa legge di fonte pubblica.

E infatti se la legge d'emanazione statuale può essere soggetta, democraticamente, a discussione preliminare, a revisione; una legge di fonte privata, governata con il contratto, è consegnata, sia nella sua predisposizione che nella sua esecuzione, al totale arbitrio del soggetto forte che, col vecchio meccanismo della predisposizione, ha fissato regole la cui forza sostanziale è quella di una legge, più che di un contratto.

L'iter del dialogo tra i due intervistati, e l'intervistatore, offre al lettore un quadro prima di tutto storico, di storia per così dire moderna del contratto; Andrea Nervi tratteggia l'iter di un'evoluzione che dura da decenni e che ha progressivamente eroso il modello codicistico, trasformando il contratto in un atto regolatorio.

La crisi della legge è crisi prima di tutto dello Stato, della sua politica economica interventista, che, almeno fino alla pandemia, ha dominato, anche sul piano culturale, la riflessione delle scienze economiche e di quelle giuridiche.

La forza politica del contratto, d'altra parte, emerge chiaramente nello stesso Codice civile del 1942 (specie nell'art. 1341 e nella scelta di codificare, sotto il contratto, condizioni generali di cui si era messa in dubbio la natura contrattuale proprio per la loro valenza generale e normativa) in cui il contratto, contaminato dalla commercializzazione conseguente al superamento dei due codici, ha perso parte della sua vocazione egualitarista, per diventare strumento di governo di affari su larga scala, necessariamente costruito da chi se ne serve per regolare in modo uniforme rapporti contrattuali su larga scala.

Forse è proprio lì che il contratto ha perduto la sua purezza originaria, o, almeno, quella dimensione di atto condiviso di autonomia che i codici civili storici avevano sempre custodito.

Saltando i decenni, la politicizzazione del contratto si è accentuata, si può dire esplosa, con il diritto europeo dei contratti, a partire dagli anni novanta: senza voler entrare nei grandi problemi che il contratto europeo ha posto e continua a porre al modello contrattuale tradizionale, mi pare evidente il cambiamento di stile e di linguaggio delle norme sul contratto, che, quando la matrice è europea, generano una sorta di *diritto pubblico dei contratti*, in cui le logiche, variamente spiegabili, sono affidate a discipline imperativo-regolatorie che nulla hanno a che vedere con la tradizionale nozione di autonomia privata o con la libertà di cui il contratto è sempre stato ritenuto strumento indispensabile (né con le disposizioni flessibili e dispositive che compongono il diritto codicistico dei contratti).

Il nuovo contratto europeo esprime un'imperatività del tutto estranea alla tradizione delle regole del diritto privato, non solo perché l'Europa consegue i suoi scopi imponendo regole cogenti, ma, forse, proprio perché il mutamento della natura del contratto – divenuto atto, politico, di regolazione del mercato – fa sembrare che solo strumenti autoritativi siano utili a limitare la sua forza potenzialmente illimitata, o, comunque, sovrastante gli stessi confini delle giurisdizioni.

Il contratto è politica; nel titolo è scritto a caratteri cubitali a significare, forse, l'ineluttabilità di questa identità; o, forse, si vuole valorizzare la constatazione di un processo che, per rigore scientifico, non può essere negato.

Tuttavia occorre capire bene gli impatti di questa trasformazione dell'istituto contrattuale, figlia, come detto, della progressiva reciproca contaminazione del diritto privato col diritto pubblico, e viceversa.

Se il contratto è politica, o meglio è *anche* politica, deve essere chiaro a tutti che la direzione in cui si muove questo atto *politico* è quella della *diseguaglianza*, della cristallizzazione di posizioni dominanti, del consolidamento di poteri che nemmeno le sovranità statuali o le entità sovranazionali riescono a limitare e che trovano proprio nel contratto l'unico fattore di legittimazione.

Una «forza di legge», allora, che nulla a che vedere con la legge generale e pubblica, assunta con processi costituzionalmente controllabili e definiti; in questa acquisita dimensione politica globale, il contratto rischia di subire un processo di decostituzio-

nalizzazione, di totale sottrazione alla giurisdizione pubblica, di quasi totale autoreferenzialità, diventando così uno strumento non di libertà e autonomia, ma di passività e sopraffazione.

Ma il contratto non può tutto e come ogni atto giuridico deve rivelarsi compatibile con lo Stato di diritto disegnato in Costituzione; nemmeno può, con buona pace degli ultraliberisti, sostituirsi alla legge, assumendo una sua maggiore efficienza dietro cui si cela, invero, la sua facile sottrazione a controlli democratici, giudiziali e, in definitiva, costituzionali.

Una deriva, questa, che non mi pare accettabile, proprio perché questo contratto "politico" discende da autorità "private" del tutto svincolate da ogni controllo.

Il libro di Nervi e dalla Massara ha messo in luce un nervo scoperto; a noi il compito di cogliere questo dato per ragionare, insieme, sul futuro non solo del contratto quanto dell'intero diritto privato.

Contratto e innovazione tecnologica: qualche riflessione a margine del volume "*Il contratto è politica*"*

Noah Vardi
Prof. ord. dell'Università Roma Tre

Sommario: 1. Il contratto di fronte all'innovazione tecnologica. – **2.** Impresa, mercato e contratto; innovazione ed economia collaborativa. – **3.** Contratto e *sharing economy*.

L'invito a parlare di un libro è sempre una preziosa occasione per riflettere congiuntamente sui temi ivi contenuti per questo sono particolarmente grata agli Autori e agli organizzatori, che mi hanno coinvolta nella discussione a partire dalla bella conversazione tra Tommaso dalla Massara, Andrea Nervi e Giuseppe Guizzi attorno al contratto. Il volume che raccoglie tali riflessioni, fin dal titolo "Il contratto è politica" sapientemente individuato, offre un ricco dialogo a più voci, che si fa portatore di una serie di riflessioni intrecciate; si spazia dai profili della crisi del diritto privato, al ruolo dei mercati, a quello del superamento della assoluta centralità del diritto soggettivo a favore di una dimensione collettiva, passando per l'impatto dell'innovazione tecnologica e del diritto della concorrenza sull'autonomia privata, espressa attraverso lo strumento contrattuale.

Tra questi molteplici aspetti, sia consentito cogliere lo spunto offerto dalla riflessione sulla tecnologia ed il suo impatto sul contratto, che più volte attraversa il saggio, per provare a svolgere qualche breve considerazione.

1. Il contratto di fronte all'innovazione tecnologica

La conversazione tra gli Autori affronta per la verità – ed inevitabilmente – diversi profili legati all'evoluzione tecnologica. Si considerano ad esempio i mutamenti derivanti da una crescente automazione degli accordi contrattuali e di una loro autonoma capacità

di riadeguarsi alle mutate circostanze (il caso è quello degli *smart contracts*[1]); o ancora, il richiamo alla nozione del contratto alieno, che diventa sempre più "contratto slegato da qualsivoglia matrice 'sovrana'," e che tracciando "la traiettoria di un percorso autonomo e del tutto autosufficiente [...] si mostrerà in grado di auto-integrarsi in forza delle sue capacità algoritmiche: forse proprio questa è la nuova frontiera dell'alienità"[2]. E non è un caso che si rifletta subito dopo sulla diffusione delle tecnologie informatiche e lo sviluppo del web, portatori di un "panorama contrattuale riferibile ai c.d. 'giganti del web' [che] presenta intrinsecamente una proiezione sovranazionale, *rectius* planetaria [...]"[3].

Vi è ancora un'altra osservazione, che a mio avviso, induce a riflettere su quanto possa essere di matrice "politica", per riprendere il *fil rouge* del saggio, anche la struttura contrattuale, in particolare di fronte all'innovazione tecnologica. Si pensi a quanto afferma in proposito, in un passaggio, Tommaso dalla Massara: "Il futuro sembra segnato da un contratto immaginabile in termini di 'dispositivo regolatorio'. Torniamo a fare conti, a ben vedere, con l'antica idea di *lex contractus*. Non saprei dire fino a che punto la tecnologia sarà in grado di gestire nel tempo il mantenimento e l'adeguamento dell'assetto regolamentare, però sembra che il modello verso il quale stiamo andando sia quello di un contratto caratterizzato da elasticità e resilienza, che è in grado di 'galleggiare' attraversando il cambiamento, adattandosi alle avversità, nonché trovando in se stesso le forme sempre nuove del suo riadeguarsi"[4].

A partire da tale considerazione, si può infatti osservare come nel tentativo di regolare l'innovazione (qui interessano quella tecnologica e digitale) emergano diversi profili in cui il contratto viene a tutti gli effetti utilizzato quale strumento per la promozione di "nuove politiche". Il riferimento è ad esempio al ruolo del contratto come strumento per la regolamentazione dell'innovazione nelle sue fasi di ricerca e di sviluppo, governate da incognite e da contrapposte esigenze di cautela, avanzamento, promozione e tutela di interessi individuali e collettivi.

La nota premessa è che, naturalmente, il contratto costituisce uno tra i molteplici strumenti con cui i soggetti privati e pubblici intervengono nella disciplina dell'innovazione, soprattutto nelle sue fasi di sviluppo iniziale (basti ricordare che esistono diversi

---

* Il testo riproduce l'intervento in occasione della discussione intorno al volume di Tommaso dalla Massara e Andrea Nervi "*Il contratto è politica. Riflessioni sul contemporaneo in una conversazione con Giuseppe Guizzi*", (Minimamoralia, 2024) tenutosi presso l'Istituto Luigi Sturzo il 3 aprile 2025.

1 "Avendo a mente la singola contrattazione, appare sempre più chiaro che l'irrompere della tecnologia nella composizione dell'accordo può rappresentare un fattore di sua perequazione lungo l'asse del tempo. Sotto quest'ultimo profilo, lo scenario che si apre in tema di *smart contracts* è quello di una contrattazione programmata in vista del suo continuo riadeguamento: qui la novità risiede nel fatto che il bilanciamento sarebbe assicurato dal contratto stesso, in specie dalla sua componente algoritmica", dalla Massara, Nervi, *Il contratto è politica*, cit., 52.

2 Id., cit., 60.

3 Id., cit., 61.

4 Id., cit., 88.

meccanismi regolatori, dal *sandbox* regolamentare al *safe harbour*, che permettono la sperimentazione – anche delle regole – sia prima che dopo l'immissione sul mercato di una particolare innovazione, così come esistono forme di *self-regulation*); e che la stessa innovazione viene in qualche modo forgiata sia dai meccanismi volti a proteggere gli interessi degli sviluppatori (attraverso i diritti di privativa ad esempio), sia da quelli volti alla tutela della collettività (*standard* di sicurezza, certificazioni, licenze, regole sulla responsabilità).

È intuitivo che la scelta dello strumento regolatorio rappresenti fin dalle fasi embrionali di sviluppo tecnologico, una scelta inerentemente politica, non trattandosi né di strumenti interscambiabili, né di strumenti neutrali nell'orientare ricerca, sviluppo, ed infine produzione di una particolare innovazione.

Ebbene, nel momento in cui è lo strumento contrattuale che viene chiamato a regolare rapporti plurilaterali, di durata, caratterizzati da incertezza e da articolati interessi non necessariamente in (totale) contrapposizione tra loro, lo strumento si deve- e si può- adattare per assicurare una duttilità ed una flessibilità non sempre evidenti *prima facie*.

Si può ricordare infatti da un lato come, pur avendo definito la funzione contrattuale quale strumento per regolare il rischio (attraverso l'uso di clausole che seguono lo schema "*if, then*", utilizzabili quando sia possibile una valutazione probabilistica su un determinato e noto scenario futuro), la letteratura economica abbia anche evidenziato come in periodi di forte e rapida innovazione tecnologica il contratto diventi invece lo strumento per regolare l'incertezza, e non più il rischio[5].

Muovendo da questo assunto, quando l'innovazione tecnologica comporta continui mutamenti di scenario che vanificano il calcolo probabilistico (del rischio), e quindi l'inutilità – o impossibilità – di usare il contratto e le sue clausole per provare ad allocare tale rischio, diventa necessario modificare la funzione del contratto; questo avviene nel contesto di un processo di tipo collaborativo e ripetuto, focalizzato sugli obiettivi da raggiungere e sulle informazioni da condividere[6].

La "contrattazione per l'innovazione" è stata infatti descritta come un fenomeno (già analizzato dalla letteratura sui contratti relazionali e sulle reti di imprese) che si basa su una collaborazione ripetuta tra le imprese, attraverso una combinazione di obbligazioni e clausole esplicite (vincolanti) ed implicite (non vincolanti) che rispondono all'innata incertezza dei processi di innovazione, dove l'incapacità per le parti di specificare *ex ante* la natura e le qualità del bene da produrre inducono a determinare le condizioni di adempimento attraverso la *governance* del processo produttivo stesso[7].

Il processo, definito anche come *contract braiding*, si basa sulla reiterata collaborazione, su rapporti di durata, sulla condivisione delle informazioni, sull'investimento

---

[5] Smorto, *Dall'impresa gerarchica alla comunità distribuita*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 3/2014, 1-29, 21-22, che richiama le note teorie di Frank H. Knight in tema di rischio ed incertezza.

[6] Smorto, *ibidem.*

[7] Gilson, Sabel, Scott, *Contracting for Innovation: Vertical Disintegration and Interfirm Collaboration*, in *Columbia Law Review*, vol. 109, n. 3, 2009, 431, 435.

reciproco in formazione specifica legata al rapporto di collaborazione e, sulla produzione "per moduli"; tutti elementi che possono contribuire a mitigare i comportamenti opportunistici delle parti (cui l'integrazione verticale intendeva ovviare, secondo le teorie classiche di organizzazione delle imprese)[8]. Ed è proprio nell'osservare la relazione tra contratto e teorie sull'organizzazione delle imprese e del mercato, che emergerebbe, secondo queste analisi, una correlazione tra innovazione tecnologica e disintegrazione verticale delle imprese, con il ricorso, *inter alia*, a forme di contrattazione collaborativa.

2. Impresa, mercato e contratto; innovazione ed economia collaborativa

La dimensione dell'impresa e del mercato ed il loro impatto sul contratto vengono naturalmente analizzate sotto molteplici prospettive nel volume "Il contratto è politica". Sono ad esempio efficacemente sintetizzate da Andrea Nervi nel ricordare come nel Codice del '42 "la presenza dell'impresa proietta inevitabilmente il discorso sul contratto verso il contesto istituzionale del mercato, sia pure quello iperregolato che caratterizzava il sistema dell'epoca" e che conseguentemente "in questo nuovo scenario, la disciplina dell'istituto contrattuale deve essere 'plasmata' in conformità alle esigenze e alle istanze proprie di un'organizzazione produttiva (quale appunto l'impresa); ciò significa che il contratto si distacca dall'approccio prettamente individualista, ossia tarato sulla persona fisica, che era proprio del diritto *bourgeois*"[9]. Letti attraverso questa lente, i fenomeni di contrattazione per l'innovazione si inseriscono in un più ampio contesto di economia collaborativa.

La prima constatazione è che l'innovazione richiede infatti, rispetto all'alternativa tra impresa (gerarchica) e mercato, -tanto per richiamare la classica costruzione attorno a cui sono state elaborate le teorie coasiana e chandleriana dell'organizzazione produttiva-, una terza via, individuata come si accennava, (anche) nella contrattazione di tipo collaborativo[10].

E tuttavia è il più ampio fenomeno dell'economia (o produzione) collaborativa che merita, dalla prospettiva del contratto, qualche considerazione aggiuntiva, nel momento in cui offre sistemi di organizzazione produttiva decentrati, su base volontaria, da parte di soggetti non legati tra loro (e spesso finalizzati a progetti per la creazione di beni comuni – i *commons*- e/o in regime di condivisione)[11].

---

[8] Gilson, Sabel, Scott, *ibidem*; e Gilson, Sabel, Scott, *Braiding: the Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine*, in *Columbia Law Review*, vol. 110, n. 6, 2010, 1377; Jennejohn, *Braided Agreements and New Frontiers for Relational Contract Theory*, in *The Journal of Corporation Law*, vol. 45, n. 4. 2020, 101, 103.

[9] dalla Massara, Nervi, *Il contratto è politica*, cit., 43-44.

[10] Per un'efficace ricostruzione, si veda Smorto, *Dall'impresa gerarchica alla comunità distribuita*, cit., 2 ss.

[11] Si veda, sulla cd. *commons-based peer production*, Benkler, *Coase's Penguin, or, Linux and the*

Un modello di produzione non a caso affermatosi in alcuni ambiti, quali l'economia dell'informazione e quella dei processi creativi, fortemente trasformati dall'innovazione digitale. E non può quindi che essere politico, per tornare alle premesse, anche lo strumento chiamato a regolamentare rapporti di auto-organizzazione, su base collaborativa, ai fini della produzione ad esempio di informazioni o beni liberamente accessibili.

L'evidente connotato politico che spesso accompagna tali scelte merita approfondimenti anche di tipo sociologico e culturale; sono scelte di cui l'osservatore è indotto ad indagare motivazioni, utilità, razionalità, portata simbolica e/o comunicativa, solo per citare qualche esempio[12].

Non è secondario rilevare anche che la flessibilità e la informalità che caratterizzano, come prima rilevato, anche alcune fasi di ricerca e sviluppo, ancora prima della produzione, si riflettono nei meccanismi di *enforcement*, nei quali ad esempio il fattore reputazionale spiega un ruolo assai rilevante.

La centralità del fattore reputazionale si osserva anche laddove si consideri che l'economia collaborativa non solo è in qualche modo innescata dall'innovazione tecnologica, ma sulla stessa innovazione tecnologica si appoggia; ci si riferisce evidentemente all'apporto offerto dall'infrastruttura delle piattaforme digitali (il cui funzionamento, come noto, dipende dalla 'fiducia' basata sulla 'reputazione')[13].

3. Contratto e *sharing economy*

L'economia delle piattaforme digitali si basa, come noto, su modelli imprenditoriali diversi, (i.e. e-commerce, servizi, pubblicità) tra cui si annovera anche la *sharing economy*. Va subito ricordato che la *sharing economy*, a sua volta, comprende sia modelli cosiddetti *peer-to-peer*, sia modelli di imprese (intermediari) che si avvalgono delle infrastrutture delle piattaforme per creare un mercato aperto per l'uso temporaneo di beni o servizi, spesso forniti da privati[14].

Tralasciando per motivi di tempo e spazio l'amplissimo dibattito e le riflessioni intorno ai mercati digitali, ai servizi della società dell'informazione, all'economia dei dati e all'uso e protezione dei dati personali, che a partire dalle piattaforme digitali hanno trasformato modelli di scambio e imposto il ripensamento di molti istituti anche del diritto

---

Nature of the Firm, in *Yale Law Journal* Vol. 112, (2002), 369; Id., *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*, New Haven, 2006.

[12] Sulle motivazioni individuali, cfr. Smorto, *Economia della condivisione e antropologia dello scambio*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2017, 119, 134-135.

[13] Per un'analisi da una prospettiva sociologica, cfr. Botsman, *Who Can You Trust? How Technology Brought Us Together and Why It Might Drive Us Apart*, Londra, 2017.

[14] Cfr. Commissione Europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, 2016 (COM (2016) 356 final)).

privato, ci si concentrerà brevemente, per poche considerazioni conclusive, sull'effetto della *sharing economy* sugli schemi contrattuali[15]. Un impatto che si esplica, ancora una volta, a partire dall'economia delle imprese; come osserva infatti Andrea Nervi "la dinamica economica attuale offre anche scenari caratterizzati da un mercato unico europeo, basati sul modello della *sharing economy*, ovvero condivisione; ciò mette in crisi il sistema gerarchico piramidale tipico che, per quasi un secolo, ha connotato il tradizionale modo di svolgere l'attività di impresa"[16].

L'economia della condivisione, come si accennava poc'anzi, spiega i propri effetti sulle modalità produttive dei beni (e ancora prima su quelle di ricerca e sviluppo), nonché sulle modalità di circolazione e di trasferimento.

Da un lato infatti, si è assistito ad una trasformazione dei mercati attraverso un processo di disintermediazione rispetto agli intermediari tradizionali (il cui numero si è ridotto attraverso l'affermazione delle piattaforme digitali) e, contemporaneamente, ad un fenomeno di concentrazione di pochi intermediari di dimensioni talmente rilevanti da diventare a sua volta oggetto di una regolamentazione *ad hoc* (si pensi al pacchetto legislativo della Strategia digitale europea costituita dal *Digital Services Act*[17] e dal *Digital Markets Act*[18] in cui le *Very Large Online Platforms* sono oggetto di obblighi e di una disciplina speciali in forza della propria dimensione e posizione sul mercato).

Per quanto riguarda invece le modalità produttive, le piattaforme digitali hanno permesso il consolidamento e la diffusione su larga scala (ben oltre i confini fisici di una condivisione di "prossimità" che non è mediata online) di un modello basato sulla cd. "economia dell'accesso", in cui la fruizione dei beni non passa solo dal modello proprietario, ma anche da quello di un accesso temporaneo e condiviso di un bene o di un servizio. Si consolida una terza alternativa di allocazione delle risorse rispetto alle due opzioni dello scambio di mercato e del dono (che sono entrambe comunque forme basate su un paradigma proprietario)[19].

Se si pensa poi alla teorizzazione di questi modelli come ad una risposta alternativa per i cosiddetti beni sotto-utilizzati[20], non è difficile intuire che per taluni, tali modelli

---

[15] Su molteplici profili, anche interdisciplinari, legati al diritto delle piattaforme digitali, si veda ad es. *Trattato. Le piattaforme digitali. E-Agorà*, a cura di Bocchini, Torino, 2025.

[16] dalla Massara, Nervi, *Il contratto è politica*, cit., 64.

[17] Regolamento UE 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali.

[18] Regolamento UE 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale.

[19] Cfr. R. Belk, *Why not share rather than own?*, in 611 *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 611, (2007) 126; Abatangelo, *Il paradigma dell'accesso nell'economia digitale e il suo significato per il dibattito sulle forme di appartenenza*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, n. 2/2021, 301, 311 ss.; cfr. anche Granieri, *Proprietà, contratto e status nell'industria dell'informazione*, in *Mercato concorrenza regole*, VIII, n. 1, 2006, 111.

[20] Cfr. Benkler, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in 114 *Yale L.J.*, Vol. 114, (2004) 273.

costituiscano l'implementazione di politiche volte alla riduzione dei consumi, ad una commercializzazione anti-spreco e a modelli che aspirano a una maggiore sostenibilità economica ed ambientale della produzione e dello scambio di beni e servizi.

Naturalmente laddove i fenomeni della *sharing economy* siano esercitati da parte di piattaforme imprenditoriali dalla dimensione globale (dai trasporti alle locazioni a breve termine gli esempi non mancano), molte di queste considerazioni non trovano più spazio, ed in quel caso si è sottolineato come sia più corretto far riferimento ad una evoluzione dell'economia dei servizi (cd. *rental economy*) e/o a forme di cd. *pseudo-sharing*[21].

Da questo punto di vista si assiste infatti ad una crescente sostituzione dell'acquisto di un bene con quello di un servizio da parte di consumatori-utilizzatori (ma spesso lo stesso servizio è offerto da un soggetto che si qualifica a sua volta quale "pro-sumer" o "prod-user"[22]); è il noto passaggio verso il cd. *access-based consumption* in alternativa al modello dell'*ownership-based consumption*.

Dalla prospettiva del contratto, queste forme di circolazione e consumo si avvalgono naturalmente degli strumenti esistenti (con gli scambi che si configurano entro gli schemi della permuta, della vendita, della locazione, della prestazione di servizi). Anche la disciplina consumeristica troverà applicazione nelle ipotesi in cui le controparti siano identificabili quali consumatore e professionista (il B2C); non così naturalmente quando gli scambi avvengano tra professionisti (B2B) o tra privati (P2P)[23].

Tuttavia, da un lato la particolare natura delle controparti – talvolta ibrida, di difficile categorizzazione – può creare incertezze sulla disciplina applicabile (non a caso sono plurimi gli interventi della giurisprudenza e degli organi comunitari volti a fornire delle indicazioni in tal senso, sulla base del ricorrere di una serie di caratteristiche dei soggetti[24]). Dall'altra parte non è secondario che anche i rapporti tra professionisti (B2B) siano oggetto di regole aggiuntive nel caso in cui una delle due controparti sia una piattaforma (il cd. *Platorm to Business* oggetto ad esempio di apposito Regolamento EU[25]).

Ben noti, infine, per ricordare ancora una volta la relazione tra contratto ed innovazione in questi modelli, i poteri non solo regolatori esercitati dalle piattaforme, attraverso le condizioni generali di utilizzo imposte agli utenti, ma anche quelle crescenti di risoluzione delle controversie previsti dalle stesse condizioni generali, riservate in prima

---

[21] Belk, *Sharing Versus Pseudo-Sharing in Web 2.0*, in *Anthropologist*, Vol. 18(1), (2014), 7.

[22] Su alcuni problemi derivanti dalla qualificazione di questi status, cfr. (qui con riferimento al settore di produzione dell'energia elettrica e gas), Maugeri, *Elementi di criticità nell'equiparazione, da parte dell'AEEGSI, dei prosumer ai consumatori e ai clienti finali*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, vol. 31, fasc. 7-8, 406.

[23] Smorto, *I contratti della* sharing economy, in *Il Foro italiano*, vol. 138, n. 4, 2015, V, 221, 223.

[24] Si veda per esempio la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, 2016, *cit.* punto 2.3, dove si indicano i parametri della frequenza dei servizi, della finalità di lucro e del fatturato per qualificare un prestatore di servizi come "professionista".

[25] Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online.

battuta proprio ai meccanismi di *dispute resolution* gestiti dalle piattaforme medesime. In un contesto di continua e rapida evoluzione dei mercati, delle modalità di fruizione di beni e servizi, così come delle infrastrutture tecnologiche, ben ci ricordano gli Autori come la funzione politica del contratto non possa essere sottovalutata.

Riflessioni sulla nozione di contratto a partire da "*Il contratto è politica*"

Fabrizio Piraino
Prof. ord. dell'Università di Palermo

Sommario: 1. Le epifanie del contratto e la sua centralità. – **2.** La normatività del contratto e i riflessi di ordine generale. – **3.** La necessità di una nuova dogmatica: il contratto come titolo di acquisito e di assunzione di obblighi e come autoregolamento. – **4.** *Segue*. E una nuova dogmatica anche alla luce dei contratti di durata. – **5.** La volontà. – **6.** Volontà e norma individuale: la rilevanza giuridica del contratto come premessa del rafforzamento della vincolatività mediante i rimedi. – **7.** Corollari.

1. Le epifanie del contratto e la sua centralità

Le mie brevi riflessioni muoveranno dal titolo del libro-intervista, o forse sarebbe meglio dire del libro-conversazione, che gli amici Tommaso dalla Massara e Andrea Nervi ci hanno regalato, sotto la sapiente regia di Giuseppe Guizzi[1]. E, infatti, di una vera e propria conversazione si tratta, visto che l'intervistatore dialoga con gli intervistati, contribuendo alla messa a fuoco del tema centrale della riflessione collettiva: la centralità del contratto come atto normativo e come veicolo di interventi eteronomi che, proprio tramite il contratto, perseguono interessi generali, per lo più di regolazione del mercato. Sullo sfondo dei ragionamenti si staglia l'incertezza, se non addirittura l'opacità, dell'epoca attuale, contrassegnata dal superamento delle passate certezze, ma anche dalla difficoltà di scorgere un nuovo assetto. Tra l'affievolimento della distinzione tra diritto

[1] dalla Massara-Nervi, *Il contratto è politica*. Riflessioni sul contemporaneo in una conversazione con Guizzi, Milano, 2024, su cui v. la recensione di Cicero, in *Studi economico-giuridici online*, 2025, 343 ss.

pubblico e diritto privato, la preponderanza dell'economico e la sfida, non ancora chiara nella sua reale portata, dell'innovazione tecnologica, specie dei sistemi di intelligenza artificiale generativa, cui andrebbe aggiunta la questione capitale del cambiamento climatico, la coscienza del giurista è interpellata, sollevando la questione – posta proprio da Guizzi – di quale sia il suo ruolo nella società odierna.

"Il contratto è politica" a me pare una formula azzeccata per indicare, per l'appunto, la centralità di cui oggi il contratto gode, ma il discorso vale anche per altri gli strumenti dell'autonomia privata, al punto che mi pare trovi puntuale conferma l'idea – fortemente sostenuta da Giovanni Ferri – della perdurante vitalità del negozio giuridico, quale categoria che abbraccia le diverse manifestazioni dell'autonomia privata[2]. Centralità del contratto si diceva.

Si tratta di una centralità che non dipende soltanto dall'ampiezza degli ambiti in cui il contratto e, più in generali, gli strumenti negoziali, possono essere impiegati (rapporti con la p.a., soluzione della crisi d'impresa o da sovraindebitamento, autotutela esecutiva, accordi in vista della separazione personale, patti di successione generazionale nell'impresa etc.). Essa dipenda anche dalla piega impressa alla regolazione dell'autonomia privata. Decenni di legislazione speciale, specie sotto l'influsso degli impulsi armonizzatori dell'Unione europea, coniugata ora anche dalla regolazione micro-settoriale ad opera delle autorità amministrative indipendenti (il c.d. diritto privato regolatorio) hanno mutato il taglio della disciplina dell'autonomia privata.

I codici civili, compreso il codice italiano del 1942, si preoccupano di fissare le norme preordinate a guidare l'esercizio dell'autonomia privata nell'ottica della valorizzazione dell'interesse individuale delle parti. Anche le prescrizioni imposte a pena di nullità rispondono a istanze generali per lo più, però, preoccupate di istituire le condizioni per la massima esplicazione dell'autodeterminazione individuale in campo economico, scongiurando approfittamenti di una parte in danno dall'altra (mediante i requisiti della forma e della causa idonea/meritevolezza), vincoli soltanto unilaterali (mediante il requisito del consenso e censurando le condizioni sospensive meramente potestative), la riduzione del contratto a un vuoto simulacro destinato a celare spostamenti di ricchezza ingiustificati (mediante il requisito della causa effettiva e della determinatezza o determinabilità dell'oggetto). Certo, l'istituto della nullità non si limita a imporre una certa struttura del contratto in grado di garantire la piena e libera autodeterminazione in sede negoziale, ma si incarica anche si presidiare i confini esterni dell'autonomia privata (divieto di patti successori, con la recente attenuazione realizzata con i patti di famiglia di cui agli artt. 768-*bis* c.c.; divieto di patto commissorio etc.) e di scongiurare l'impiego del contratto per realizzare assetti di interessi contrastati dall'ordinamento. Sotto questo profilo, rientra nelle tradizionali cadenze del diritto dei contratti la predisposizione di regole di coordinamento tra il perseguimento dell'interesse individuale mediante atti di autonomia e la preservazione di interessi di ordine generale, e dunque *lato sensu* politici

[2] G.B. Ferri, *Il negozio giuridico*[2], Padova, 2004, *passim*, in part. 75 ss.

E tuttavia negli ultimi decenni (lo evidenzia in maniera assai efficace Andrea Nervi[3]) il connubio tra la disciplina dell'autonomia privata e il perseguimento di interessi generali si è andato intensificando, in una con il prevalere degli orientamenti ordo-liberali, che, nella varietà degli indirizzi, assegnano allo Stato – e ora all'ordinamento europeo sovranazionale – un ruolo quasi esclusivamente regolatorio dei mercati, escludendo che l'attività economica possa essere guidata da finalità politiche diverse dal corretto funzionamento del mercato su basi concorrenziali. La strategia di regolazione dell'economia non si arresta alla disciplina dell'attività che precede o segue l'atto, ma si estende anche dell'atto in sé, ammesso che questa distinzione abbia realmente senso limitandosi l'atto a offrire un'istantanea dell'attività. Nel discorso non sempre approfondito dei civilisti, tale mossa regolativa viene designata come regolazione del mercato dal basso. Il vero è che, come la concorrenza non può essere istituita soltanto sul versante dei rapporti tra le imprese, dovendo necessariamente valutare l'effetto dell'accumulazione di potere di mercato (frutto di intese, di acquisizione di una posizione dominante o di concentrazioni) mediante l'analisi delle condizioni economiche e normative dei contratti stipulati dall'impresa con i consumatori, allo stesso modo non è possibile regolare il contratto senza tenere in considerazione le ricadute di ordine generale delle norme di fattispecie e di condotta.

2. La normatività del contratto e i riflessi di ordine generale

Forse il dato più eclatante della più recente fase della legislazione in materia di contratto non è allora la contemplazione di obiettivi generali, se non addirittura pubblicistici (si pensi al contrasto del fenomeno dell'usura in astratto), in sede di regolazione delle condizioni e delle modalità del perseguimento dell'interesse individuale delle parti del contratto; ma la settorializzazione degli interventi normativi (si pensi alla disciplina dei contratti in ambito bancario, assicurativo, finanziario, delle telecomunicazioni etc.). Ciò rende più arduo anche per il cultore del diritto dei contratti il dominio della propria materia e l'individuazione di quali regole speciali siano candidate a una generalizzazione. Generalizzazione che, dapprima, avverrà mediante i canali della dogmatica, la quale offrirà agli operatori nuove categorie in grado di influenzare l'interpretazione del diritto vigente e di spingere più in là il confine dell'ordinamento privatistico; e che, poi, potrebbe essere consacrata sul piano formale, mediante la riforma del diritto generale del contratto.

Un altro profilo della "politicità" del contratto viene suggerito da Tommaso dalla Massara e individuato nella forza di legge del contratto tra le parti: «la regola nasce dalla volontà dei privati, ma i suoi effetti rifluiscono in modo immediato entro lo spettro di rilevanza delle regole di disciplinamento collettivo. La *lex contractus* incide sullo spazio pubblico e lo fa trasformando la privata volontà in un'effettività giuridica: e quest'ultima

[3] dalla Massara-A. Nervi, *Il contratto è politica*, cit., 23 ss.

assume la tangibile obiettività della norma»[4]. Dalla Massara rimarca la portata autenticamente normativa del contratto, la quale non incide, però, soltanto sulla sfera individuale delle parti, ma si proietta nello spazio pubblico in una con il rafforzarsi di veri e propri poteri privati. L'accumulo di potere nelle mani di imprese private non è infatti più soltanto economico, ma anche socio-politico[5] e ciò rilancia le condizioni generali di contratto predisposte da queste imprese su una scala enorme, inedita, addirittura globale. Ciò consente a queste imprese di incidere sui rapporti sociali e su certi equilibri istituzionali. Basti pensare ai contratti delle piattaforme – specie, ma non soltanto, di quelle *over the top* (VLOPs: *Very Large Online Platforms*), come tali capaci di fungere da *gatekeeper* dell'ecosistema digitale[6] – che erogano servizi digitali non soltanto nel settore del commercio elettronico, ma anche in quello della comunicazione intersoggettiva e dell'informazione[7]. Senza trascurare che i contratti stipulati tra le piattaforme e gli utenti commerciali (la trasparenza ed equità dei quali è oggetto della disciplina recata dal Regolamento 2019/1150) sovente finiscono per influenzare anche i contratti tra questi ultimi e gli acquirenti finali, per lo più consumatori. In molti casi, le piattaforme predispongono, infatti, anche la procedura e il servizio di pagamento da parte degli acquirenti dei beni e dei servizi oppure forniscono prestazioni funzionali all'adempimento della prestazione dell'utente commerciale, come i servizi di prenotazione o le procedure per consentire eventuali comunicazioni tra venditore di beni e fornitore di servizi o di contenuti digitali e acquirente finale[8]. Né si possono trascurare i servizi di reclamo gestiti direttamente dalle piattaforme al fine di comporre le eventuali controversie tra venditore o fornitore e acquirente finale. Per non parlare poi dei contratti di fornitura di servizi di conoscenza e di controllo destinati alla difesa nazionale, dove l'incidenza sociale della norma contrattuale diviene ancora più evidente e preoccupante.

I due esempi attengono a due diversi aspetti del diritto contrattuale contemporaneo: il primo attiene alla dimensione sovraindividuale del regolamento contrattuale al congiungersi di due fattori: una notevole penetrazione nel mercato di talune imprese e l'adozione, in taluni casi su base planetaria, di regolamenti contrattuali standard. La convergenza di queste cause rilancia i contratti standard di talune imprese in una dimensione normativa, se non generale, per lo meno comunitaria. Il secondo esempio si collega a

---

[4] dalla Massara-A. Nervi, *Il contratto è politica*, cit., 19.

[5] Cfr. Pollicino, *Potere digitale*, in *Enc. dir. – I tematici*, V-2023, *Potere e Costituzione*, diretto da Cartabia-Ruotolo, Milano, 2023, 436 ss.

[6] Addirittura delle più vaste piattaforme digitali si è in dottrina proposta la qualificazione come "ordinamenti privati", al fine di evidenziarne il potere economico, negoziale e normativo: Bassan, *Digital Platforms and Blockchains: the Age of Participatory Regulation*, in *Eur. Business L.R.*, 2023, 1103 ss.

[7] Sul punto v., anche con riguardo al potere in senso stretto normativo delle piattaforme digitali, Carleo-Pescatore, *Le fonti. Disciplina generale e regole specifiche*, in *Le piattaforme digitali. E-Agorà*, a cura di Bocchini, Torino, 2025, 141 ss.

[8] Cfr. Fernández del Moral Domínguez-Tuccillo, *I modelli contrattuali nell'economia delle piattaforme*, in *Le piattaforme digitali. E-Agorà*, cit., 138-139

un fenomeno ciclico: quando lo Stato affida ai privati l'erogazione di beni e servizi essenziali per l'esercizio di una pubblica funzione, o per ragioni di contenimento della spesa pubblica, tenuto conto dei costi di una produzione pubblica, o per ragioni di maggiore competenza e professionalità da parte dei privati, il contratto che regola la fornitura di tali beni e servizi diviene un atto normativo che incide sulla sfera pubblica, condizionando l'efficacia, la qualità e la quantità della pubblica funzione.

Una piccola chiosa sul punto: non mi persuade l'idea che il carattere normativo del contratto, il suo essere fonte di un diritto individuale che in taluni contesti – come si è visto – può divenire invece diritto *lato sensu* generale e astratto, trovi espressione nell'art. 1372 c.c. Mi convince maggiormente l'idea che assegna alla metafora della "forza di legge tra le parti" il significato di esprimere l'irrefragabilità e l'immodificabilità unilaterali del contratto. La regola pattizia è individuata con il consenso, inteso non come accordo, che è l'essenza del contratto, bensì nel senso fissato dagli art. 1326 e ss. c.c., ossia come condivisione di un assetto di interessi al punto di tradurlo in regola che vincola i suoi autori. Non basta che tale assetto di interessi venga individuato di concerto o predisposto da una parte e condiviso dall'altra, è poi necessario che tale assetto venga preservato dai ripensamenti delle parti o dal sopravvenire di eventi che non attingono a quella soglia di significatività necessaria per renderli giuridicamente rilevanti sul piano della rimodulazione del contenuto del contratto (risoluzione parziale per impossibilità parziale della prestazione) o dello scioglimento del vincolo (risoluzione integrale per impossibilità o eccessiva onerosità sopravvenuta). L'art. 1372 c.c. individua, quindi, quell'effetto primario, per così dire esistenziale o "negoziale", del contratto, messo a fuoco da Renato Scognamiglio[9] e rappresentato dall'impermeabilità a modifiche o a scioglimenti unilaterali[10]. La *lex contractus* fissata con il consenso si attualizza in fase dinamica con gli effetti principali del contratto (attributivi: reali, obbligatorio o di garanzia; modificativi o estintivi) che della regola contrattuale costituiscono la proiezione sul piano delle modificazioni giuridiche che il contratto realizza.

3. La necessità di una nuova dogmatica: il contratto come titolo di acquisito e di assunzione di obblighi e come autoregolamento

Queste considerazioni di ordine generale e il ruolo sempre più centrale del contratto offrono la premessa per passare a una delle riflessioni più interessanti del dibattito attuale: la perdita delle passate certezze e simmetrie sistematiche e concettuali, che hanno accompagnato la nostra formazione universitaria. Siamo poi certi che il mondo secondo novecentesco e il correlato quadro normativo fossero meno complessi e di difficile decifrazione della realtà odierna? La mia impressione è che gli esponenti più eminenti e

[9] R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, rist. Napoli, 2008, 268.

[10] Così Roppo, *Il contratto*[2], in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica-Zatti, Milano, 2011, 499 ss.

sensibili delle generazioni di civilisti che hanno operato a cavallo della seconda guerra mondiale, e poi per tutto il corso del secolo XX, abbiano compiuto, sia in sede didattica sia in ambito scientifico, la scelta consapevole di selezionare il materiale normativo e di operare robuste semplificazioni e generalizzazioni. Ovviamente questa scelta metodologica ha determinato una sclerotizzazione degli studi privatistici a causa dell'acritica riproposizione dei modelli già collaudati all'interno dell'indirizzo concettualistico e generalizzante. Nelle mani di studiosi meno dotati queste linee di indagine e un canone astrattizzante (nel dialogo tra dalla Massara, Nervi e Guizzi spesso si ricorre all'espressione "neutralità" del contratto e del diritto privato[11]) hanno determinato un distacco dalle materie regolate, declassando la dogmatica in dogmatismo e i discorsi concettuali e sistematici in variazioni sul tema del tutto inconsapevoli della funzione euristica e ordinante del lavorio lessicale, categoriale e sistematico.

Nella sua ispirazione originaria, la selezione del materiale normativo e le conseguenti robuste semplificazioni e generalizzazioni dei civilisti erano preordinate a fare sì che il diritto privato potesse assumere dal diritto romano l'eredità di grammatica e di lessico di base del diritto, offrendo alle altre discipline il quadro categoriale e un sistema di regole generali da adoperare nell'interpretazione e nella sistemazione dei diversi comparti dell'ordinamento giuridico. Negli ultimi tempi i cultori del diritto privato hanno rinunziato ad assolvere a questo compito, inseguendo i cultori delle discipline di settore di ambito privatistico (specie del diritto commerciale e del diritto dell'economia) perché, evidentemente, desiderosi di essere, anche sul piano scientifico, "giuristi degli affari". Questo snaturamento degli studi privatistici non credo abbia determinato un innalzamento della qualità delle ricerche di diritto privato: probabilmente oggi non si può più rimproverare agli studi privatistici una concettosità formale inconsapevole del magma degli interessi materiali espressi dalla società e dal mercato, ma, con altrettanta probabilità, si può mettere in dubbio l'utilità generale di questi studi.

Nel campo cruciale dell'autonomia privata, stenta a prendere forma una nuova dogmatica del contratto[12], con alcune significative eccezioni, tra le quali segnalo soprattutto: il contratto con asimmetria di potere contrattuale, delineato da Enzo Roppo[13] e affinato da Alberto Benedetti[14]; il terzo contratto, intuito da Roberto Pardolesi e messo in forma da diversi autori, tra quali ricordo Andrea Zoppini, Gregorio Gitti e Gianroberto Villa[15]; e il contratto alieno proposto da Giorgio De Nova[16].

La sfida è la costruzione di una robusta e condivisa dogmatica dei contratti unilateralmente predisposti, non soltanto dei contratti standard tipici della contrattazione di massa, ma anche dei contratti individuali per adesione, parimenti predisposti da una

---

[11] dalla Massara-Nervi, *Il contratto è politica* cit., 20 ss.
[12] Lo rileva anche Gentili, *Il contratto dopo il Novecento*, in *TCRS*, 2015, 26 ss.
[13] Roppo, *Il contratto del duemila*[4], Torino, 2020, *passim*, in part. 69 ss.
[14] Benedetti, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, Ann. V, Milano, 2012, 370 ss.
[15] Aa.Vv., *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008, *passim*
[16] De Nova, *Il contratto alieno*[2], Torino, 2010, *passim*.

sola delle parti, sul modello del francese contrat d'adhésion (art. 1110, comma 2, 1171, comma 1, e 1190 Code civil)[17]. E un analogo sforzo dogmatico va compiuto con riguardo ai contratti a lungo termine, specie se di durata. Nella concettualizzazione dei primi non ha reso un buon servizio, tra i tanti invece resi al dibattito scientifico sia prima sia dopo, la provocazione di Natalino Irti tesa a negare natura contrattuale ai contratti di massa unilateralmente predisposti, concependoli come scambi senza accordo ossia come due atti unilaterali privi di linguisticità e, dunque, di dialogo[18]. Si tratta invece indiscutibilmente di contratti – come in tanti hanno contestato, su tutti Giorgio Oppo[19], Massimo Bianca[20], Giuseppe Benedetti[21] e Francesco Gazzoni[22]– di cui è necessario sul piano dogmatico individuare le caratteristiche non solo e non tanto per uno squisito gusto definitorio e concettuale, quanto piuttosto per approntare una disciplina più adeguata di quella frammentaria delineata dal legislatore.

Nei contratti di massa e nei contratti individuali per adesione, il regolamento unilateralmente predisposto, il ricorso a contenuti contrattuali standard, il fenomeno dell'eteronomia in funzione di contenimento della preponderanza del potere negoziale di una parte sull'altra sembrano sottrarre al contratto il carattere di atto individuale, vale a dire di un atto preordinato al soddisfacimento degli interessi particolari e unici di due soggetti. L'esigenza dell'uniformità del contenuto contrattuale, specie sotto il profilo del contenuto normativo del contratto, sembra calpestare le specificità, magari irripetibili, dell'interesse della parte debole. Questa indiscutibile caratteristica della contrattazione di massa induce molti a ritenere che in questi contratti lo spazio della libertà individuale della parte debole si assottigli, se non addirittura venga meno. Varrebbe allora la pena di distinguere all'interno del contratto – di ogni contratto, ma in special modo di quelli di massa – due diverse dimensioni. La dimensione del contratto come titolo di acquisto di diritti o di assunzione di obblighi; e la dimensione del contratto come regolamento dell'operazione economica fissata nell'oggetto[23].

---

[17] Cfr. A. Fauchon, *Le contrat d'adhésion. Propos d'accueil et d'ouverture*, in *Revue des contrats*, 2019, 104 ss.; Th. Revet, *La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat*, *ivi*, 2019, 106 ss.; M. Mekki, *La notion de contrat d'adhésion: on est loin de la «haute définition»!*, *ivi*, 2019, 112 ss.

[18] N. Irti, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347 ss.

[19] Oppo, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 525 ss., cui è seguita la controreplica di N. Irti, *"È vero ma..." (replica a Giorgio Oppo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 273 ss.

[20] C.M. Bianca, *Diritto Civile*. III. *Il contratto*, Milano, 2000, 43 ss., cui ha fatto seguito la replica di N. Irti, *Lo scambio di foulard, (replica semiseria al Prof. Bianca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 601 ss. e la controreplica di C.M. Bianca, *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita not.*, 2001, 1120 ss.

[21] Benedetti, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul «diritto muto»*, in *Europa dir. priv.*, 1999, 137 ss.

[22] Gazzoni, *Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, III, Milano, 2006, 313 ss.

[23] Tale doppia dimensione del contratto sta alla base della circoscrizione del giudizio di vessatorietà, da parte dell'art. 4, par. 2, dir. 93/13/CEE e dall'art. 34, comma 2, cod. cons., al solo contenuto normativo e non già all'oggetto del contratto e all'adeguatezza del corrispettivo, a meno che non essi non sia individuati in maniera chiara e comprensibile.

Anche nei contratti rigidamente predisposti in via unilaterale, la scelta di acquisto di un bene o un servizio verso un corrispettivo oppure della volontaria assunzione di obblighi verso controparte è un atto di libertà. E si tratta di una libertà piena, non meno ricca e corposa di quanto lo sia quella esplicata nei contratti negoziati, nei quali tanto oggetto quanto il regolamento scaturiscono da un concorso determinativo – o per adoperare un'espressione di Gianfranco Palermo "configurativo"[24] – di entrambe o tutte le parti. Ovviamente, non sempre l'oggetto del contratto attiene a beni e servizi le cui caratteristiche sono auto-evidenti e intellegibili sulla base della cultura comune o su base esperienziale, basti pensare a certe formule di finanziarie, assicurative o di investimento, rispetto alle quali la libertà di scelta e di vincolo è funzione della capacità di controparte di rendere comprensibile il servizio bancario o assicurativo o lo strumento finanziario alla controparte mediante informazioni adeguate, che nel contesto dei rapporti tra consumatori e professionisti dovrebbe addirittura divenire un dialogo previo.

La seconda dimensione, quella del regolamento, è in effetti sempre più spesso frutto di una forma di condivisione tra le parti meno consistente di quella che caratterizza la concettualizzazione classica del contratto, ancora attuale per i contratti negoziati. Aderire non è conformare. E il grado di libera determinazione insito nell'atto di adesione a un regolamento negoziale unilateralmente predisposto non è comparabile con il contribuire alla predisposizione del regolamento. Sotto questo profilo, la concezione del contratto come autoregolamento, cui si era affidata dalla metà del Novecento la rifondazione del contratto su basi oggettive[25], si rivela non più adeguata a rappresentare la realtà dei contratti di massa e dei contratti individuali unilateralmente predisposti. In questi il profilo regolamentare è mancipio di una delle due parti ed è dunque arduo concepire il contratto come strumento di autodisciplina per entrambe le parti. Una raffigurazione più fedele dovrebbe riconoscere che per la parte predisponente il contratto resta strumento di autoregolazione, e in tal senso un atto di normazione volontaria, mentre per la parte debole, che sulla dimensione regolativa non può incidere, il contratto è pur sempre un atto di libertà in campo patrimoniale, ma nei termini di un atto di autodeterminazione nell'accesso a beni e servizi.

La dimensione del regolamento è, senza alcun dubbio, in grado di riflettersi a ritroso sull'oggetto, rendendolo meno conveniente sul piano economico di quanto non appaia sulla base delle sue caratteristiche intrinseche[26]. Ed è per questa ragione che il diritto

---

[24] Palermo, *L'autonomia negoziale*[3], Torino, 2015, 26 ss.

[25] In Italia, Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it*, diretto da F. Vassalli, II ed., rist. Torino, 1960, rist. anast. a cura diCrifò, con introduzione di G.B. Ferri, Napoli, 2002, 53 ss.; R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950. La seconda edizione è del 1969 ed è da questa che si trarranno le citazioni nella sua ristampa del 2008: R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, II Ed., Napoli, 2008, 100 ss.

[26] Così come l'oggetto del contratto incide sul giudizio di abusività del regolamento contrattuale, come sancito dall'art. 4, par. 1, dir. 93/13/CEE e dall'art. 34, comma 1, cod. cons.: «la vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo

privato europeo, nei contratti dei consumatori, non potendo, né volendo, consentire un sindacato sull'oggetto del contratto e sulla convenienza dell'assetto negoziale corrispettivo, ammette invece un significativo ed efficace controllo sul profilo regolamentare del contratto. Tale sindacato e il relativo epilogo, costituito dall'inefficacia relativa o, in Italia, dalla nullità relativa di protezione del contratto non rispondo, come troppo a lungo si è predicato, specie in Italia, a ragioni di equità o – come forse più correttamente dovrebbe dirsi – di giustizia contrattuale, ma per lo più a esigenze utilitaristiche legate al corretto funzionamento del mercato. La legislazione europea sulle clausole c.d. abusive scongiura che l'utile immediato del professionista che intende massimizzare i vantaggi, predisponendo un regolamento contrattuale caratterizzato dal significativo squilibrio di diritti e doveri all'interno del regolamento contrattuale, venga perseguito a discapito dell'utile di medio e lungo periodo, tanto individuale quanto generale, rappresentato dalla fiducia dei consumatori. Fiducia che verrebbe fiaccata, se non addirittura scacciata, se l'ordinamento consentisse la piena efficacia di contratti non individualmente negoziati che celano l'insidia dello squilibrio contrattuale.

4. *Segue*. E una nuova dogmatica anche alla luce dei contratti di durata

Tutt'altre sfide pone la categoria dei contratti a lungo termine e, in special modo, quelli di durata[27]. Qui il campo lungo dell'attività irrompe nelle strutture contrattuali, non incentrate sull'atto e sul primo piano dell'effetto istantaneo o protratto per quel lasso di tempo ragionevole imposto dall'adempimento dell'obbligazione nei contratti a effetti obbligatori. Anche nei contratti di durata possono porsi i profili di unilaterale determinazione e standardizzazione, esaminati in precedenza (basti pensare a un conto corrente bancario, a un finanziamento con piano di ammortamento prestabilito etc.) e per tali caratteri vale quanto già detto. La specificità soprattutto dei contratti di durata risiede nell'assoggettamento a un tendenziale principio di manutenzione del contratto, rispetto ai rimedi ablativi (arg. *ex* art. 1564 c.c. sulla risoluzione della somministrazione e artt. 1596 e 1597 c.c. sullo scioglimento della locazione e sulla rinnovazione tacita), che si giustifica anche alla luce degli investimenti specifici che la conclusione di tali contratti per lo più impone. Inoltre, la protrazione nel tempo costituisce un elemento indispensabile per il soddisfacimento dell'interesse delle parti, che è, per l'appunto, durevole, tanto che può affermarsi che la durata si insedia nella causa di tali contratti. La protrazione temporale rende questi contratti esposti alle sopravvenienze e, laddove le parti non ne pre-

---

riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione e alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro contratto collegato o da cui dipende».

[27] Il problema è al centro di diversi pregevoli studî tra i quali vanno segnalati, di recente, M. Granieri, *Il tempo e il contratto*. Itinerario storico-comparatistico sui contratti di durata, Milano, 2007, *passim* e Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Milano, 2018, *passim*.

determinino inserendo l'*hardship clause* a fondamento della rinegoziazione volontaria[28], si pone il problema di gestire tali sopravvenienze, selezionando quelle irrilevanti, perché incluse nell'alea normale del contratto proprio perché di durata, da quelle rilevanti, anche se non oggetto di una previsione legislativa. È un problema quello del mutamento delle circostanze, già percepito – come evidenziato da James Gordley[29] – dai giuristi canonisti medievali grazie alla razionalizzazione da parte di Tommaso d'Aquino della teoria aristotelica dell'equità e che non può rimanere relegato nelle costruzioni dogmatiche degli studiosi e negli orientamenti più avveduti della giurisprudenza, esigendo una regolazione nella diritto generale del contratto, come è avvenuto in Francia in occasione della riforma del *Code civil* del 2016 con l'introduzione dell'art. 1195 sull'*imprévision*[30] e, ancor prima, in Germania con la *Schuldrechtsmodernisierung* con l'introduzione del § 313 BGB, intitolato alla *Störung der Geschäftsgrundlage*[31].

5. La volontà

La volontà è il concetto ideal-filosofico intorno al quale è stata costruita la dottrina classica del contratto. Sono note a tutti le implicazioni del ricorso a tale concetto. La volontà esprime, per un verso, l'umanesimo dell'illuminismo, incentrato sulla fiducia nell'individuo e nella sua capacità di dominare la realtà. Per altro verso, la volontà come architrave del contratto esprime la sacralità del principio di intangibilità del contenuto del contratto, la *sanctity of contract*, e, dunque, la resistenza della concezione classica del contratto all'eterointegrazione da parte della legge. Entrambi i presupposti che giustificarono l'adozione della volontà, vero e proprio abracadabra del diritto del contratto, sono venuti meno. La critica all'impostazione soggettivistica del contratto e del negozio giuridico[32] e "alla teologia laica fondata sulla vincolatività del volere", denunziata da Siegmund

---

[28] Brunner, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles*, Alphen aan den Rijn (The Netherlands), 2008, *passim*, in part. 391 ss. In Italia v., di recente, Venturelli, *Clausola di «hardship»*, in *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, a cura di Confortini, Torino, 2017, 1036 ss.

[29] Gordley, *Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances*, in 52 *Am. J. Comp. L.*, 513 ss. (2004).

[30] Deshayes-Genicon-Laithier, *Réforme du droit des contrats, de régime général et de la preuve des obligations*[2], Paris, 2018, 436 ss.; Fabre-Magnan, *Droit des obligations*. 1. *Contrat et engagement unilatéral*[6], Paris, 2021, 620 ss., n. 781 ss.

[31] Heinrichs, sub § 313, in O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*[68] (BGB), München, 2009, 472 ss.; Medicus, *sub* § 313, in *BGB Kommentar*, a cura di H. Prütting-G. Wegen-G. Weinreich, Neuwied, 2006, 518; Rösler, Die Geschäftsgrundlagestörung nach der Schuldrechtsreform, in *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht*, 2003, 383 ss.; Wiesner, *Der Anspruch auf Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage*, in *JZ*, 2004, 654 ss.

[32] Sono accumunati dal ricondurre alla volontà dichiarata gli effetti del negozio Karlowa, *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, Berlin, 1877, 4 ss.; Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft*. Eine psychologisch-juristische Untersuchung, Leipzig, 1879, 290 ss.; Enneccerus, *Rechtsgeschäft*. Bedingung

Schlossmann in *Kritik des Vertragesbegriffs*[33], è risalente e fa leva sull'inconoscibilità del volere, quale dimensione spirituale, e sull'esigenza di rifondare il contratto sulla base oggettiva della dichiarazione o dell'azione, sul presupposto che «la volontà sta dentro l'azione, non fuori di essa»[34]. In altri termini la volontà non acquista rilievo se non nella misura in cui essa si estrinseca tramite un segno, il che – a dire il vero – era già ben chiaro agli antichi[35]. Certo, se la critica alla teoria della volontà si esaurisce nella necessità di ancorare gli effetti del contratto a un dato munito di oggettività, come la dichiarazione[36], contrapponendo alla *Willenstheorie* la *Erklärungstheorie*[37], il progresso non si rileva decisivo[38]. Quale che sia la cornice concettuale preferita, il punto resta quello se gli effetti negoziali siano appannaggio della parte o delle parti oppure scaturiscano dall'ordinamento statuale. In questo secondo scenario, l'ordinamento può operare sulla prefigurazione pre-giuridica che le parti fanno degli effetti del contratto o del negozio giuridico (i c.d. effetti empirici), modificandoli o integrandoli rispetto alla prospettazione delle parti[39], la quale, dunque, non costituisce che il presupposto fattuale di un meccanismo di produzione degli effetti interamente governato dall'ordinamento statuale[40].

Se la volontà appare, oggi, agli studiosi del contratto una categoria ideologicamente troppo compromessa per poter essere ancora impiegata, e questo, a dirla tutta, è esito non pacifico e oggetto di recenti ricerche, non va a ogni modo accantonato ciò che la volontà, depurata da tutte le implicazioni di valore, intende esprimere: la libertà individuale di darsi regole. Soltanto così si può sfuggire alla censura di Rodolfo Sacco secondo

---

und Anfangstermin, I, Marburg, 1888, 152 ss.

[33] Schlossmann, *Der Vertrag*, Lipsia, 1876 su cui v. le riflessioni di dalla Massara, *Il consenso annichilito*. La critica radicale del contratto in *Siegmund Schlossmann*, Bologna, 2021, *passim* e di Pagliantini, *Sul negozio giuridico: itinerari novecenteschi e della contemporaneità*, Napoli, 2023, 7 ss.

[34] Schlossmann, *Der Vertrag*, cit., 32.

[35] dalla Massara, *Il consenso annichilito*, cit., 37.

[36] Manigk, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, Berlin, 1907, 150 ss.; Id., *Irrtum und Auslegung*, Berlin, 1918, 79 ss., 134 ss.

[37] In Italia, la trattazione più profonda è offerta da Ferri, *Il negozio giuridico*, cit., 31 ss.

[38] E v. infatti la critica di Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 56 ss.

[39] Il punto è colto con la lucidità e la profondità di vedute che gli erano proprie da F. Vassalli, *Sommario delle lezioni sulla teoria dei negozi giuridici*, Roma, 1934, 8: «la volontà è il momento caratteristico del negozio giuridico, posto che nel riconoscere i negozi giuridici la legge dà riconoscimento e attuazione alla autonomia del privato, cioè al potere del privato di dettare la regola di dati suoi interessi. Ma la volontà, da un lato (A), non esaurisce tutto il *contenuto* dei n.g., poiché in ciascuno di essi possono essere richiesti altri elementi (p. es. di forma) e possono altresì da essi derivarsi degli effetti che non sono voluti dal privato, ma sono determinati dalla legge; dall'altro lato (B), gli effetti sono riconnessi non tanto alla volontà, ch'è un momento interiore, quanto all'atto esterno in cui essa trova manifestazione: sicché non in ogni negozio o in ogni caso è decisiva la volontà del soggetto».

[40] Di "manipolazione giuridica" da parte della legge dell'autoregolamento di interessi, relegato a "fenomeno pregiuridico", parla Falzea, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 41 e ora *Ricerche do teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*. II. *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 719 ss., in part. 786.

cui, a partire dagli anni '60 del secolo scorso, il ripudio della volontà e delle definizioni pandettistiche è avvenuto sostituendole «con altrettanti concetti meno rigidi, e come tali sfuggenti, ambigui e fumosi»[41].

In primo luogo, la regola contrattuale si traduce nella promessa unilaterale (contratto gratuito) o nelle promesse reciproche (contratto bilaterale) di procurare a controparte un'utilità, che, proprio perché formulata come norma, giacché connotata dall'intento di vincolarsi giuridicamente, suscita in controparte un affidamento da proteggere[42]. Sotto questo profilo, è riduttivo distinguere un intendo empirico, quale volontà dei risultati pratici, da un intento giuridico, quale volontà degli effetti giuridici[43]. Anche l'intento dei risultati pratici è concepito dalle parti e strutturato nella dimensione del dover essere, rivestendo a tutti gli effetti una portata di normatività giuridica, ancorché non esaustiva, per le ragioni che si chiariranno appresso. Intento di vincolarsi in uno scambio di beni o servizi, in un finanziamento, in una concessione di godimento di un proprio bene, in una cooperazione per realizzare un atto o un'attività etc. costituiscono la realtà materiale, già di per sé giuridica, richiamata dal termine e dal concetto di contratto[44].

---

[41] Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*[4], Milano, 2016, 56-57.

[42] Sul ruolo dell'affidamento come ragione del vincolo, più ancora dell'imperativo morale di rispettare gli impegni o dell'incentivo utilitaristico del ricevere il vantaggio corrispettivo all'interno dello scambio o del potere simbolico di avere realizzato un atto di autonomia, v. Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, cit., 55; nonché N. Irti, *Destini dell'oggettività. Studi sul negozio giuridico*, Milano, 2011, 71, il quale sottolinea l'affidamento nel carattere impegnativo del significato oggettivo della parola o della condotta.

[43] Questa impostazione tradizionale è sostenuta da Cataudella, *I contratti*. Parte generale[6], Torino, 2023, 5-6 sulla scia di Santoro Passarelli, *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 205; R. Scognamiglio, *Atto giuridico*, in *Enc. forense*, I, Milano, 1958, 590.

[44] Non si può dunque condividere il giudizio di Gentili, *Il contratto dopo il Novecento*, cit., 11 secondo cui «nel mondo materiale il teorico non potrebbe additare nulla per far comprendere ostensivamente che cosa intende per *contratto*, *contrat*, *contract*, *Vertrag*, ecc. Certo, perché si possa parlare di contratto in concreto ci vuole un fatto: esistono le parti che contrattano, il testo che mettono a punto, le volontà contrattuali, le attività esecutive e quelle in violazione. Un fatto che coinvolge valori: i beni e servizi negoziati, l'equità o iniquità dello scambio. Ma nulla di ciò è in sé "il contratto". Né di un fatto istituzionale. O meglio: certamente esiste un fatto istituzionale di cui "contratto" è il nome. Ma è piuttosto il nome ad essere costitutivo del fatto e non viceversa. Ed il fatto in sé, senza l'apporto che il nome gli arreca, resta una mera realtà sociologica e non assurge a diritto. Privati delle valenze deontiche che solo il linguaggio (e quindi il nome) vi introduce, gli scambi sono sociologia, economia, non diritto. Vivono nell'essere, laddove "contratto" è nome di un dover essere. E il dover essere può sussistere solo nel linguaggio prescrittivo. Cioè, qui, nel nome di contratto. Beninteso: il contratto non nasce dal nulla. Alla sua origine ci sono fatti, materiali e sociali, e in essi si manifestano valori. Il contratto non è senza questo. Ma *non è questo*. Contratto è piuttosto *il senso prescrittivo* di tutto questo: che l'uno e l'altro può o deve fare qualcosa. Il contratto non si coglie nella realtà materiale o sociale. Il contratto non si coglie fuori dei discorsi prescrittivi sul contratto». Il giudizio pare eccessivo, perché nella realtà socio-economica gli individui, i soggetti, si accordano in senso prescrittivo, sovente ignari di come il contratto venga disciplinato dall'ordinamento statuale e di quale sia il senso prescrittivo del contratto nel discorso dei giuristi. Il giudizio è invece condivisibile nella misura in

Il contratto è, dunque, il connubio di libertà e di normatività: è libertà di sottoporsi a regole, E queste ultime, non perché autonome, non sono norme giuridiche. In chiave teorico generale è oramai acquisito che la nozione di norma come proposizione prescrittiva non esige la concomitanza dei caratteri della generalità e dell'astrattezza, i quali non si implicano a vicenda, ben potendo la norma giuridica presentarsi come precetto di portata universale anche in assenza di uno dei due requisiti. L'universalità della prescrizione dipende, infatti, dalla tipicità degli argomenti regolati e tale requisito connotativo della norma giuridica sussiste anche se la forma tipica o universale del precetto dipende o soltanto dalla pluralità indeterminata, o classe, dei soggetti destinatari o soltanto dalla pluralità indeterminata, o classe, dei comportamenti regolati[45]. In quanto regolamento individuale di comportamenti e rapporti futuri, il negozio è fonte di regole dotate del carattere dell'universalità, perché astratte ma non generali[46], e ciò è sufficiente a riconoscere all'autonomia privata un'originaria portata in senso proprio normativa, prescindendo dunque dal connotato della generalità[47] ma non da quello dell'universalità/tipizzazione, il quale conferisce anche alla norma negoziale la struttura sintattica della norma giuridica e la dimensione estensionale dei significati che essa esprime, distinguendola dalle regole individuali e concrete. La genesi di norme giuridiche per via autonoma si presenta, dunque, come un fenomeno generalizzato, che va ben al di là delle ipotesi in cui le regole autonome sono destinate a essere osservate da soggetti ulteriori rispetto agli autori[48], riannodando così al tratto dell'astrattezza anche quello della generalità (es. la contrattazione collettiva, i codici di deontologia e buona condotta, i codici di autodisciplina[49] etc.).

---

cui sgancia le concezioni del contratto dal sostrato materiale degli affari, sottolineando che esse risentono di ispirazioni ideali orientate, anch'esse, in senso prescrittivo, in quanto basi giustificative di discipline del contratto tra loro diverse e a volte antinomiche.

[45] Ferrajoli, Principia iuris. *Teoria del diritto e della democrazia*. 1 *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, 229 ss.

[46] Ferrajoli, *op. cit.*, 231, il quale, infatti, definisce il negozio giuridico come «qualunque atto precettivo di diposizione che sia esercizio di autonomia privata» (*ibidem*, 767).

[47] In senso diverso cfr. N. Lipari, *Fonti del diritto e autonomia dei privati (Spunti di riflessione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 728.

[48] In tal senso v. invece Pastore, *Complessità del diritto e autonomia privata*, in *Autonomia privata e fonti del diritto*, a cura di Palazzo, Milano, 2019, 49.

[49] Criscuolo, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000, *passim*.

In questo più ampio orizzonte, non è ardito sostenere che l'art. 1322 c.c.[50] rappresenti una norma secondaria di competenza in senso hartiano[51] e, più specificamente, una norma di riconoscimento che conferisce veste esplicita a una norma consuetudinaria che fissa i rapporti fra il potere normativo dei singoli e il potere normativo eteronomo dello Stato, e ora anche delle istituzioni sovranazionali[52]. In altri termini, il negozio può essere considerato produttivo di norme in senso proprio giuridiche al di là e ancor prima del riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico statuale e al di fuori di qualunque contesto di delegazione/autorizzazione da parte di quest'ultimo. La natura giuridica della regolazione contenuta negli atti di autonomia sussiste nonostante l'origine individuale e l'assenza di un'organizzazione sociale sottostante nel senso di un ordinamento di origine privata distinto da quello statale, nel senso chiarito da Widar Cesarini Sforza[53]. L'autonomia privata rappresenta, dunque, un fenomeno genetico di norme giuridiche originarie che, tuttavia, sono naturalmente e programmaticamente vocate ad assoggettarsi a una valutazione da parte dell'ordinamento statuale.

6. Volontà e norma individuale: la rilevanza giuridica del contratto come premessa del rafforzamento della vincolatività mediante i rimedi

La premessa del riconoscimento dell'originaria portata normativa del contratto va rintracciata nell'affermazione dell'antecedenza dell'ordine sociale rispetto all'ordine giuridico e della partecipazione dell'autonomia privata all'uno e all'altro, senza che l'inclusione nel perimetro dell'ordinamento giuridico spogli l'autonomia della sua origine pre-giuridica. Questa concezione dell'autonomia privata e del rapporto con l'ordinamento statuale è stata propugnata e ampiamente argomentata in Italia soprattutto da Emilio Betti[54] e da Renato Scognamiglio[55].

---

[50] Tale disposizione costituisce nel suo secondo comma un *unicum* nel panorama internazionale ed essa prevede che «1. Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative. 2. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico». Sul punto, sia concesso il rinvio a Piraino, *Meritevolezza degli interessi*, in *Enc. dir. – I tematici*, I-2021, *Contratto*, diretto da D'Amico, Milano, 2021, 667 ss.

[51] Hart, *The Concept of Law*, London, 1961, trad. it., *Il concetto di diritto*, a cura di Cattaneo, Torino, 2002, 118 ss.

[52] Sul punto cfr. Barberis, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, Torino, 2017, 122 ss.

[53] Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1929, 43 ss. ora ripubblicato, Macerata, 2018, *passim*, in part. 34, per il quale il diritto dei privati è «il complesso delle norme che autorità non statuali emanano per regolare determinate relazioni giuridiche tra le persone ad esse sottoposte».

[54] Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 43 ss.

[55] Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 83 ss., in part. 98 ss.

Il contratto costituisce, dunque, la traduzione in norme individuali, ma astratte, dell'intento pratico delle parti che l'ordinamento riconosce nella sua intrinseca e originaria normatività. Vanno pertanto superate tanto la concezione che concepisce il rapporto tra autonomia privata e ordinamento statuale nei termini di un'autorizzazione preventiva del secondo a favore della prima[56], quanto la concezione che invece fa leva sull'idea del riconoscimento successivo degli effetti giuridici[57]. Nel recepire l'atto di autonomia nella sua intrinseca e originaria normatività, l'ordinamento può anche disapprovarlo, qualora il contratto o l'atto di autonomia si collochi oltre i limiti tracciati all'autonomia privata oppure se esso non rispetti la struttura che l'ordinamento impone agli contratti e ai negozi giuridici, al solo fine di garantire che la libertà sia stata adeguatamente esercitata, oppure ancora qualora il contratto, in qualche modo, contrasti con un assetto di interessi consacrato dall'ordinamento con previsione cogente. La ricezione può culminare – ed è questo lo scenario più frequente – nella piena approvazione del contratto o del negozio. Se approvano il contratto, gli ordinamenti contemporanei europei sottopongono l'operazione economica realizzata dalle parti e la relativa regolazione a un processo di addizione di normatività attuato mediante l'integrazione del contenuto del contratto ad opera della legge ordinaria, delle fonti secondarie e degli atti normativi delle Autorità amministrative indipendenti. La disciplina eteronoma imperativa e quella dispositiva approntata dall'ordinamento non cala dall'alto, ma fatalmente finisce per influenzare la manifestazione sociale dell'autonomia contrattuale, la quale non opera in una sorta di stato di natura. I contraenti, specie se operanti sul lato dell'offerta e dunque pienamente consapevoli della disciplina eteronoma del

---

[56] Si tratta della nota impostazione kelseniana, nella quale, infatti, il negozio giuridico non rinvia alle relazioni private maturate prima ancora della comparsa formale della regola coercitiva fissata dall'ordine giuridico, in quanto tra i privati non sorgono rapporti rilevanti sul piano giuridico prima dell'irrompere della norma, ma soltanto spontanei e informali aggiustamenti degli interessi: Kelsen, *Tra metodo giuridico e metodo sociologico*, (1911), trad. it., Napoli, 1974, 58 ss., probabilmente sulla scia di Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, I, Freiburg und Leipzig, 1894, 114 ss. Nello schema rigorosamente formale kelseniano, il negozio giuridico viene riconosciuto come un atto produttivo di diritto in forza di un'autorizzazione da parte delle norme sovraordinate dell'ordinamento statuale: Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, a cura di Treves, Milano, 1980, 139: «il negozio giuridico è un atto creativo di diritto, perché produce doveri giuridici e diritti per le parti che concludono il negozio. Ma al tempo stesso è un atto applicativo di diritto, e quindi crea e applica insieme il diritto. Le parti ricorrono a norme generali che rendono possibili i negozi giuridici». In Italia questa costruzione ha fatto proseliti autorevoli e influenti: F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto*, Napoli, 1983, 126; Pugliatti, *Finzione*, in *Enc. dir*., XVII, Milano, 1968, 668; V. Scalisi, *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 549-550, secondo cui, nell'incontro tra autonomia e ordinamento statuale è inevitabile che il secondo esprima un'autorizzazione o una concessione alla prima, in quanto «l'autonomia del privato nel campo del negozio giuridico vive e opera entro la sfera dell'ordinamento (art. 1322 c.c.), come pure entro i limiti – più o meno rigidi o elastici – imposti dal sistema e sotto condizioni – formali e sostanziali – nonché modalità e procedimenti normativamente prestabiliti (art. 1323 c.c.)».

[57] Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 138 ss.

contratto, tanto suppletiva quanto cogente, compiono le loro scelte e configurano l'operazione economica, regolandola, anche alla luce del quadro normativo applicabile.

Il vero punto di frizione tra le diverse teorie del contratto riguarda invece l'integrazione giudiziale, specie quella attuata mediante le clausole generali, prima tra tutte quella di buona fede e correttezza. Qui lo scontro ideologico tra la visione liberal-liberista e letture variamente ispirate a esigenze equitative, o comunque a ragioni di giustizia commutativa, diviene più acceso e allora la preservazione della portata normativa della volontà diventa funzione della preservazione dell'assetto di interessi delineato dalle parti da revisioni non prevedibili ad opera del giudice, dettate dalle specificità del singolo caso. Nella letteratura nordamericana – e prima ancora nel comune sentire degli ambienti anglo-americani – è forte la resistenza all'integrazione giudiziale[58] e ciò si è tradotto in una teoria dell'interpretazione di stampo testualista e poi in prassi di mercato preoccupate di rendere immune il contratto da revisioni giudiziali, tanto in sede integrativa, (v. le *merger clauses* in quanto applicazione della *parol evidence rule*[59]) quanto in sede di selezione del rimedio più adeguato (v. le *sole remedy clauses*)[60].

Va chiarito però il rapporto tra la connaturata e originaria normatività del contratto e il suo innesto all'interno dell'ordinamento giuridico. Prendendo a prestito un'espressione felice, bisogna evidenziare quale sia la dialettica tra libertà e autorità[61]. L'innesto determina la rilevanza sul piano ordinamentale della normatività del contratto e, pertanto, tale rilevanza è funzionale non già alla produzione degli effetti giuridici, i quali scaturiscono direttamente dal contratto, bensì al rafforzamento di tali effetti mediante i rimedi, giudiziali o stragiudiziali. Il riconoscimento della giuridicità da parte dell'ordinamento statuale, o sovra-nazionale, non è quindi funzionale a rendere vincolanti o normative le manifestazioni sociali dell'autonomia privata, ma soltanto a conferire loro quell'incremento o moltiplicazione di cogenza garantito dall'accesso alla giurisdizio-

---

[58] Cfr. Schwartz-Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, in *Yale L.J.*, 541 (2003), in part. 584 ss.

[59] Fuller-Eisenberg-Gergen, *Basic Contract Law*, St. Paul, 2013, 517; Murray, *Murray on contracts*, Newark, 2003, 431 ss. In Italia v. Castronovo, *Autonomia contrattuale e disponibilità dell'integrazione.* La *merger clause* dal diritto americano a quello italiano, Torino, 2017, 59 ss.; Foglia, *Il contratto autoregolato. Le merger clauses*, Torino, 2015, 11 ss.

[60] De Nova, *The Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*[5], Torino, 2024, 228 ss.; Gabrielli, *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali (Brevi spunti di riflessione sulla clausola di* exclusive remedy*)*, in *L'autonomia privata. Dal contratto alla crisi d'impresa*, Milano, 2021, 281 ss.; Cicconi, *Disponibilità ed esclusività dei rimedi contro l'inadempimento contrattuale*, Milano, 2020, 11 ss.

[61] Ferri, *Il negozio giuridico*, cit., 57 ss., in part. 69: «la relazione tra negozio e ordinamento statuale è, a ben vedere, espressione della relazione rea libertà (rappresentata dal negozio) e autorità (espressa dall'ordinamento statuale); cioè tra un sistema di valori (il negozio) espressione di specifici, circoscritti e personali interessi e un sistema di valori (l'ordinamento statuale), espressione di una visione generale e totalizzante la realtà sociale, in cui il negozio si inserisce come frammento minimo. I compiti che si prefiggono i due sistemi sono dunque profondamente diversi, sia da un punto di vista qualitativo, che da un punto di vista quantitativo».

ne e ai rimedi stragiudiziali[62]. L'incremento di cogenza dipende dalla possibilità di ricorrere all'apparato dei rimedi, invalidatori e contro l'inadempimento, messo a punto dall'ordinamento statuale, o sopranazionale, e dalla possibilità di adire la giurisdizione per l'accertamento dei propri diritti e per l'irrogazione dei provvedimenti di condanna o costitutivi cui mettono capo i rimedi sostanziali. Inoltre, l'ordinamento statuale mette a disposizione i procedimenti di attuazione forzata delle sentenze e degli altri titoli esecutivi, i quali poggiano sull'uso proporzionato e regolato della forza che l'ordinamento si riserva proprio per assicurare la coattività delle norme giuridiche. Tutto ciò si riflette sul grado di affidamento ingenerato dalla promessa in controparte: «per donare ai soggetti giuridici credibilità, credito, agibilità, la regola giuridica deve necessariamente cauzionarne le promesse e per cauzionare ogni promessa dovrà imporne l'adempimento»[63].

[62] Sia concesso il rinvio a Piraino, *Il negozio giuridico nel pensiero di Renato Scognamiglio e gli sviluppi verso una concezione normativa del negozio*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, I, 150 ss.

[63] Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, cit., 56.

Il romanzo e la legge: desiderio e morale nella cultura occidentale

Antonio Albanese
Prof. ord. dell'Università di Bologna

Sommario: 1. Dante e Shakespeare. – **2.** Cervantes. – **3.** Dostoevskij e Kafka (e un po' di Pirandello). – **4.** Hemingway. – **5.** Stendhal. – **6.** García Márquez (con un richiamo a Camus).

1. Dante e Shakespeare

L'idea centrale di Harold Bloom, celebre critico letterario statunitense, nella sua opera *Il canone occidentale*[1], è che Dante e Shakespeare siano i due pilastri fondamentali della letteratura dell'Occidente. Li presenta come due modelli opposti ma egualmente influenti sulla cultura e sulla psicologia umana. Ciò mi impone di menzionarli per creare un ponte verso gli altri autori.

Per Bloom, Dante rappresenta un universo morale strutturato e definito, dove il senso di giustizia e di ordine è assoluto. Nella *Divina Commedia*, Dante organizza il mondo in un sistema chiaro di premi e punizioni, offrendo una visione chiusa e stabile della moralità e del diritto divino. Ogni azione ha la sua conseguenza, e il lettore osserva un "universo chiuso" dove tutto è pianificato secondo un ordine cosmico.

In contrasto, Bloom descrive Shakespeare come un esploratore della mente umana nella sua complessità e nelle sue contraddizioni, senza giudicare né imporre una struttura morale rigida. Shakespeare crea personaggi che affrontano dilemmi etici senza risposte chiare, immergendosi nello smarrimento delle proprie passioni. Non c'è una giustizia divina che risolva tutto: l'ambiguità fa parte dell'esperienza umana.

[1] Bloom, *The Western Canon: The Books and School of the Ages*, New York, 1994.

Si tratta di due concezioni opposte del mondo: quella di Dante rappresenta un ordine morale assoluto; quella di Shakespeare, un'esplorazione della libertà e delle contraddizioni dell'essere umano.

Ho l'impressione che anche dalla prospettiva del lettore i due canoni occidentali siano molto diversi. Con Dante, il lettore si confronta con una figura di autorità: il genio fiorentino agisce quasi come un maestro o guida morale. Questa posizione di "guida" crea una certa distanza; il lettore riceve insegnamenti e si sottomette alla visione morale di Dante.

Al contrario, Shakespeare si relaziona con il lettore in modo molto più vicino e aperto. Non cerca di insegnare o imporre una verità morale; piuttosto, esplora le complessità della condizione umana attraverso personaggi pieni di contraddizioni, desideri e conflitti. Shakespeare permette al lettore di entrare nell'anima dei suoi personaggi e di vivere le loro emozioni, creando un legame che è meno autoritario e più partecipativo. Ci siamo tutti sentiti liberi di interpretare e vivere le esperienze di personaggi come Amleto, Lear o Macbeth in modo personale, senza un'"autorità" che ci suggerisse cosa pensare o provare.

Mi rendo conto che fin qui ho tracciato una raffigurazione sin troppo manichea: ridurre Dante a una sorta di "guida morale" e Shakespeare a un "compagno di viaggio" non rende giustizia alle mille sfaccettature e alle altrettante chiavi di letture di due geni insuperati. È vero che nella *Divina Commedia*, Dante crea un universo in cui le norme sono rigide, ma non va sottaciuto che quelle regole provocano nel lettore uno stato di perenne conflitto interiore tra legge e giustizia. La storia di Paolo e Francesca è, senza dubbio, una delle migliori per esplorare questo conflitto: la scena in cui Dante li incontra nel Canto V dell'Inferno è intensa e carica di ambiguità morale, perché Francesca racconta la sua storia d'amore proibito con Paolo in modo così emotivo e tragico da suscitare simpatia nel lettore, nonostante entrambi siano condannati per lussuria. Il conflitto nasce perché, anche se si presume che la pena sia giusta secondo la legge divina di Dante, la passione di Paolo e Francesca sembra trascendere quel giudizio. Ci porta a chiederci se la pena sia veramente proporzionata o se esista uno spazio per la compassione all'interno del diritto. D'altronde, lo stesso Dante resta talmente scosso che quasi sviene, il che mostra come anche per lui la forza dell'amore e della tragedia umana possa scuotere persino la certezza di una giustizia presumibilmente perfetta.

Neanche va sottaciuto il sistema delle eccezioni nel diritto della *Divina Commedia*[2]. Nell'Inferno, pur esistendo una struttura rigida di pene, Dante consente una certa flessibilità o eccezione nel suo giudizio morale. Per esempio, mostra compassione verso personaggi come Virgilio o gli "ignavi", che si trovano in un limbo di ambiguità morale, dove non c'è una condanna severa, ma una sorta di pena eccezionale. Questa idea delle eccezioni nel sistema divino riflette anche il modo in cui il diritto umano, a volte, ha bisogno di adattarsi a situazioni uniche o dilemmi morali complessi.

---

[2] Steinberg, *Dante e i confini del diritto*, Viella Editrice, 2016.

In Shakespeare, la morale e il diritto si incrociano in modo potente, specialmente in opere come *Amleto* e *Il mercante di Venezia*. In *Amleto*, il protagonista si trova ad affrontare una profonda crisi di giustizia: vuole vendicare la morte del padre, ma la natura della vendetta e il dubbio sul proprio ruolo generano in lui un conflitto morale che lo disorienta. Qui il giurista è costretto a domandarsi fino a che punto il desiderio di giustizia possa trasformarsi in un'ossessione distruttiva.

Come noto, però, è nell'opera *Il mercante di Venezia* che troviamo il caso giuridico più esplicito, nel tribunale di Shylock. Il contratto tra Shylock e Antonio, nel dramma (scritto probabilmente tra il 1596 e il 1598), è formalmente valido: redatto tra due parti capaci, liberamente consensuale, con un oggetto determinato — una libbra di carne del corpo di Antonio — come garanzia in caso di inadempimento. Una clausola cruda e disumana, ma firmata. Quando Antonio non riesce a saldare il debito, Shylock non chiede denaro né risarcimento, ma l'esecuzione letterale del patto: rivendica quella libbra di carne, invocando la giustizia del diritto, la forza della parola data.

È in questo momento che Shakespeare ci pone di fronte a una domanda cruciale: può il diritto, in nome della coerenza formale, diventare uno strumento di crudeltà? Fino a che punto un contratto, anche se valido, merita tutela?

Il giudizio del Doge, affidato alla giovane Porzia travestita da giurista, ribalta il destino del contratto. Porzia, pur riconoscendone la validità formale, applica un'interpretazione formalista ma eticamente orientata: concede a Shylock il diritto di estrarre la carne, ma senza versare una sola goccia di sangue, pena la condanna. Così facendo, svuota il contratto della sua eseguibilità materiale, rivelandone l'illegittimità morale.

Qualsiasi giurista contemporaneo invocherebbe subito la nullità del contratto per illiceità dell'oggetto (i patti che ledono l'integrità fisica sono nulli) e per violazione dell'ordine pubblico e del buon costume. Nessun tribunale moderno approverebbe quel contratto. Tuttavia, nel contesto della Venezia shakespeariana (e della sua allegoria morale), il dramma risiede proprio nel conflitto tra la legge come strumento di vendetta (Shylock) e la legge come espressione di equità (Porzia).

Shakespeare, con quest'opera, dimostra che in ogni epoca e in ogni ordinamento giuridico il contratto è una proiezione della coscienza morale collettiva. La nozione di "buon costume" è un concetto sociale prima che giuridico: la sua definizione evolve con il mutare della coscienza collettiva. Con occhi da giurista, ne *Il mercante di Venezia*, ciò che è veramente in gioco è il rapporto tra diritto e morale: fino a che punto un ordinamento può (e deve) negare tutela giuridica per ragioni etiche?[3].

[3] Tra gli scrittori-giuristi contemporanei, mi sia consentito menzionare Rigel Bellombra, il quale nella satira distopica *L'abrogazione dell'amore. Cronaca imparziale del 2038 e di come la legge sconfisse il diritto*, Edizioni Il Viandante, 2020, esplora il conflitto tra giuspositivismo e giusnaturalismo. Ambientata in un'Italia del futuro, la storia immagina una legge che proibisce l'amore, mettendo in luce le tensioni tra legalità formale e principi morali universali. Nel romanzo, il giuspositivismo è incarnato da un sistema legislativo che, pur essendo formalmente corretto dal punto di vista procedurale, produce norme profondamente ingiuste. La "legge che cancella l'amore" viene

La moralità è un parametro dinamico, modellato dalla coscienza collettiva; l'irrigidimento della norma può generare ingiustizie, ma la sua erosione indiscriminata ne annulla la funzione dissuasoria. La soluzione risiede nell'equilibrio, affidato al giudice: selezionare con attenzione i casi di vera immoralità, distinguere l'illiceità etica da quella formale, applicare le regole restitutorie con proporzionalità.

Tuttavia, non solo nella narrativa, ma anche nella letteratura giuridica mondiale, la tensione tra contratto e morale ha generato riflessioni profonde e variegate.

Nei paesi di *civil law* continentale (Francia, Italia, Germania, Spagna), il diritto tende ad assumere la morale come criterio integratore o come limite esterno, attraverso clausole generali come la buona fede, il buon costume o l'ordine pubblico.

Nei paesi di *common law* (Regno Unito, Stati Uniti, Canada), il diritto è più formalista, ma la morale vi entra attraverso l'*equity*, la nozione di *unconscionability*, il concetto di *fairness* o di *public policy*.

Nei paesi a tradizione mista o postcoloniale (America Latina, India, Sudafrica), il diritto oscilla tra modelli europei ereditati e norme consuetudinarie locali, spesso più morali che legali.

Tanto nel diritto quanto nella letteratura, vincolare o sciogliere una promessa, dichiarare lecito o illecito un patto, significa decidere se la volontà privata possa infrangere un valore collettivo. In definitiva, la questione che genera maggior disorientamento si risolve nel dubbio, tanto dei narratori quanto dei giuristi, non sull'ingresso della morale nel contratto, ma su quale morale e con quali strumenti giuridici.

L'analisi comparata giuridica e letteraria dimostra che il diritto contrattuale è sempre un diritto morale, anche quando lo nega. Diritto e letteratura convergono nel riconoscere che la forza obbligatoria del contratto dipende, in ultima analisi, dalla sua legittimità etica.

Shakespeare ci mostra come il diritto, quando applicato senza umanità, possa essere fonte di disorientamento e tragedia; il che si ricollega alle inquietudini che troviamo in Cervantes.

---

approvata secondo regole democratiche, ma impone restrizioni draconiane: vieta baci e abbracci, penalizza le relazioni affettive e impone un registro obbligatorio per i rapporti sessuali. A opporsi a questo regime vi sono i "ribelli dell'amore", portavoce del giusnaturalismo, che rivendicano l'esistenza di diritti inalienabili, come quello di amare, che nessuna legge positiva può sopprimere. La loro resistenza mette in luce la tensione tra legalità e legittimità, tra ciò che è imposto dalla legge e ciò che è moralmente giusto. Bellombra usa la satira per smascherare le contraddizioni di una società che privilegia la forma alla sostanza, e mostra come la mancanza di pensiero critico e l'accettazione passiva delle norme possano condurre alla soppressione delle libertà individuali.

2. Cervantes

Cervantes gioca con l'idea di giustizia e realtà attraverso la follia di don Chisciotte. Il protagonista, convinto di essere un cavaliere medievale, applica una sua personale versione della giustizia, completamente scollegata dalla realtà sociale e giuridica del suo tempo. Questo scollamento genera smarrimento sia nei personaggi che lo incontrano sia nel lettore, poiché don Chisciotte agisce seguendo i suoi ideali di onore e giustizia, anche quando appaiono assurdi.

Possiamo quindi affermare, da giuristi, che Cervantes usi don Chisciotte per mettere in discussione il sistema legale della sua epoca? Ad esempio, quando il protagonista libera un gruppo di prigionieri nella "avventura dei galeotti" (cap. XXII, parte prima), lo fa perché ritiene ingiusto il loro castigo, senza comprenderne le ragioni di fondo. Questo gesto sfida l'autorità del sistema giudiziario e mostra come l'idealismo donchisciottesco possa entrare in conflitto con le leggi.

Profondità e ironia. La vita stessa di Cervantes è un riflesso dell'ingiustizia, il che conferisce alla sua opera una profondità unica e alla sua personalità, verosimilmente, un'autoironia imbracciata a mo' di scudo. Fu soldato e combatté nella celebre battaglia di Lepanto, dove fu ferito e perse l'uso della mano sinistra, guadagnandosi il soprannome di "il monco di Lepanto". Più tardi, durante un viaggio di ritorno in Spagna, fu catturato da pirati e trascorse cinque anni come schiavo ad Algeri, un'esperienza che certamente lo segnò e che riflette il caos e l'assenza di giustizia del suo tempo. Tornato in Spagna, affrontò difficoltà legali ed economiche, compresi diversi periodi in carcere. Tutto ciò gli diede una prospettiva unica sull'assurdità della vita, che trasfuse nel *Don Chisciotte*. È naturale immaginare che le disavventure e le ingiustizie vissute influenzarono la sua visione critica e ironica della società e del diritto.

3. Dostoevskij e Kafka (e un po' di Pirandello)

Anche la vita di Dostoevskij fu segnata da esperienze che si riflettono nei temi delle sue opere. Fu condannato a morte per le sue idee politiche, e benché la pena fu poi commutata nei lavori forzati in Siberia, quell'esperienza lo trasformò profondamente. La sofferenza, la colpa e il perdono diventarono temi centrali della sua scrittura, come emerge chiaramente da *Delitto e castigo*. La sua esistenza tormentata da debiti e difficoltà economiche può essere collegata al dilemma morale di Raskòl'nikov, che tenta di giustificare il suo crimine come via d'uscita dalla miseria. Dostoevskij visse sulla propria pelle lo smarrimento, che riecheggia nei suoi personaggi, soprattutto nei conflitti interiori tra bene e male, colpa ed espiazione.

La storia di Raskòl'nikov è una profonda esplorazione della colpa, della giustizia e dell'autoinganno. Il suo omicidio, che cerca di giustificare attraverso una teoria morale personale, lo trascina in uno conflitto esistenziale e psicologico continuo. La punizione che subisce non deriva solo dalla legge, ma soprattutto dal tormento interiore, sollevando una discussione affascinante sulla giustizia e la redenzione. *Delitto e castigo* mostra come

il protagonista diventi il proprio giudice e carnefice, in un percorso che lo conduce a una sorta di pena interiore ben prima del confronto con la legge.

Un'altra opera di Dostoevskij che affronta questioni di giustizia è *L'idiota*, in cui il principe Myškin incarna una sorta di purezza morale fuori luogo nel mondo corrotto e cinico che lo circonda, tant'è che egli, pur nella sua bontà, è respinto dalla società e visto come un'"anomalia".

Uno dei momenti chiave dell'opera è il processo a Rogožin, accusato dell'omicidio di Nastas'ja Filippovna. Anche se si tratta di un episodio secondario nella trama, rappresenta una riflessione sulla giustizia formale e la sua incapacità di cogliere la verità e la complessità dell'umano. Dostoevskij usa il processo come allegoria della fragilità della giustizia legale, mostrando come le norme e i procedimenti giuridici spesso siano inadeguati di fronte alla complessità e alla crudeltà della natura umana.

Un altro tema rilevante in *L'idiota* è il conflitto tra moralità e diritto positivo. Myškin, con la sua bontà e ingenuità, rappresenta un ideale di giustizia e moralità, ma si confronta con un sistema giuridico e sociale che spesso si rivela ingiusto e crudele.

Ci sono almeno altre due opere che aggiungono una dimensione di sfida alle norme.

La prima è *I fratelli Karamazov*, soprattutto per la sua esplorazione della libertà, della responsabilità e del dilemma tra bene e male. La celebre "Leggenda del Grande Inquisitore", contenuta nel romanzo, mette in discussione il senso della giustizia divina e umana, ponendo dilemmi sulla libertà e la morale. Merita inoltre una menzione *Memorie dal sottosuolo*. Sebbene sia un'opera breve, presenta il monologo di un uomo che rifiuta la logica della società e del progresso, scegliendo il caos e l'irrazionalità come forma di sfida alle norme. Questo testo esprime uno smarrimento esistenziale profondo e offre una critica alla razionalità e alle norme imposte. Tale smarrimento ricorda la narrativa di Luigi Pirandello: entrambi gli autori condividono una sensibilità verso la crisi del senso, il conflitto d'identità e l'incertezza morale, anticipando le concezioni postmoderne del diritto, in cui la verità non è univoca e il soggetto è frammentato.

Pirandello mette in crisi i fondamenti del diritto come sistema di ordine e di definizione dell'identità personale. In *Uno, nessuno e centomila* (1926), il protagonista Vitangelo Moscarda si confronta con una molteplicità di immagini di sé che lo conducono alla dissoluzione della propria identità. Questa frammentazione soggettiva entra in tensione diretta con l'esigenza del diritto di definire l'individuo attraverso categorie fisse come il nome, lo stato civile o la professione. In *Il fu Mattia Pascal* (1904), la scomparsa giuridica del protagonista rivela la dimensione fittizia dello *status* legale: cessando di esistere amministrativamente, Mattia diventa un "fantasma giuridico", escluso dal matrimonio, dalla proprietà, dai diritti civili. Entrambe le opere mostrano come la normatività giuridica, nel tentativo di fissare un'identità stabile e coerente, si scontri con la natura ambigua e mobile del soggetto moderno. Pirandello, in questo senso, anticipa una riflessione critica sul rapporto tra diritto e identità, rivelando i limiti delle categorie legali di fronte alla fluidità dell'esperienza individuale.

Se in Dostoevskij l'anima invoca giustizia di fronte a una legge che non raggiunge l'abisso umano, e in Pirandello il soggetto si dissolve in maschere giuridiche che occultano la verità, in Kafka la legge diventa un labirinto senza uscita.

Kafka riconosceva l'influenza di Dostoevskij e si sentiva legato ai temi da lui trattati. In una lettera al suo amico ed editore Max Brod, Kafka scrisse di sentirsi profondamente identificato con Dostoevskij, in particolare per la profondità psicologica dei suoi personaggi e l'esplorazione di colpa, angoscia e alienazione – temi centrali per entrambi. Vari studiosi hanno evidenziato questo legame letterario e tematico. Ad esempio, il ricercatore Guillermo Sánchez Trujillo ha analizzato come Kafka, influenzato da Dostoevskij, abbia incorporato elementi simili nella propria narrativa[4].

Parra Valencia, nell'articolo *Franz Kafka e il complesso di Caino*[5], spiega che Kafka considerava Dostoevskij un "fratello di sangue" e basava gran parte della propria produzione letteraria sull'opera dello scrittore russo. Questa relazione si riflette nel modo in cui entrambi trattano colpa e giustizia, anche se Kafka rielabora questi temi a partire dalla narrazione biblica di Caino e Abele.

Il processo[6] è forse l'opera kafkiana più emblematica dello smarrimento di fronte a un sistema legale oppressivo e burocratico. Kafka illustra come il diritto possa trasformarsi in una trappola assurda e alienante.

Tra le scene più significative vi è quella iniziale, in cui degli agenti arrivano ad arrestare Josef K. nella sua abitazione senza spiegargli il motivo. Questo evento stabilisce fin da subito il tono assurdo e disorientante dell'intera vicenda: Josef K. non sa nemmeno di cosa è accusato, e gli agenti mostrano una sorta di indifferenza. È l'illustrazione perfetta di un sistema che agisce senza logica apparente.

Un altro episodio importante è la visita di Josef K. agli uffici giudiziari. Lì trova un ambiente caotico e soffocante, pieno di documenti e archivi destinati a perdersi in un labirinto burocratico. I funzionari stessi sono intrappolati nel sistema quanto lui, rafforzando l'idea che nessuno – nemmeno chi ne fa parte – capisce davvero come funzioni. È una rappresentazione del diritto come macchina cieca, disumanizzata.

Infine, merita menzione la parabola *Davanti alla legge*, posta verso la fine del romanzo. Un uomo passa tutta la vita cercando di accedere alla legge, ma un guardiano glielo impedisce, dicendogli che "forse più tardi" potrà entrare. Alla fine, l'uomo muore senza aver ottenuto accesso, e il guardiano chiude la porta, che era destinata solo a lui. Questa parabola racchiude il senso profondo di smarrimento e impotenza di fronte alla giustizia inaccessibile.

---

[4] L'articolo di Nelson Fredy Padilla, pubblicato su *El Espectador* il 5 dicembre 2009, racconta la storia di Guillermo Sánchez Trujillo, un professore colombiano che ha dedicato più di 40 anni allo studio delle opere di Franz Kafka. Sánchez ha scoperto sorprendenti connessioni tra *Il processo* di Kafka e *Delitto e castigo* di Fëdor Dostoevskij, e sostiene che il romanzo di Kafka sia in realtà una rielaborazione del racconto russo. Nonostante le difficoltà nel pubblicare la sua ricerca, il suo lavoro è stato elogiato da scrittori come Tomás Eloy Martínez, che lo ha definito una scoperta profonda e innovativa. Cfr. *El Espectador* – "*Un colombiano ha decifrato l'enigma di Kafka*", Nelson Fredy Padilla, 5 dicembre 2009.

[5] Parra Valencia, *Franz Kafka y el complejo de Caín*, in *Agenda Cultural Alma Máter*, 2015.

[6] Kafka, *Der Prozeß* (Herausgegeben von Max Brod) Die Schmiede, Berlin, 1925.

Tutto il romanzo è pervaso da un'atmosfera opprimente e surreale che ci viene restituita visivamente nell'omonimo film di Orson Welles.

Il desiderio di Kafka che le sue opere non fossero pubblicate è altrettanto significativo. Quella insicurezza e diffidenza verso la propria creazione testimoniano che uno dei più grandi scrittori della storia era intrappolato, proprio come i suoi personaggi, nelle spire del dubbio. Non ebbe dubbi invece, per nostra fortuna, il suo amico Max Brod, nel disubbidire alla sua prescrizione di distruggere tutti i suoi scritti[7].

4. Hemingway

L'esistenza di Hemingway fu segnata da esperienze estreme e drammatiche: fu corrispondente di guerra, visse numerosi conflitti e tragedie, subì gravi ferite, e verso la fine della sua vita fu colpito da gravi problemi di salute fisica e mentale. Una continua lotta personale, ben visibile nei suoi personaggi. Hemingway cercava intensità e significato in ogni aspetto della vita: nelle relazioni, nelle avventure, nei suoi viaggi. Ma questa ricerca lo portava anche a confrontarsi in modo crudo con la propria vulnerabilità e con l'idea della morte. I suoi viaggi, le sue passioni, i suoi momenti di pericolo gli offrivano sollievo temporaneo, ma alla fine sembravano incapaci di colmare quel vuoto esistenziale.

La decisione di porre fine alla sua vita fu forse la manifestazione estrema di una sensazione di perdita di controllo e di senso, che né la legge né la società seppero placare. Hemingway rifletté questa lotta in personaggi come Jake in *Fiesta*, uomini che si muovono tra coraggio e disperazione, alla ricerca di significato in un mondo che sembra disfarsi.

Fiesta (o *The Sun Also Rises*) riflette un vuoto che non riguarda solo il diritto, ma la perdita di un orientamento generale, soprattutto nel contesto della "Generazione Perduta" dopo la Prima Guerra Mondiale. È probabilmente l'opera in cui Hemingway meglio rappresenta un'intera generazione: la perdita di riferimenti morali, la crisi dell'autorità, la disillusione verso la struttura sociale.

Il viaggio dei protagonisti in Spagna e la loro immersione nel mondo delle corride simboleggiano la ricerca di un significato più autentico in un mondo ormai privo di senso. La Spagna descritta in *Fiesta* offre loro una realtà intensa, dove vita e morte si manifestano in modo diretto, soprattutto nella corrida, metafora di coraggio e confronto con il destino. La corrida diventa un rito di autenticità, un'espressione concreta del vivere il presente con consapevolezza della morte.

Jake e i suoi amici, dopo aver perso ideali e obiettivi, trovano nella Spagna un luogo che, seppur brutale, è carico di significato – qualcosa che la loro Parigi svuotata di senso non riesce più a offrire.

---

[7] Lo stesso è di recente accaduto con l'ultima opera di García Márquez, *Ci vediamo in agosto*: anche lui aveva lasciato istruzioni ai figli perché la distruggessero. V. *infra* ult. par.

Uno degli episodi più emblematici è la corrida di Pamplona, dove i protagonisti restano affascinati dal torero Pedro Romero. La tensione tra vita e morte si esprime nella sua forma più pura, quasi rituale. Per Jake, che ha perso parte della sua identità e virilità a causa delle ferite di guerra, Romero rappresenta ciò che lui stesso anela: autenticità e coraggio nel vivere.

Un altro momento di profondo disorientamento è il rapporto tra Jake e Brett. Il loro amore è impossibile a causa dell'impotenza di Jake, simbolo della perdita di pienezza e senso nelle loro vite. Entrambi cercano conforto e affetto, ma restano imprigionati in un ciclo di desiderio e frustrazione, riflesso dello smarrimento dell'intera generazione.

5. Stendhal

Un esempio opposto a quello di Hemingway, sul piano giuridico-letterario, è Stendhal.

La vita di Stendhal fu, per molti aspetti, meno caotica e drammatica rispetto a quella di Cervantes, Dostoevskij, Kafka o Hemingway. Tuttavia, anch'egli visse una forma di conflitto, specialmente nel rapporto con la propria identità e con la società del suo tempo. Sebbene non affrontò drammi personali o giudiziari così intensi, Stendhal visse in uno stato di disconnessione e di critica verso il mondo che lo circondava.

Il suo scetticismo e la visione critica della società francese si riflettono nelle ambizioni e nei conflitti di Julien Sorel in *Il rosso e il nero*[8].

Julien, proveniente da una famiglia umile, nutre un desiderio profondo di affrancarsi dalla sua condizione e raggiungere una posizione di potere e prestigio. Per ottenere ciò, manipola le convenzioni sociali e gioca con le aspettative altrui. Usa la religione come strumento di ascesa sociale, ma la sua fede è più calcolo che convinzione autentica, il che lo rende un personaggio ambivalente e contraddittorio, in costante conflitto con la società che lo circonda. La sua intelligenza e la sua ambizione si scontrano con le norme e le ipocrisie di un'epoca dominata dalla rigida stratificazione sociale.

La legge, ne *Il rosso e il nero*, appare come uno strumento al servizio dei potenti. La giustizia, lungi dall'essere imparziale, è influenzata dalle relazioni sociali e dalle convenzioni del tempo.

La società descritta da Stendhal è pervasa da una profonda ipocrisia: i personaggi, esteriormente virtuosi, celano spesso segreti oscuri e motivazioni egoistiche.

La vicenda di Julien culmina in un atto di violenza che mette a nudo la fragilità delle strutture sociali e l'impossibilità di sfuggire al proprio destino.

Il desiderio di rivincita sociale di Julien Sorel e il suo conflitto con la legge sono una metafora della condizione umana in una società segnata da diseguaglianze e ingiustizie.

---

[8] Stendhal, *Le Rouge et le Noir. Chronique du XIXe siècle*, Paris, 1830.

Nel caso di Stendhal, l'inadeguatezza delle strutture legali non si manifesta in drammi personali intensi, bensì in una critica lucida e razionale alla società e alle sue norme, in particolare alle leggi e alla impalcatura sociale del suo tempo.

6. García Márquez (con un richiamo a Camus)

In *Cronaca di una morte annunciata*[9], Gabriel García Márquez rappresenta il diritto come una vuota formalità: tutto il villaggio sa che un omicidio sta per avvenire, ma la giustizia non riesce a evitarlo, generando un misto di smarrimento e fatalismo. Qui, il sistema giudiziario e la società nel suo insieme si rivelano impotenti, prigionieri di un'inerzia che produce un disorientamento profondo. È una critica al vuoto e alla passività del diritto, incapace di proteggere la vita o di incarnare la giustizia. Márquez mostra una legge svuotata e sottomessa alle regole arcaiche della comunità. Il pensiero va a *Lo straniero* di Albert Camus[10], sebbene la legge denunciata dallo scrittore francese travalichi il diritto e diventi giudizio etico sull'essere umano. Se Márquez mostra un delitto come esito di un destino corale e di norme sociali opprimenti, Camus rappresenta l'omicidio come atto assurdo, che rivela l'estraneità dell'individuo al mondo e alla morale convenzionale: Meursault uccide quasi per caso, dominato dall'assurdità e dall'indifferenza esistenziale. Il processo non riguarda tanto il crimine, quanto la sua incapacità di conformarsi alle aspettative morali e sociali. Mentre in *Cronaca di una morte annunciata* la legge è impotente e assente, in *Lo straniero*, la legge si fa strumento di giudizio morale: Meursault non viene processato solo per l'omicidio, ma per la sua indifferenza, la mancanza di lacrime al funerale della madre, il suo essere "straniero" alle convenzioni sociali. La giustizia si confonde con la morale borghese, punendo non tanto il reato quanto la sua incomprensibile estraneità.

Nel recente *Ci vediamo in agosto*[11], romanzo incompiuto, García Márquez affronta temi come l'amore, il tempo e la memoria in modo più intimo. Anche in quest'ultima opera, il maestro colombiano continua a indagare la fragilità e la complessità dei rapporti umani. Si percepiscono, va detto, alcune ombre di imprecisione, segnali discreti di una lucidità che iniziava a svanire, come se la sua voce letteraria provenisse da un luogo più lontano, più velato. Ma allo stesso tempo si avverte tutta la poesia della sua scrittura. Si vive il suo smarrimento... e ci si chiede fino a che punto, mentre scriveva, egli fosse cosciente del proprio stesso disorientamento. E, ponendoci questa domanda, ne nasce un'altra: qual è il nostro personale smarrimento?

Ed è proprio qui che si rivela la grandezza della letteratura: l'arte che ci ricorda la nostra natura più fragile, potente e umana.

---

[9] García Márquez, *Crónica de una muerte anunciada*, Bogotá, 1981.
[10] Camus, *L'Étranger*, Paris, 1942.
[11] *En agosto nos vemos*, Colombia, 2024.

I romanzi ci permettono di vivere molte vite in una sola, attraverso le vite degli altri. E così facendo, la letteratura allunga la nostra esistenza e approfondisce quello stato di costante smarrimento che permette a ciascuno di incontrare se stesso, morire molte volte in un'unica vita, e rinascere più volte per continuare a vivere e a morire. Che nella vita si debba morire più volte, d'altra parte, è sempre la letteratura ad avercelo insegnato, e lo ha fatto proprio, come in un legame definitivo e indissolubile, chiamando in causa la legge: con le parole che ne *Il giardino dei Finzi Contini*, Giorgio Bassani fa pronunciare al padre di Giorgio, nel tentativo di consolare suo figlio dopo un dolore esistenziale: «Nella vita, se uno vuol capire, capire sul serio come stanno le cose di questo mondo, deve morire almeno una volta. E allora, dato che la legge è questa, meglio morire da giovani, quando uno ha ancora tanto tempo davanti a sé per tirarsi su e risuscitare... Capire da vecchi è brutto, molto più brutto»[12].

[12] Nell'omonimo film di Vittorio De Sica (1970), la scena è semplificata ma mantiene la medesima intenzione consolatoria. La frase viene detta da Lino Capolicchio (nel ruolo del padre nel flashback o del narratore in voce fuori campo): pur non essendo testualmente identica, conserva il nucleo. Il doppiaggio italiano recita: «Nella vita, se uno vuol capire. capire sul serio come stanno le cose, deve morire almeno una volta. E allora... meglio morire da giovani».

Verità, memoria, oblio

Mauro Grondona intervista Vincenzo Cuffaro, Tommaso Edoardo Frosini, Teresa Grande

A partire dal numero due di *Accademia*, Roberto Conti ha avviato un ciclo di ampie e corpose interviste tutte dedicate all'approfondimento di alcune possibili declinazioni del tema 'verità e diritto'. Il percorso – scandito nelle tappe 'Verità e Costituzione' (intervista a Antonio Ruggeri), 'I civilisti e la verità' (intervista a Aurelio Gentili e Renato Rordorf), 'Verità e relazioni familiari' (intervista a Gabriella Luccioli e Michele Sesta), 'Aiace e il mondo del diritto' (dialogo con Veronica Milone, Rita Russo e Antonio Balsamo) – giunge ora a conclusione e, raccogliendo il testimone, mi è sembrato interessante affrontare un ulteriore profilo, 'verità, memoria, oblio', che assai bene si presta a essere oggetto di un'analisi in prospettiva interdisciplinare, mostrando come i confini tra diritto privato, diritto pubblico e sociologia del diritto (ma l'enumerazione potrebbe certo continuare), se esistono, hanno una rilevanza, appunto, più prospettica che sostanziale.

Mi limito allora a sottolineare che, nel momento in cui l'ordinamento giuridico è chiamato alla tutela di un aspetto riconducibile alla persona e alla personalità del soggetto, la logica della fattispecie cede di fronte alla logica del bilanciamento; in tutti i casi (ed esemplarmente in quello del diritto all'oblio) in cui l'oggetto di tutela sia un diritto della personalità (e quindi la dimensione esistenziale della persona, non solo rispetto a sé stessa ma rispetto agli altri, alla collettività, e nei suoi rapporti con la collettività), il contenuto del diritto e le forme di tutela di esso sono funzione del contesto sociale, che in questo senso opera non quale recettore ma quale produttore di giuridicità, proprio perché la piena tutela giuridica della dimensione intima (una dimensione intima che assume però rilevanza sociale) è una manifestazione di quella 'giustizia esistenziale' e di quella 'ontologia sociale della soggettività individuale' che sono oggi al centro di una riflessione trasversale (penso in particolare a due già ampiamente noti e discussi volumi: Bruce Ackerman, *The Postmodern Predicament. Existential Challenges of the Twenty-First*

Century, Yale Univ. Press, New Haven & London, 2024, e Lowry Pressly, *The Right to Oblivion. Privacy and the Good Life*, Harvard Univ. Press, Cambridge, Mass.-London, Engl., 2024), e quindi necessariamente prospettica, tra filosofia e politica.

M.G. *Partiamo da una domanda ampia, in modo da mettere in evidenza non solo gli aspetti centrali del cosiddetto diritto all'oblio ma anche le intersezioni tra questi aspetti centrali. E quindi: da dove nasce il diritto all'oblio, qual è la collocazione di questo diritto all'interno dell'ordinamento giuridico italiano e quali sono gli specifici obiettivi che una tale figura giuridica ha inteso perseguire e raggiungere? E quali sono (se ve ne sono) gli elementi di criticità di tale figura?*

V.C. Mi viene in mente il titolo con il quale è noto in Italia un film di Hitchcock degli anni '50, direi: il diritto che visse due volte.

In effetti, se la domanda, là dove interroga sul 'luogo' in cui nasce il diritto all'oblio, volesse intendersi come richiesta di indicare uno specifico riferimento al diritto positivo, la risposta sarebbe semplice giacché, sul piano delle regole, il sintagma 'diritto all'oblio' appare, seppure tra parentesi, nella rubrica dell'art. 17 del Regolamento UE 2016/679.

Ma una risposta siffatta sarebbe non solo banale, ma soprattutto inveritiera, perché prima dell'entrata in vigore del Regolamento UE del 2016 il sintagma 'diritto all'oblio' non era affatto sconosciuto alla letteratura giuridica italiana. Infatti, viene usato a partire dagli anni '80 del secolo scorso, collocato nell'ambito del più vasto dibattito che in quel torno di tempo ha ad oggetto il fenomeno dell'informazione. Emblematico, al riguardo, è il titolo del noto saggio che Giovanni Battista Ferri dedica all'argomento sulla 'Rivista di diritto civile' del 1990: 'Diritto all'informazione e diritto all'oblio', nel quale è posta in luce la logica correlazione tra i due diritti, ed è altrettanto significativo che nel marzo 1997 un Convegno di studi sia dedicato proprio al tema 'diritto all'oblio' (gli atti del Convegno di Camerino saranno poi pubblicati nel 1999, a cura di E. Gabrielli).

Sia chiaro, l'informazione di cui allora si discorreva era l'informazione data e attinta dai mezzi di comunicazione di massa, stampa e televisione, ed è rispetto a quel modello di informazione che il tema oblio emergeva e costituiva declinazione di un altro diritto, cioè del diritto alla riservatezza. Il diritto alla riservatezza aveva trovato riconoscimento nel nostro ordinamento domestico anche in assenza di un'esplicita enunciazione normativa ma solo prendendo coscienza della portata del dettato costituzionale. Al riguardo, volendo ancora una volta prestare attenzione ai titoli, mi sembra significativo rilevare come proprio nel saggio che viene giustamente indicato come il testo che inaugura quella che oggi chiameremmo lettura costituzionalmente orientata sui diritti della persona (il riferimento è al saggio di G. Giampiccolo pubblicato sulla 'Civile' del 1958) il sintagma diritto alla riservatezza sia preceduto da un timido 'cosiddetto'.

Nell'ultimo quarto del '900, il diritto all'oblio indica dunque quel particolare aspetto, quel particolare atteggiarsi del diritto alla riservatezza nel quale acquista rilievo l'interesse ad essere dimenticati; espressione, segnata dal tratto diacronico, dell'interesse ad essere lasciati soli. Quando la persona invocava l'oblio prospettava la lesione della propria riservatezza non rispetto alla divulgazione, alla cronaca di vicende attuali cui i

media prestavano attenzione nella contemporaneità, bensì lamentava che avvenimenti avvenuti nel passato, ed allora oggetto di (legittima) attenzione dei media, erano di nuovo portati all'attenzione del pubblico, benché proprio la risalente dimensione temporale avrebbe dovuto giustificare che su di essi calasse il silenzio. In altre parole, quando rivendicava il diritto all'oblio l'individuo non intendeva negare di essere stato protagonista di fatti accaduti in passato, né smentire che su quei fatti a suo tempo non vi era stata ragione di invocare il riserbo, intendeva piuttosto prospettare l'irrilevanza di quegli accadimenti trascorsi rispetto al presente della persona, chiedendo dunque la tutela della propria identità personale. Diritto alla riservatezza, diritto all'identità personale, diritto all'oblio: a ben vedere, non una pluralità di diritti, quanto un diverso modo di esprimere quell'unitario diritto della personalità che appunto nella norma costituzionale trova chiaro fondamento ed al quale la giurisprudenza aveva somministrato tutela prestando attenzione ai diversi profili via via emersi nelle singole controversie.

Ma questo, verrebbe fatto di dire, è il passato. Un passato che va ricordato sia perché credo che i temi allora discussi siano in buona parte ancora attuali, sia perché consente di comprendere meglio la nuova vita del diritto all'oblio.

Mi spiego. Il quadro ora tracciato certamente cambia con il cambiare della realtà fenomenica in un momento che, con una qualche semplicistica approssimazione, potremmo collocare a cavallo del nuovo millennio. Non si tratta di una sorta di millenarismo, ma della constatazione che il mondo dell'informazione muta all'inizio del XXI secolo con il diffondersi di internet e con un generale accesso al web. L'informazione o, meglio, l'attività di informazione continua nelle forme per così dire tradizionali, e anzi si arricchisce delle nuove forme della diffusione on line dei giornali e dei periodici, ma, parallelamente al realizzarsi della rivoluzione digitale dei media, anche per i diritti della persona si assiste ad una rivoluzione, con l'irrompere nel sistema della disciplina sulla protezione dei dati personali.

La disciplina, ora portata dal regolamento UE/2016/679 e dal d.lgs. n. 196/2003, c.d. codice privacy, registra, sul piano del linguaggio delle regole, una sorta di trasmutazione alchemica: le notizie, le immagini, le narrazioni sulla persona, cioè ogni informazione che riguarda la persona diviene 'dato personale' ed è nella assai ricca disciplina ricavabile da tali fonti che figura anche il diritto alla cancellazione dei dati. In effetti, il diritto alla cancellazione era espressamente enunciato già nella legge n. 675/1996, che aveva inaugurato il tema della tutela della persona rispetto al trattamento dei dati, ma è nel Regolamento e segnatamente nella rubrica dell'art. 17 che la formula 'diritto all'oblio' appare, seppure tra parentesi e seppure solo nella rubrica.

Il diritto all'oblio, a voler leggere l'art. 17 del Regolamento ignorando le esperienze giurisprudenziali e normative precedenti, è pretesa ad ottenere la cancellazione dei dati, quando ricorrano le ipotesi di cui al paragrafo due e sempre che non sussistano le esimenti di cui al paragrafo tre, da far valere sul piano oggettivo, senza che la negazione della memoria assuma alcuna valenza etica. Nell'algido linguaggio del Regolamento il diritto all'oblio è annoverato tra gli altri diritti riconosciuti all'interessato e riassumibili nell'enunciato dell'art. 5 del medesimo Regolamento, per cui la circolazione delle informazioni riguardanti la persona deve rispettare i principi di liceità, correttezza e trasparenza.

Dunque, e con una consapevole semplificazione, potrebbe dirsi che la pretesa alla cancellazione ha motivo di essere riconosciuta ogni qual volta il trattamento sia *lato sensu* illecito, ma per stabilire la illiceità occorre verificare che non sussista una delle esimenti previste dalla medesima disposizione: non v'è illecito se il dato personale (l'informazione risalente nel tempo sulla persona) viene trattato per esercitare il diritto di libertà di espressione e di informazione. Il discorso torna così al punto di partenza. La pretesa della persona a che certe informazioni che la riguardano (dati personali) e appartenenti al passato siano cancellate, in tanto può essere accolta, e quindi tutelato il diritto alla cancellazione, il diritto all'oblio, in quanto non sia acclarato che la diffusione del dato personale 'risalente' avvenga nell'esercizio del diritto di cronaca.

C'è un aspetto ulteriore da segnalare: mentre il termine diffusione fa pensare all'attività del giornalista di riferire ora fatti (e quindi dati personali) accaduti e già diffusi nel passato, nel web i dati sono e restano depositati negli archivi digitali e quindi accessibili direttamente con una navigazione tra i vari siti. Aspetto questo certo non secondario e tale da spiegare come la tutela dell'oblio, ove riconosciuta, si realizzi impedendo ai navigatori nel web di raggiungere l'archivio: è la deindicizzazione cui ha dato voce la giurisprudenza a partire dalla decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sul caso Google Spain.

M.G. *E nella prospettiva costituzionalistica che cosa, in particolare, emerge?*

T.E.F. Nella prospettiva costituzionalistica, la nascita del diritto all'oblio può essere fatta risalire a una declinazione del diritto alla *privacy*, inteso inizialmente – alla fine dell'Ottocento – come *right to let be alone*. Un diritto a essere lasciato solo, dimenticato. Si tratta, quindi, della cd. "ipotesi robinsoniana": cioè il diritto di Robinson Crusoe (*Robinsonrecht*) di volere vivere solo, isolato ed estraniato dalla società degli individui. Uno *jus solitudinis* che va inteso non tanto come difesa della solitudine fisica, ma va ricondotto alla tutela dei valori di autonomia e dignità dell'individuo, che comprendono anche la protezione della sua cerchia familiare. Il diritto alla *privacy* si è poi evoluto a seguito dell'avvento della società tecnologicamente avanzata: quindi, non più quale diritto a essere lasciato solo, piuttosto come un diritto di autotutela e autodeterminazione sull'uso dei propri dati personali di carattere riservato nei confronti della loro memorizzazione e gestione nelle banche dati elettroniche private e pubbliche. Questa è quella che in dottrina è stata definita la libertà informatica. Un'ulteriore evoluzione del diritto alla *privacy* si è avuta soprattutto con l'avvento di internet e delle piattaforme digitali. Internet, infatti, ha determinato una concezione nuova e diversa dell'identità, che si articola in forma mutevole a seconda dei luoghi, dei contesti, degli interlocutori e delle scelte identitarie che si compiono. L'identità "digitale" si declina sulla base di un flusso continuo di informazioni che vanno nelle più diverse direzioni e che sono affidate a una molteplicità di soggetti; l'identità digitale costruisce, modifica e fa circolare immagini identitarie altrui, o addirittura genera una seconda vita sulla rete, una *Second Life* virtuale. All'interno di questo nuovo scenario giuridico, espressione della tecnologia, nasce e si afferma il diritto

all'oblio. Quale diritto rivendicabile soltanto nella dimensione digitale: un vero e proprio *digital right.*

Il punto di svolta è la sentenza della Corte UE sul caso *Google Spain* del 2014, che segna uno spartiacque nel *digital right to privacy.* Perché impone ai motori di ricerca, a partire da *Google*, l'applicazione della norma europea sulla protezione dei dati personali, valorizzando oltremodo il diritto all'oblio. Quale pretesa giuridica a riappropriarsi della propria storia personale, e quindi come una sorta di diritto all'autodeterminazione informativa, ovvero il diritto del singolo a decidere in prima persona sulla cessione e l'uso dei dati che lo riguardano. È l'effettività della libertà informatica, quale nuova forma del tradizionale diritto di libertà personale, come diritto di controllare le informazioni sulla propria persona, come diritto dello *habeas data.* Parafrasando un verso famoso, possiamo dire che il diritto all'oblio vuole esprimere "ciò che non siamo e ciò che non vogliamo". Certo, va altresì detto che il diritto all'oblio trae la sua forza costituzionale dalla dignità umana, principio non negoziabile del costituzionalismo contemporaneo.

Ritengo che siano sostanzialmente questi gli specifici obiettivi che la figura giuridica del diritto all'oblio ha inteso perseguire e raggiungere. Espandere la libertà dell'individuo attraverso il controllo della propria storia personale, sebbene soltanto nelle piattaforme digitali, senza con questo pretendere di cancellare la cronaca dei fatti e la verità della notizia. La quale, una volta apparsa sul *web,* non dura, al pari delle notizie sulla carta stampata, come la rosa di Ronsard, l'*espace d'un matin*, ma piuttosto assume forma durevole e incancellabile; chiunque la può leggere e rileggere, ovunque si trova nel mondo, e può "utilizzarla" come fonte di informazione. Ma la notizia non è un dato astratto alla mercé di tutti, perché riguarda la persona e la sua immagine in un dato momento storico: i dati personali costituiscono una parte della espressione della personalità dell'individuo. Ecco perché viene consentito alla persona, a tutela della propria identità, di esercitare il proprio diritto di libertà informatica, che consiste nel potere disporre dei propri dati, ovvero delle notizie che lo riguardano, e quindi chiedere per ottenere sia il diritto all'oblio su ciò che non è più parte della sua identità personale, sia il diritto alla contestualizzazione del dato, e quindi della notizia, perché una verità non aggiornata non è una verità. Così come ha detto la Cassazione in una sentenza del 2012, a proposito della contestualizzazione, e quindi l'aggiornamento (a condizione che sia tecnologicamente possibile), da parte del titolare del sito internet della notizia che riguarda direttamente il soggetto.

Dalla parte del costituzionalismo liberale, il diritto all'oblio è un progresso di civiltà giuridica. Non privo di criticità, intendiamoci. Ma gli aspetti benefici, a mio parere, prevalgono. Ed è un diritto transnazionale, applicabile al di là del singolo ordinamento domestico. Non è poco.

M.G. *Nella prospettiva della costituzionalizzazione del diritto privato (cui prima Vincenzo Cuffaro ha fatto espressamente cenno), qual è stato e qual è lo specifico apporto del diritto costituzionale e della riflessione costituzionalistica all'edificazione del diritto all'oblio? Può dirsi che il diritto all'oblio rappresenti un aspetto del personalismo costituzionale? Se la*

risposta è affermativa, ciò risulta problematico rispetto al rapporto tra dimensione pubblica e dimensione privata dei rapporti giuridici?

T.E.F. Il diritto all'oblio è sicuramente un diritto dal chiaro tono costituzionale. Nel senso che esso trae fondamento dai diritti costituzionalmente riconosciuti e affermati nella Carta costituzionale. Primo fra tutti, il principio di eguaglianza, sia in senso formale sia in senso sostanziale (art. 3, commi 1 e 2, Cost.). Nel primo caso, laddove si afferma la pari dignità sociale dei cittadini; nel secondo caso, nella parte in cui si rimuovono gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Il diritto all'oblio può altresì trovare fondamento nell'art. 13 Cost., che stabilisce la libertà personale come inviolabile. Libertà che consiste anche nel potere disporre dei propri dati personali, quindi quelli che circolano sul web e di cui non riconosciamo più la loro attualità rispetto allo sviluppo della nostra personalità. E ricordo anche io, infine, che il diritto all'oblio ha trovato piena codificazione nel Regolamento (*General Data Protection Regulation*) UE 2016/679, all'art. 17, che prevede la possibilità di richiedere la cancellazione dei dati esercitando così il diritto all'oblio.

Il diritto all'oblio, pertanto, può rappresentare, a mio avviso, un aspetto della "personalità umana nell'ordinamento giuridico", per dirla con il titolo di un famoso libro degli anni Settanta. Se così non fosse, il diritto all'oblio finirebbe con lo smarrire la sua identità giuridica. Verrebbe relegato a un episodio di diritto digitale e alle sue applicazioni giurisprudenziali. Invece, ha una sua forza e una sua effettività. Dimenticare e voler essere dimenticato (*right to be forgotten*) non vuol dire cancellare. Vuol dire rimuovere fatti ed episodi che danneggiano la nostra dimensione esistenziale, la nostra libertà, il nostro "diritto di essere sé stessi", per dirla con il titolo di un altro famoso libro di anni più recenti. Per evitare di diffondere *false light in the public eye.* Voglio spingermi oltre e dire che il diritto all'oblio è un diritto espressivo del liberalismo giuridico. Dove l'individuo torna a essere protagonista, attraverso la possibilità di gestire e controllare i dati informatici che lo riguardano. In questo caso, la dimensione privata prevale su quella pubblica. Secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata del principio di sussidiarietà in senso orizzontale (art. 118 Cost.).

V.C. In altre occasioni mi è capitato di osservare che la presenza di una disciplina minuziosa per tutto ciò che riguarda le informazioni riferibili alla persona (*scilicet*, i dati personali) non cancella certo la portata dell'art. 2 Cost., ma rende in qualche modo meno necessario invocarne il dettato quando, già sul piano positivo, l'interprete trova una serie di precisi e forse anche troppo puntuali enunciati.

Il riferimento all'art. 2 Cost. mantiene la sua pregnanza euristica ma, a dire il vero, ha un po' perso smalto. Che bisogno c'è di invocare il generale diritto della personalità al quale ricondurre anche il diritto della persona, onde impedire che siano nuovamente diffuse notizie del suo passato, quando una previsione specifica dà conforto, sul piano letterale, alla configurabilità della pretesa, soddisfacendo l'ansia del giurista di trovare un puntuale appiglio normativo per configurare la rilevanza ordinamentale dell'interesse cui approntare tutela?

Diritto all'oblio diviene così la 'formula magica' cui la stessa giurisprudenza fa ricorso per risolvere le controversie inerenti quello che un tempo avremmo chiamato diritto alla riservatezza. Nelle ormai numerose decisioni dei giudici di legittimità nelle quali è enunciato il diritto all'oblio è costante il richiamo alla previsione del Regolamento UE. Nelle motivazioni delle sentenze merita apprezzamento anche la sensibilità dimostrata nel constatare che nel web la notizia sulla persona permane indipendentemente da una specifica riproposizione e quindi nel rilevare che il problema non è solo quello della riproposizione dell'informazione ma l'altro, e diverso, della persistente accessibilità all'informazione.

Il nuovo nodo problematico sta, a mio avviso, proprio in questo secondo aspetto. Vien fatto di chiedersi in quale misura possa assegnarsi rilievo alla pretesa di rendere inaccessibili gli archivi digitali nei quali sono presenti dati che la persona vuole rimuovere sul presupposto non della loro falsità ma della loro inattualità. In quale misura la memoria digitale della persona possa essere modificata, cancellando appunto le tracce del passato. Ancora, in quale misura possa ritenersi giustificata la soluzione pratica che di massima affida alla discrezionalità dei gestori dei motori di ricerca la cancellazione di informazioni veritiere e sollecita lo scrutinio giurisdizionale solo in caso di rifiuto.

M.G. *Che cosa è cambiato, e che cosa ancora potrà cambiare, all'interno della dimensione sociale, e, in particolare, nella dimensione relazionale, in conseguenza dell'affermazione del diritto all'oblio? Più in generale, qual è il 'significato sociale' del diritto all'oblio?*

V.C. Ancora una volta sono costretto a ricordare (d'altra parte, discorriamo di memoria) quanto avevo osservato in altre occasioni. Mi era capitato di rilevare che il dettato dell'art. 17 del Regolamento UE ha determinato, per un paradosso della storia, un singolare ribaltamento di prospettiva: la cancellazione della memoria, un tempo escogitata come pena postuma irrogata alla persona, diviene invece diritto che la persona può invocare per pretendere che il suo passato sia cancellato. Una pretesa che, a voler compiere una lettura un po' ottusa della disposizione, parrebbe porsi sul piano oggettivo, mentre una più accurata riflessione deve mettere in guardia da facili semplificazioni.

Certo, l'espressa menzione del diritto all'oblio ha il suo fascino e in questo senso consente di sottolineare che in effetti tutta la legislazione in materia di trattamento dei dati personali ha avuto un forte impatto sociale. A ben vedere, la normativa sulla privacy, la cui ricaduta applicativa è continuamente portata all'attenzione di tutti, così da realizzare quella diffusa consapevolezza in ordine alla circolazione dei dati personali (la trasparenza), che è uno dei princìpi della disciplina, ha segnato il tramonto della considerazione elitaria del diritto alla riservatezza, come del resto dimostrano le controversie che comuni cittadini portano all'attenzione della Corte di Giustizia lamentando a vario titolo violazioni della disciplina sui dati personali.

Così come abbiamo acquistato consapevolezza di essere tutti consumatori, parimenti siamo tutti consapevoli che i nostri dati personali sono trattati; così come, quali consumatori, sappiamo di avere diritti rispetto agli atti di consumo, parimenti, quali interessati, sappiamo di avere diritti rispetto al trattamento che altri fa delle informazioni

che ci riguardano. Tra questi diritti, il diritto all'oblio porta con sé la suggestione della parola che evoca la pretesa ad essere dimenticati ed a non lasciare tracce di sé ma, ripeto, non credo che, rispetto all'ambito nel quale era stato originariamente escogitato (nella dialettica informazione/riserbo), la seconda nascita del diritto all'oblio abbia in qualche modo modificato i termini del problema che, ora come allora, impone il necessario bilanciamento tra le esigenze di segno pubblicistico a conoscere accadimenti socialmente rilevanti e pretesa del singolo al rispetto della propria vita privata.

La formula 'diritto all'oblio' ha del resto suggestionato anche il legislatore, quando ha dettato, nel 2023, disposizioni di legge a tutela del diritto all'oblio oncologico. In questo caso, l'oblio è evidentemente declinato in una diversa accezione marcatamente sociale in quanto il diritto della persona guarita a non fornire informazioni, né a subire indagini sulla pregressa malattia, costituisce sicura espressione del diritto fondamentale a non subire discriminazioni.

In disparte queste previsioni specifiche, la pregnanza della formula 'diritto all'oblio' sta non solo nel porsi in posizione dialettica con il diritto di informare (e, se si vuole, ad essere informati), ma anche nel necessario confronto con i temi della verità e della memoria. I dati personali (le informazioni, le notizie) possono essere cancellati, nel senso che può essere accolta la pretesa alla cancellazione, non perché non siano veri, ma perché il tempo trascorso non giustifica che i mass media ne diffondano di nuovo l'informazione ovvero che ne conservino la memoria nei propri archivi digitali.

A quest'ultimo riguardo credo che, al di là delle suggestioni, l'attenzione al diritto all'oblio meriti di essere ridimensionata. Nel momento in cui la pretesa della persona non è quella di reagire a intrusioni nella propria vita privata opponendosi alla diffusione dei dati personali, bensì l'altra di non volere che siano più accessibili dati personali a suo tempo depositati negli archivi digitali, quasi riscrivendo il proprio passato, non so sino a che punto la pretesa meriti considerazione e non finisca altrimenti per delineare uno scenario distopico nel quale, cancellando il passato digitale, si riscrive continuamente la contemporaneità. Nel romanzo di Orwell a ciò era deputato il Ministero della Verità.

T.E.F. Per dare compiuta risposta a questa domanda, bisogna appunto interrogare un sociologo del diritto, il quale ha gli strumenti metodologici per ragionare sulla capacità di incidenza sociale del diritto all'oblio e i suoi riflessi all'interno della società e fra gli individui.

La questione, però, a me appare ancora più ampia, perché investe non solo il diritto all'oblio, ma il diritto digitale in senso ampio. E quindi l'erompere della tecnologia, oggi delle piattaforme digitali, nel diritto e nei diritti. In tal senso, mi sia concessa un'autocitazione: ho provato a declinare la fenomenologia internet come ordinamento giuridico in un mio articolo del 2013 (ora raccolto nel volume *Liberté Egalité Internet*, 3ª ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 85 ss.). A esso rimando, per chi avesse voglia di leggerlo.

M.G. *E infatti ora la parola spetta, in conclusione, a Teresa Grande, alla quale chiedo la cortesia di soffermarsi espressamente sull'aspetto sociologico della questione*.

T.G. Il diritto all'oblio non è soltanto uno strumento giuridico fondamentale per la protezione della vita privata nel mondo digitale, ma è anche un prezioso indicatore del modo in cui l'attuale società ridefinisce gli ambiti della *memoria*, della *responsabilità* e dell'*identità* nella dimensione digitale, oltre che nel rapporto tra le cosiddette *comunità virtuali* e il mondo *offline*.

Per questo, la voce del sociologo può essere utile e può essere opportuno cercare di comprendere tali questioni anche nel contesto di un dialogo interdisciplinare più ampio, che vede il diritto confrontarsi con il complesso delle scienze sociali.

Pertanto, da sociologa della memoria mi inserisco in questo forum per cercare di rispondere alla domanda su quali mutamenti ha apportato, e potrà apportare, nel sociale e nella vita collettiva l'affermazione del diritto all'oblio.

Come molta letteratura ha variamente spiegato (in particolare penso alla psicoanalisi di Sigmund Freud, alla sociologia di Maurice Halbwachs e di Roger Bastide, fino alla filosofia di Walter Benjamin e di Paul Ricoeur), l'oblio non corrisponde alla semplice cancellazione delle tracce, ma ha con il ricordare un rapporto dialettico e polivalente che è fondativo dei processi della memoria (sui diversi significati dell'oblio rimando all'agevole e ricco lavoro di Aleida Assmann, *Sette modi di dimenticare*, il Mulino, Bologna, 2019). Se nel senso comune il *diritto all'oblio* viene perlopiù inteso come il diritto "a essere dimenticati", in realtà non si tratta di una "cancellazione assoluta", bensì della possibilità che il soggetto ha di richiedere che alcune informazioni che lo riguardano e che sono errate, irrilevanti, obsolete o che intaccano negativamente la propria vita privata vengano oscurate. Tale diritto si è affermato come una conquista importante dell'era digitale, in particolare nel contesto della protezione dei dati personali. Esso consente infatti alle persone di modificare la propria identità digitale e, quindi, la narrazione pubblica di sé, il che evidenzia come l'identità digitale non corrisponda a qualcosa di immutabile, che si costruisce in maniera rigida e cumulativa, ma, nel rispetto di un'autonomia narrativa del soggetto, essa può essere frutto di processi di rinegoziazione, ovvero di selezione e revisioni successive del passato digitale alla luce delle nuove condizioni culturali, giuridiche e sociali in cui lo stesso soggetto si viene a trovare nel presente (pensiamo ad esempio a persone coinvolte in scandali mediatici che sono ormai superati oppure ad errori giudiziari). Questa dinamica non è però una novità, in quanto già di per sé la memoria (che sia collettiva, sociale o storica) risponde a processi di selezione e di interpretazione dei contenuti del passato, alla luce delle condizioni poste dalla società attuale, dalle nuove tendenze e dai bisogni sociali emergenti (mi permetto di rimandare qui al mio *Memoria e oblio. Tra relazioni pericolose e legami generativi*, in *Cambio. Rivista sulle trasformazioni sociali*, 2022, disponibile al seguente link: *https://oaj.fupress.net/index.php/cambio/article/view/13779/11226*).

Il diritto all'oblio assicura così che il passato digitale non sarà più un vincolo assoluto per il soggetto: le persone potranno presentarsi agli altri con una identità riconosciuta come dinamica, suscettibile cioè di cambiamenti, senza essere eternamente condizionati da errori o situazioni pregresse. Ciò potrà avere degli effetti nelle relazioni private e professionali, con variazioni contrastanti, che possono cioè essere positive o negative; pensiamo ad esempio alla *fiducia* che sempre anima ogni tipo di relazione: chiedere di

rimuovere contenuti personali che hanno però delle ricadute su questioni rilevanti per la collettività potrebbe generare un clima di sfiducia nei confronti di colui che ha esercitato il diritto all'oblio; al contrario, il livello di fiducia potrebbe essere ristabilito nei casi in cui informazioni errate, lesive della dignità personale venissero rimosse. Accanto a ciò, tuttavia, la consapevolezza della possibilità di poter esercitare il diritto all'oblio potrebbe spingere verso relazioni maggiormente strutturate, filtrate e orientate a una maggiore cautela, bisognose di garanzie sulla veridicità delle informazioni disponibili. Con uno sguardo più ampio, possiamo anche affermare che il diritto all'oblio contribuisce alla promozione di una società più tollerante e inclusiva, in cui, in una sorta di riconoscimento della dignità individuale, gli errori del passato non definiscono in modo definitivo una persona e, limitando la diffusione virale di contenuti lesivi, come ad esempio commenti diffamatori o immagini private, protegge da quella che chiamiamo comunemente "gogna mediatica". In sintesi, l'affermazione del diritto all'oblio ha contribuito ad accrescere l'attenzione pubblica verso la *privacy*, promuovendo una maggiore cultura della tutela dell'identità personale anche in ambito relazionale, soprattutto in considerazione della nuova dimensione che i *new media* hanno creato e che vede le persone come *soggetti e pubblici connessi*. Sappiamo infatti che le nostre interazioni quotidiane e professionali sono, in un modo o nell'altro, filtrate da forme di comunicazione mediata dal computer e che ciò che accade nel mondo virtuale ha poi delle conseguenze nel mondo reale (per una introduzione al tema della comunicazione e sul ruolo che in essa svolgono i new media si può consultare il volume di Olimpia Affuso e Paolo Jedlowski, *La comunicazione quotidiana. Una introduzione in prospettiva sociologica,* Carocci, Roma, 2024).

Tutto ciò implica nuove forme di responsabilità per i gestori delle informazioni, che si trovano impegnati nella ricerca di un equilibrio tra diritto alla *privacy* e diritto all'informazione e alla verità: i motori di ricerca, le piattaforme, gli archivi pubblici, i new media in generale hanno il compito di valutare le informazioni e l'opportunità che esse rimangano pubbliche.

La ricerca di tale equilibrio incide poi anche sulle dinamiche di potere nell'ambito della comunicazione mediatica e digitale delle nostre società e sul modo in cui le informazioni personali, i dati giudiziari e ogni altro tipo di contenuti vengono archiviati e diffusi. Ciò può però creare delle tensioni quando la richiesta individuale di oblio si scontra con la necessità di preservare una verità storica o una memoria collettiva custode dell'identità e del bene collettivo di una comunità, con implicazioni che possono riguardare anche la trasparenza e la giustizia, come ad esempio potrebbe accadere nel caso della richiesta di rimozione di notizie giudiziarie. Bisogna inoltre considerare che queste tensioni, nei casi di questioni di interesse pubblico o di personaggi pubblici (politici, imprenditori...), possono incidere sulla sfera pubblica e sulla sua funzione politica.

Insomma, in una parola, il giusto equilibrio tra il diritto all'oblio e il diritto all'informazione e alla memoria rimane una sfida su cui il legislatore dovrebbe continuare a riflettere.

Uno sguardo alle riviste francesi di diritto civile. Novità in materia di *responsabilité civile délictuelle*

Angelo Venchiarutti
Prof. ass. dell'Università di Trieste

Sommario: 1. Premessa. – **2.** Il « *Projet de réforme de la responsabilité civile* » al cospetto della riforma belga. – **2.1.** Il metodo. – **2.2.** Il contenuto: le disposizioni introduttive. – **2.3.** I fatti che determinano la responsabilità. – **2.4.** Il rapporto di causalità. – **2.5.** Il danno. – **2.6.** Le conseguenze della responsabilità. – **2.7.** Considerazioni a margine. – **3.** La *Cour de Cassation* prosegue la riscrittura del regime di responsabilità civile dei genitori. La condizione della convivenza. – **3.1.** Prima dell'*arrêt* dell'*Assemblée Pléniére.* – **3.2.** Conseguenze dell'*arrê*t del 28 giugno 2024. – **4.** La responsabilità per « *troubles de voisinage* » entra nel *Code civil*. – **4.1.** L'evoluzione giurisprudenziale della responsabilità per « *troubles de voisinage* ». – **4.2.** Qualche riflessione del nuovo art. 1253 *Code civil*.

1. Premessa

Nel corso dell'ultimo anno, i fascicoli delle principali riviste francesi di diritto civile si sono distinti per l'elevata densità e varietà dei contributi dottrinali, espressione di un impegno scientifico particolarmente vivace da parte degli studiosi d'Oltralpe. Gli scritti pubblicati si articolano lungo un ampio spettro tematico, spaziando da profili tradizionali del diritto privato a problematiche di più recente emersione, affrontate con rigore metodologico e attenzione critica. Nelle pagine che seguono, tenuto conto delle fisiologiche esigenze di sintesi che l'impostazione di questo Osservatorio comporta, nella selezione ragionata degli argomenti di maggiore rilievo si è deciso di privilegiare la tematica della responsabilità civile extracontrattuale.

2. Il « *Projet de réforme de la responsabilité civile* » al cospetto della riforma belga

Alla riforma della responsabilità civile belga è dedicata più di un contributo. Con toni, dai quali traspare quantomeno un certo rammarico, gli autori francesi constatano anzitutto come, mentre quella francese vada a rilento, la riforma belga sia giunta già al traguardo[1]. La *Chambre des représentants* del Belgio ha approvato la legge recante il libro 6 « *La responsabilité extracontractuelle* » del *Code civil* il 1° febbraio 2024. La riforma è entrata in vigore il 1° gennaio 2025[2]. Essa si inserisce nel più ampio processo di revisione organica del diritto civile belga, avviato ufficialmente nel 2016, che prevede l'adozione progressiva dei dieci libri destinati a comporre il nuovo corpo codicistico[3].

Quanto alla responsabilità civile, come in Francia, pure in Belgio si è scelto di riformare la materia separatamente dal resto del diritto delle obbligazioni, dedicandole espressamente un libro nel nuovo codice civile[4]. In particolare, i sei articoli ereditati dal *Code Napoléon* sono stati sostituiti da circa cinquanta disposizioni, le quali, accanto a significative innovazioni normative, recepiscono e sistematizzano orientamenti giurisprudenziali ormai consolidati in quell'ordinamento[5].

La recente riforma belga offre ai giuristi francesi l'occasione per sviluppare alcune riflessioni di carattere generale. È ben noto come il diritto civile francese e quello belga condividono un'origine comune, essendo entrambi storicamente ancorati al *Code Napoléon*, che ha costituito la matrice del loro impianto normativo moderno. Tuttavia, nonostante per un lungo lasso di tempo gli interventi legislativi siano rimasti relativamente contenuti in entrambi gli ordinamenti, nel corso degli ultimi decenni si è assistito a un progressivo processo di divergenza, dovuto in larga misura all'evoluzione giurispruden-

---

[1] Tra gli altri, v. Borghetti, *Le soleil se lève au nord : ou comment la réforme belge de la responsabilité extracontractuelle fait pâlir le projet français*, in *D.*, 2024, 643 ss. ; Barba, *Réformer la responsabilité civile, juste une fois*, in *D.*, 2024, 537 ss.

[2] La *Loi du 7 février 2024 portant le livre 6 «La responsabilité extracontractuelle» du Code civil*, è stata pubblicata nel *Moniteur belge* il 1° luglio 2024: in conformità al suo articolo 45, essa è entrata in vigore il primo giorno successivo del sesto mese successivo alla sua pubblicazione: ossia il 1° gennaio 2025.

[3] Il libro 8, dedicato alla prova, è stato il primo ad entrare in vigore, il 1° novembre 2020; altri sono stati adottati in seguito, tra i quali il libro 5, intitolato «*les obligations*», dedicato al diritto comune dei contratti e al regime delle obbligazioni (1° gennaio 2023), il libro 3 «*les biens*» (1° settembre 2021), nonché il libro 1° « *dispositions générales* », il libro 2, titolo 3 « *relations patrimoniales des couples*» e il libri 4 «les successions, donations et testaments» (1° luglio 2022).

[4] Diversamente dalla Francia, il Belgio ha scelto di trattare la responsabilità contrattuale insieme al resto del diritto dei contratti e non insieme alla responsabilità extracontrattuale.

[5] Un'analisi di dettaglio della riforma belga in materia di responsabilità civile è condotta da George, *La réforme du droit de la responsabilité civile extracontractuelle en Belgique*, in *Accademia*, 2025, 325 ss.

ziale propria di ciascun contesto giuridico[6]. Ciò è emerso in modo particolare nell'ambito della disciplina delle obbligazioni, e più specificamente nella responsabilità civile, settore nel quale la giurisprudenza ha assunto un ruolo di supplenza e di sviluppo creativo, anche in considerazione della perdurante lacunosità di talune disposizioni codicistiche. Su entrambi i lati della frontiera franco-belga, i giudici hanno dunque esercitato una funzione propulsiva nell'elaborazione delle regole, contribuendo in modo determinante alla configurazione attuale della materia. La distanza tra i due ordinamenti, già manifesta alla fine del XIX secolo sul tema della responsabilità per fatto altrui, si è ulteriormente approfondita quando la dottrina belga, da sempre più incline rispetto a quella francese a recepire stimoli esterni, ha iniziato a rivolgere lo sguardo oltre i confini dell'Esagono.

Il nuovo codice civile belga invita naturalmente gli studiosi francesi a un confronto con l'evoluzione del proprio diritto, in particolare con quei settori già oggetto di interventi riformatori o attualmente in attesa di revisione. Tale confronto si sviluppa anzitutto sul piano della politica legislativa, evidenziando una marcata differenza nei ritmi e nell'estensione dei rispettivi processi di riforma. Il legislatore belga si è infatti contraddistinto per una maggiore rapidità e sistematicità nell'attuazione del progetto di ricodificazione. Diversamente in Francia, la riforma promossa dal *Ministère de la Justice* nel 2005, ha prodotto finora soltanto l'*Ordonnance* n° 2016-131 *du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*[7], mentre ancora non sono state varate dal legislatore francese la riforma della responsabilità civile e quella dei contratti speciali[8].

Un'analisi sistematica della nuova disciplina belga in materia di responsabilità civile belga è comparsa nel fascicolo precedente di *Academia*. In questo contributo pertanto si intendono evidenziare gli aspetti che hanno maggiormente attratto l'attenzione della dottrina civilistica francese, in particolare degli studiosi della responsabilità civile. Si è di fronte, com'è agevole comprendere, a un punto di osservazione privilegiato. La prossimità strutturale e storica tra il diritto francese e quello belga consente agli studiosi d'oltralpe non solo di cogliere con maggiore immediatezza la coerenza e la qualità delle nuove disposizioni introdotte nell'ordinamento belga, ma anche di mettere in luce, per contrasto, le differenze – attuali o prospettiche – rispetto al loro quadro normativo.

---

[6] Tra gli altri v. Herbaut, *L'émancipation tardive d'un pupille de la Nation française: l'histoire du droit belge aux 19e et 20e siècles*, in Wijffels, dir., *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 632 ss.

[7] Tra i primi commenti, v. Pellier, *L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations enfin ratifiée* !, in *Dalloz Actualité*, 30 avril 2018.

[8] Gli autori d'oltralpe attribuiscono la differenza di ritmo nella riforma alla presenza in «*Outre-Quiévrain*» di una forte volontà politica: tutti indicano come particolarmente significativo il ruolo di Koen Geens, professore di diritto alla Katholieke Universiteit di Leuven, il quale ha avviato la riforma del *Code civil* in qualità di Ministro federale della Giustizia (2014-2020) e, successivamente, l'ha sostenuta come deputato federale.

2.1. Il metodo

Tanto in Francia quanto in Belgio, la riforma del diritto delle obbligazioni – e in particolare quella della responsabilità extracontrattuale – mira a consolidare il diritto positivo, rendendolo più accessibile e, sotto vari profili, più moderno[9]. Tuttavia, i due Paesi hanno adottato approcci molto differenti per raggiungere tale obiettivo. In Francia, la *Chancellerie* ha affidato la redazione dei progetti di riforma a un gruppo di giovani magistrati dell'Ufficio del diritto delle obbligazioni, i quali si sono basati sugli « *avant-projet Catala* » e « *avant-projet Terré* », oltre che sui contributi specifici di numerosi studiosi raccolti attraverso una serie di consultazioni[10]. Questo metodo ha condotto all'elaborazione di testi di sintesi volti a conciliare i diversi orientamenti dottrinali, talvolta però a scapito di una linea guida chiara e univoca[11].

Benché un approccio di tal sorta non abbia impedito il conseguimento di risultati soddisfacenti in materia di diritto contrattuale – ambito in cui la relativa convergenza delle proposte dottrinali e l'influenza dei progetti europei di armonizzazione hanno favorito una certa coerenza – lo stesso non può dirsi per la riforma della responsabilità civile. Più di un autore ha infatti rilevato come il progetto elaborato dal Ministero della Giustizia, pur presentando alcuni spunti interessanti, risultasse nel complesso privo di coerenza sistematica e affetto da non trascurabili lacune[12].

In Belgio, al contrario, si è scelto di affidare la redazione di ciascun libro del nuovo Codice a una commissione composta in modo paritetico da accademici francofoni e neerlandofoni, affiancati da un rappresentante del Servizio federale della Giustizia. Per quanto riguarda la responsabilità extracontrattuale, la commissione ad hoc era formata da sei professori oltre a un rappresentante del ministero. Composizione che, tenuto conto delle dimensioni del Paese, ha permesso di assicurare una rappresentanza ampia e qualificata della dottrina. Cosicché, pur se non sono mancate resistenze, incidenti di percorso e numerose modifiche sono state apportate durante *l'iter* parlamentare, la circostanza che il progetto iniziale fosse stato elaborato da specialisti della materia ha garantito una reale coerenza sistematica e un elevato livello tecnico. La commissione, inoltre, ha predisposto un commentario estremamente dettagliato e prezioso, allegandolo alla

---

[9] Dubuisson e Bocken, *Introduction* in Dubuisson et al., *La réforme du droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, Bruxelles, 2019, IX ss.

[10] Si tratta del « *Projet de réforme de la responsabilité civile* », del Ministère de Justice del 13 marzo 2017: oggetto, come ben si può intuire di numerosi commenti da parte della dottrina francese. Tra di essi si segnalano: Choné-Grimaldi, *Le projet de réforme de la responsabilité civile : observations article par article*, in *Gaz. Pal.*, 20 juin 2017, n° 297, 16 ss. ; e già Borghetti, *L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile. Vue d'ensemble de l'avant-projet*, *D.*, 2016, 1386, n° 54.

[11] Ai due *avant-projets* fa riferimento anche la proposta di legge: « *Réforme de la responsabilité civile, Texte n° 678 (2019-2020) de MM. Ph. Bas, J. Bigot, A. Reichardt et plusieurs de leurs collègues* », depositata in Senato, 29 luglio 2020, da considerarsi oggi orami decaduta.

[12] Critiche particolarmente severe nei confronti del progetto ministeriale ha mosso Fabre-Magnan, *Un projet à refaire,* in *RDC*, 2016, 782 ss.

proposta di legge sotto forma di relazione illustrativa, che costituisce un utile supporto per comprendere con chiarezza il significato e la portata delle nuove disposizioni[13].

2.2. Il contenuto: le disposizioni introduttive

Quanto al contenuto, il legislatore belga ha optato per attribuire un titolo a ciascuna disposizione del nuovo Codice e per numerare gli articoli libro per libro, cosicché le norme relative alla responsabilità extracontrattuale sono comprese negli articoli da 6.1 a 6.55. Il Libro 6 del nuovo Codice civile belga risulta quindi sensibilmente più breve rispetto al progetto francese del 2017 del sottotitolo II del titolo III del libro III del Codice civile francese: esso conta ben 81 articoli, anche in ragione del fatto che include la disciplina della responsabilità contrattuale. La struttura generale del nuovo libro del Codice civile belga, tuttavia, non si discosta in modo significativo da quella del progetto francese.

Dopo un primo capitolo dedicato alle « *Dispositions introductives* », i capitoli da 2 a 4 trattano rispettivamente i fatti generatori della responsabilità, il nesso di causalità e il danno, mentre il capitolo 5 è dedicato alle conseguenze della responsabilità, il capitolo 6 a « *l'ordre ou l'interdiction* », e il capitolo 7 ai regimi particolari di responsabilità.

Per quanto riguarda gli aspetti che si discostano in modo significativo dalla disciplina francese, si segnalano i seguenti elementi.

Tra le disposizioni introduttive, va evidenziato come l'articolo 6.1 sancisca, in via di principio, il carattere suppletivo delle disposizioni del Libro 6[14]. Si tratta di una norma che riflette l'orientamento della *Cour de Cassation* belga: essa si pone in contrasto con la posizione della corrispondente *Haute juridiction* francese, la quale considera la responsabilità extracontrattuale come una questione di ordine pubblico, non suscettibile di essere limitata o esclusa preventivamente mediante accordo tra le parti[15]. In Francia, tuttavia, in virtù della regola del *non-cumul* delle responsabilità, in presenza di un contratto valido, le parti per fatti che costituiscono inadempimento contrattuale non possono agire sulla base della responsabilità extracontrattuale[16]. Circostanza che finisce per confutare, almeno per certi versi, l'affermazione dell'indisponibilità della *responsabilité délictuelle*[17].

---

[13] Borghetti, *Le soleil se lève au nord : ou comment la réforme belge de la responsabilité extracontractuelle fait pâlir le projet français*, cit., § 9.

[14] Art. 6.1, nouv. C. civ. belge, recita « *Les dispositions du présent livre sont supplétives, à moins qu'il ne résulte de leur texte ou de leur portée qu'elles présentent, en tout ou en partie, un caractère impératif ou d'ordre public* »

[15] Tra le altre, Cass. 1e civ., 19 janvier 2022, 20-13.619, in *Légifrance*.

[16] In Francia, il principio del *non-cumul* delle responsabilità viene fatto risalire dagli studiosi a tre sentenze alquanto risalenti nel tempo: Cass. (req.), 21 juillet 1890, in *DP*, 1891, 1, 380; Cass. civ., 11 juillet 1922, in *DP*, 1992, 1,16; Cass. civ., 6 avril 1927, in *S.*, 201.

[17] Di recente, Cass. 2e civ., 21 déc 2023, n° 21-22.239; Cass. 1e civ., 5 oct. 2022, n° 21-15.386.

Numerose sono le garanzie che il diritto contrattuale belga pone alla validità o all'efficacia delle clausole limitative o esclusive di responsabilità[18]: si ritiene pertanto che la nuova disciplina belga (art. 6.1) abbia il merito di conciliare libertà e semplicità. Suscita tuttavia qualche perplessità, tra gli autori, la circostanza che soltanto per una disposizione del libro 6 (art. 6.37, dedicato a «*Dommage nouveau et aggravation du dommage* ») sia espressamente stabilito l'irrinunciabilità dei diritti ivi contemplati[19].

L'articolo 6.3 del *nouveaux Code civile belge* disciplina i rapporti tra la responsabilità contrattuale e la responsabilità extracontrattuale. Il primo paragrafo introduce una regola articolata in tre fasi che chiarisce come si intreccino i due regimi di responsabilità. In linea di principio, le disposizioni sulla responsabilità extracontrattuale sono applicabili anche tra le parti contrattuali. In altri termini, le disposizioni del Libro 6 potranno, salvo eccezioni, essere invocate tra le parti contraenti. La vittima di un danno potrà agire per responsabilità civile extracontrattuale contro la sua controparte. Il principio conosce tuttavia più di un'eccezione, che non è possibile esaminare nel dettaglio in questa sede[20]. Va tuttavia evidenziato come la lunghezza dell'articolo, unitamente all'ampiezza

---

[18] In particolare, l'art. 5.89 § 1, nouv. C. civ. belge, reputa non scritte, tra l'altro, le clausole che esonerano il debitore « *de sa faute intentionnelle ou de celle d'une personne dont il répond* » o « *de sa faute ou de celle d'une personne dont il répond, lorsque cette faute cause une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne* ». Molto più complesse figurano in confronto le disposizioni del *projet* francese consacrate alle « *clauses excluant ou limitant la responsabilité* » (art. 1281-1283).

[19] In particolare l'art. 6.37, nouv. C. civ. belge, stabilisce nell'ultimo comma : « *La renonciation à ce droit ne produit aucun effet* ». Muove qualche nota critica, v. Borghetti, *Le soleil se lève au nord : ou comment la réforme belge de la responsabilité extracontractuelle fait pâlir le projet français*, cit., note 16.

[20] L'article 6.3., § 1, nouv. C. civ. belge, dispone, in particolare, quanto segue: « § *1er*. *Sauf si la loi ou le contrat en dispose autrement, les dispositions légales en matière de responsabilité extracontractuelle sont applicables entre cocontractants. Toutefois, si, sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, la personne lésée demande à son cocontractant la réparation d'un dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle, ce cocontractant peut invoquer les moyens de défense découlant du contrat qu'il a conclu avec la partie lésée, de la législation en matière de contrats spéciaux et des règles particulières de prescription applicables au contrat. Tel n'est pas le cas pour les actions en réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique ou d'une faute commise avec l'intention de causer un dommage*

§ 2. Sauf si la loi ou le contrat en dispose autrement, les dispositions légales en matière de responsabilité extracontractuelle sont applicables entre la personne lésée et l'auxiliaire de ses cocontractants.

Toutefois, si, sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, la personne lésée demande à l'auxiliaire de son cocontractant la réparation d'un dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle, ce dernier peut invoquer les mêmes moyens de défense que son donneur d'ordre peut invoquer sur la base du paragraphe 1er et qui concernent l'exécution des obligations auxquelles l'auxiliaire collabore.

L'auxiliaire peut également invoquer les moyens de défense qu'il peut lui-même invoquer contre son cocontractant sur la base du paragraphe 1er ».

dei commenti contenuti nella relazione, denotino in modo piuttosto evidente il carattere controverso della questione nel diritto belga[21].

Con una simile impostazione, il diritto belga si discosta dunque dal modello francese, assumendo come punto di partenza la possibilità di scegliere tra i due ordini di responsabilità, e allineandosi con le soluzioni accolte in molti altri sistemi giuridici. La soluzione ha riscosso consenso anche tra quegli autori francesi che non ritengono convincenti gli argomenti tradizionalmente invocati dalla giurisprudenza a sostegno del principio del non cumulo[22].

Del nuovo testo dell'art. 6.3 del *Code civile belge* pare opportuno ricordare un altro aspetto. Per non eludere le legittime aspettative del debitore, si prevede che allorché la persona lesa « *sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle* » domandi alla controparte « *la réparation d'un dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle* » quest'ultima potrà opporre i mezzi di difesa derivanti dal contratto o dal diritto dei contratti. Ciò non sarà possibile però in caso di lesione all' « *intégrité physique ou psychique* ». La riforma belga esprime dunque la volontà del legislatore di agevolare il risarcimento di questa tipologia di danno, in linea con l'impostazione accolta, in termini ancora più incisivi, dal progetto di riforma francese[23].

2.3. I fatti che determinano la responsabilità

Sotto il titolo « *faits générateurs de responsabilité* », il libro 6 del *nouveaux Code civile belge* disciplina, in successione, la « *responsabilité du fait personnel* », la « *responsabilité du fait d'autrui* » e la « *responsabilité du fait des choses corporelles et des animaux* ». Le disposizioni relative a ciascuna di queste categorie, tuttavia, non si limitano a regolare il solo fatto generatore, ma si estendono anche ad altri profili della responsabilità, tra cui, in particolare, le cause di esonero. Ciò conferma che il fatto generatore non può essere considerato isolatamente, ma va sempre inquadrato in un contesto più ampio. Sebbene ogni regime di responsabilità si definisca primariamente a partire dal fatto che lo origina, sono anche gli altri elementi – a cominciare dalle cause di esclusione della responsabilità – a contribuire alla determinazione del perimetro del rischio giuridico rilevante.

Quanto alla responsabilità per fatto personale, il nuovo Codice civile belga recepisce, senza particolari elementi di novità, il principio generale già consacrato dagli ex

---

[21] Per un'analisi dello stato del diritto prima della riforma del *Code civil*, v. Hougardy, *Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle dans le livre 6 du Code civil : une nouvelle articulation des deux ordres de responsabilité*, Université catholique de Louvain, 2024, 10 ss.

[22] Così già Borghetti, *La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps*, in *RTD civ.*, 2010, 1, n° 43-52; nonché Viney, *La responsabilité contractuelle en question,* in *Le contrat au début du XXIe siècle*, in *Études offertes à J. Ghestin*, Paris, 2001, 921 ss.

[23] Knetsch, *Le Projet de réforme du droit de la responsabilité civile en France et en Belgique. Le droit français a-t-il encore quelque chose à dire ?*, in Vansweevelt et Weyts (dir.), *Recente ontwikkelingen in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, n° 32.

articoli 1382 e 1383 del vecchio codice, riformulandolo all'articolo 6.5 nei seguenti termini: «*Toute personne est responsable du dommage qu'elle cause à autrui par sa faute*». La disposizione riafferma il fondamento soggettivo della responsabilità civile, imperniato sulla nozione di colpa. Della definizione della colpa si occupa l'art. 6.6, § 1 : « *La faute consiste dans un manquement à une règle légale imposant ou interdisant un comportement déterminé ou à la norme générale de prudence qui doit être respectée dans les rapports sociaux* ». Attraverso questa formulazione, il legislatore adotta una concezione oggettiva della colpa, fondata non già su valutazioni psicologiche o intenzionali, bensì sulla violazione di una regola giuridica o di una norma generale di diligenza. Si tratta di un'evoluzione significativa rispetto all'impostazione tradizionale del diritto belga, che tende così ad allinearsi, almeno in questo aspetto, alla prospettiva adottata dal diritto francese, ove la colpa è parimenti intesa come scostamento da un modello di condotta socialmente appropriata[24]. La responsabilità del soggetto si configura dunque indipendentemente dalla sua consapevolezza soggettiva o dalla volontà di nuocere, valorizzando il profilo oggettivo della condotta illecita.

Il § 2 dell'articolo in esame chiarisce, inoltre, il significato di '*norma generale di prudenza*'. Dopo aver stabilito che essa « *impose d'adopter un comportement conforme à celui qu'aurait adopté une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances* », il testo offre un elenco esemplificativo — e non esaustivo — di fattori da considerare per valutare il comportamento del danneggiante. Tra questi figurano: le conseguenze ragionevolmente prevedibili dell'azione, la proporzionalità tra il rischio di danno, la sua natura e gravità, e gli sforzi o misure necessari per evitarlo; lo stato delle tecniche e delle conoscenze scientifiche; le regole dell'arte e le buone pratiche professionali; nonché i principi di buona amministrazione e di efficiente organizzazione. Questo articolato sforzo definitorio, che evita di imprigionare la colpa in una definizione rigida, riflette una lodevole attenzione del legislatore volta a facilitare il compito dei giudici e a migliorare la prevedibilità del diritto.

La riforma mitiga, inoltre, il rigore derivante dall'adozione di una concezione oggettiva della colpa nei confronti dei minori e delle persone prive di capacità di discernimento. In particolare, l'articolo 6.9 esclude espressamente la responsabilità civile per i minori di età inferiore ai dodici anni. Per quanto riguarda i minori di età superiore, e per persone affette da disturbi mentali «*qui abolit ou altère gravement sa capacité de discernement ou le contrôle de ses actes* » il giudice potrà ridurre l'ammontare del risarcimento secondo criteri di equità, tenendo conto delle circostanze e della situazione economica e finanziaria delle parti, e dell'eventuale esistenza di una copertura assicurativa (artt. 6.10 e 6.11)[25]. L'impostazione riflette una volontà di bilanciamento tra l'esigenza di tutela

[24] Per l'article 1242, del « *Projet de réforme de la responsabilité civile* », Mars 2017, « *Constitue une faute la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence* ».

[25] Il nuovo testo riprende per certi versi la soluzione contenuta nell'art. 1386 *bis* del vecchio codice civile belga inserito dalla *Loi du 16 avril 1935 sur la réparation de dommages cause par les*

del danneggiato e la necessità di evitare che soggetti particolarmente vulnerabili siano gravati da oneri eccessivi o sproporzionati.

Per quanto riguarda la responsabilità per fatto altrui, il nuovo Codice civile belga segna un significativo allontanamento dal tradizionale impianto napoleonico, al quale il diritto belga era rimasto sinora sostanzialmente fedele, sia quanto ai casi contemplati che alle cause di esonero.

L'articolo 6.12 introduce un'ipotesi di responsabilità alquanto ampia e articolata in capo ai genitori, agli adottanti, ai tutori e agli affidatari, per i danni causati dai minori sui quali esercitano un'autorità legale. In caso di minori di età inferiore ai sedici anni, tale responsabilità opera di pieno diritto, mentre per i minori più grandi essa può essere esclusa mediante la prova dell'assenza di colpa da parte del soggetto tenuto alla sorveglianza.

Il nuovo articolo 6.13, comma 1 (« *Responsabilité des personnes chargées de la surveillance d'autrui* ») amplia ulteriormente l'ambito della responsabilità per fatto altrui, introducendo un nuovo caso riferito alla persona incaricata – per legge, regolamento, provvedimento giudiziario o amministrativo, oppure in virtù di contratto – di organizzare e controllare in modo globale e duraturo il modo di vita di un'altra persona. L'influenza del diritto francese nella confezione del nuovo articolo risulta alquanto evidente, anche se la normativa belga mantiene la possibilità di esonero attraverso la prova dell'assenza di colpa nella funzione di sorveglianza[26].

La riforma ha inoltre comportato l'abbandono della responsabilità specifica degli insegnanti, prevista dal codice napoleonico, sostituendola con una nuova forma di responsabilità in capo agli istituti scolastici per i danni arrecati dai propri allievi. La disciplina (l'art. 6.13, § 2) la configura secondo modalità analoghe a quelle previste per altri casi di responsabilità per fatto altrui, includendo la possibilità di esonero mediante prova liberatoria.

L'articolo 6.14, § 1, introduce una responsabilità *sans faute* a carico del committente, individuandolo in colui che, di fatto, esercita per proprio conto un potere di autorità e di sorveglianza sugli atti compiuti da un'altra persona. Tale responsabilità si configura per i danni causati dal preposto durante, o in occasione, dell'esercizio delle sue funzioni.

L'articolo 6.15 estende ulteriormente il regime della responsabilità per fatto altrui, prevedendo che la persona giuridica risponda senza colpa per i danni arrecati a terzi dai suoi organi di gestione o dai membri – di diritto o di fatto – di tali organi, purché il fatto lesivo sia avvenuto nel corso o in connessione con l'esercizio delle loro funzioni. In tal

---

déments et anomaux.

[26] In Francia, l'*arrêt Blieck*, *Assemblée plénière* 29 mars 1999, n° 89-15.231, costituisce un importante pietra miliare nella costruzione giurisprudenziale in materia di responsabilità per fatto altrui: la decisione sancì l'esistenza di un principio generale di responsabilità per fatto altrui per le persone giuridiche o fisiche incaricate di organizzare e controllare, a titolo permanente, lo stile di vita altrui. In seguito, nell'*arrêt Jourdain* (Cass civ. 2e, 26 mars 1997, n° 95-14.995), la *Cour de cassation* precisò che soltanto la prova dell'esistenza di una causa estranea avente i caratteri della forza maggiore fosse idonea a escludere questo tipo di responsabilità.

modo, la responsabilità della persona giuridica è delineata esclusivamente come responsabilità per fatto altrui, a differenza del diritto francese, che assimila la colpa dell'organo a quella dell'ente stesso[27].

In materia di responsabilità oggettiva, infine, la riforma belga abbandona la responsabilità per « *faits des bâtiments* » ma sancisce una responsabilità oggettiva per i danni causati dal vizio di una cosa materiale (art. 6.16) o da un animale (art. 6.17). Tale responsabilità grava in ogni caso sul custode, definito come colui che ha un potere di direzione e di controllo non subordinato, essendo il proprietario presunto custode.

2.4. Il rapporto di causalità

È proprio sulla questione della causalità che la riforma belga presenta una delle maggiori originalità rispetto al progetto francese , il quale non contiene alcuna previsione in merito. L'articolo 6.18, § 1, conferma esplicitandolo il principio dell'equivalenza delle condizioni (*conditio sine qua non*) , pur prevedendo un'eccezione in caso di concomitanza di cause sufficienti[28]. Tuttavia, tale principio viene immediatamente attenuato dal § 2, che esclude la responsabilità qualora « *le lien entre le fait générateur de responsabilité et le dommage est à ce point distendu qu'il serait manifestement déraisonnable d'imputer ce dommage à la personne dont la responsabilité est invoquée* ». Nella valutazione « *il est tenu compte, en particulier, du caractère improbable du dommage au regard des conséquences normales du fait générateur de responsabilité et de la circonstance que ce fait n'a pas contribué de manière significative à la survenance du dommage* ».

Gli articoli successivi del Libro 6 affrontano in modo articolato le ipotesi di «*Pluralité de responsables* ». L'articolo 6.19 sancisce il principio della responsabilità *in solidum* tra più autori del medesimo danno, attribuendo loro un'obbligazione comune nei confronti del danneggiato, pur senza instaurare un vincolo di solidarietà in senso tecnico. L'articolo 6.20 disciplina invece l'incidenza del comportamento della vittima, specificando in quali casi e in che misura esso possa concorrere a escludere o ridurre la responsabilità degli autori del danno. L'articolo 6.21, infine, regola i rapporti interni tra corresponsabili, stabilendo i criteri per l'esercizio delle azioni di regresso e la ripartizione definitiva del carico risarcitorio.

---

[27] Per l'article 1242-1 del « *Projet de réforme de la responsabilité civile* », Mars 2017 : « *La faute de la personne morale résulte de celle de ses organes ou d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement* ».

[28] L'art. 6.18, Condition nécessaire, recita al § 1 : « *Un fait générateur de responsabilité est la cause d'un dommage s'il est une condition nécessaire de ce dernier. Un fait est une condition nécessaire du dommage si, sans ce fait, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit dans les circonstances concrètes présentes lors de l'événement dommageable. Si un fait générateur de responsabilité n'est pas une condition nécessaire du dommage pour la seule raison qu'un ou plusieurs autres faits simultanés, ensemble ou séparément, sont une condition suffisante de ce même dommage, il constitue néanmoins une cause de celui-ci* ».

L'articolo 6.22 è dedicato alla perdita di *chance*, definita come un'incertezza sul nesso causale tra la condotta della persona la cui responsabilità è invocata e il danno effettivo, e che dà luogo a una responsabilità proporzionale alla probabilità che il fatto del danneggiante abbia effettivamente determinato l'evento lesivo. Pur conducendo a risultati analoghi, l'approccio belga si distingue per il suo carattere pragmatico, preferendo qualificare la perdita di *chance* come problema di causalità piuttosto che come voce autonoma di danno, come invece tendono a fare la dottrina e la giurisprudenza francese[29].

Con l'articolo 6.23 viene invece affrontata l'ipotesi delle « *causes alternatives* », ossia dei casi in cui il danno derivi certamente da uno tra più fatti imputabili a soggetti diversi, senza però che sia possibile dimostrare quale di questi fatti abbia causato il danno. In situazioni di tal sorta, la norma attribuisce a ciascun autore potenziale una responsabilità proporzionale alla probabilità che il fatto a lui imputabile abbia prodotto l'evento dannoso. Anche in questo ambito si registra uno scostamento rispetto al diritto francese vigente, che non contempla esplicitamente una regola del genere.

2.5. Il danno

L'articolo 6.24, primo comma, definisce il danno come « *les conséquences économiques ou non économiques d'une atteinte à un intérêt personnel juridiquement protégé* ». Il diritto belga accoglie così la distinzione concettuale tra la lesione di un interesse e le sue conseguenze, impiegando tuttavia il termine « *dommage* » per designare queste ultime, a differenza del diritto francese contemporaneo, che tende a privilegiare l'uso del termine « *préjudice* » per indicare il medesimo concetto. Tale differenza terminologica può generare ambiguità per i giuristi formatisi in ambito francese, soprattutto considerando che il nuovo codice belga non appare sempre coerente nell'utilizzo del termine « *dommage* », che in alcune disposizioni (ad es. agli articoli 6.38 e 6.51) viene usato per designare la lesione primaria dell'interesse e non già le sue conseguenze (così ad es. gli articoli 6.38 e 6.51).

Ciononostante, secondo parte della dottrina, la scelta del legislatore belga appare concettualmente solida: ha ragione a fare della lesione a un « *intérêt personnel juridiquement protégé* » la condizione di ciò che il diritto francese chiama «*dommage* », pur se, come il diritto francese, si rifiuta di stabilire un elenco predefinito di interessi protetti. Il comma successivo offre un'ulteriore garanzia escludendo il risarcimento del danno consistente nella perdita di un vantaggio che trova la sua origine diretta in una situazione o attività illecita imputabile alla persona lesa.

Ulteriori disposizioni trattano del requisito della certezza del danno (che può comunque essere futuro; art. 6.25), del contenuto del danno patrimoniale ed extrapatrimoniale (art. 6.26), del *dommage par ricochet* (art. 6.27), della riparabilità delle spese so-

[29] Borghetti, *La Réparation de la perte d'une chance en Droit Suisse et en Droit Français*, in *Eur. Rev. Priv. L*aw, 2008, 1072 ss.

stenute dalla persona lesa per adottare misure urgenti e ragionevoli volte a prevenire un danno imminente o l'aggravamento di un danno (art. 6.28) e infine delle predisposizioni o dello stato precedente della vittima (art. 6.29).

2.6. Le conseguenze della responsabilità

La riforma belga offre altresì l'occasione per sancire il principio del risarcimento integrale (art. 6.30). Tuttavia, sempre in modo molto realistico, il nuovo codice distingue il danno patrimoniale dal danno non patrimoniale, precisando che il risarcimento di quest'ultimo « *a pour but d'accorder à la personne lésée une juste et adéquate compensation* » (art. 6.31, § 1). In definitiva, ciò equivale a prendere atto che il risarcimento integrale (descritto dalla relazione illustrativa come una «*utopie costruttive*») rappresenta un ideale regolativo più che una concreta possibilità applicativa.

Lo stesso realismo è espresso nell'articolo 6.36, allorché prevede che « *le juge peut procéder à une estimation approximative du dommage lorsqu'il est impossible d'en déterminer exactement l'*étendue *ou qu'une* évaluation *précise entraînerait des frais disproportionnés* » (§ 2) e autorizza addirittura il giudice a concedere un risarcimento equo quando l'entità del danno non può essere determinata in altro modo (§ 3).

Il nuovo codice deroga ancora alla regola del risarcimento integrale in caso di « *faute lucrative* » ammettendo che « *lorsque le responsable a, intentionnellement et dans le but de réaliser un profit, violé un droit de la personnalité de la personne lésée ou porté atteinte à son honneur ou à sa réputation, le juge peut accorder à la personne lésée une indemnité complémentaire égale à tout ou partie du bénéfice net réalisé par le responsable* » (art. 6.31, § 3). Se pur ammette «*les dommages-intérêts restitutoires* », il nuovo codice non contempla né i « *dommages-intérêts punitifs* », né l'« *amende civile* ».

Inoltre, la riforma precisa, senza sorpresa, che l'entità del danno è determinata alla data più vicina al momento in cui esso viene effettivamente liquidato (art. 6.32), che gli elementi del danno devono essere determinati separatamente (art. 6.36, comma 1) e che la persona lesa dispone liberamente dei risarcimenti percepiti (art. 6.39). Essa contiene disposizioni interessanti sulla possibilità e sulle condizioni di una « *réparation en nature* » (art. 6.31, § 2, e 6.33) nonché sulla presa in considerazione delle prestazioni e dei vantaggi ricevuti dalla persona lesa (art. 6.35). Una disposizione è poi dedicata al risarcimento del danno alle cose (art. 6.38).

A quest'ultimo riguardo si è fatto notare come la riforma belga ponga meno enfasi rispetto al progetto francese sul «*dommage corporal*» e dedica poche disposizioni al suo risarcimento. Tuttavia, fornisce utili precisazioni sulla scelta tra capitale e rendita per risarcire il danno futuro derivante da una lesione all'integrità fisica o psichica (art. 6.34) e prevede la possibilità di chiedere un risarcimento supplementare per un nuovo danno o un aggravamento del danno derivante da tale lesione (art. 6.37).

Infine, l'articolo 6.40 è dedicato all' « *ordre ou l'interdiction* » ossia a ciò che i giuristi francesi definiscono « *cessation de l'illicite* ». L'articolo ora menzionato dispone in particolare: « *En cas de violation avérée ou de menace grave de violation d'une règle légale imposant un comportement déterminé, le juge peut, à la demande d'une partie qui démontre*

qu'elle subira une atteinte à ses biens ou à son intégrité physique en raison de cette violation, prononcer un ordre ou une interdiction visant à faire respecter cette règle légale ». Questo testo ha il merito di essere più preciso dell'articolo 1266 del progetto francese, evitando in particolare il ricorso al concetto ambiguo di illecito e definendo in modo preciso (e restrittivo) i comportamenti illeciti che possono dar luogo all'emissione di un'ingiunzione.

2.7. Considerazioni a margine

La riforma belga della responsabilità extracontrattuale getta dunque più di qualche ombra sul progetto francese del 2017, ancora in attesa di una compiuta maturazione. A tal proposito, parte della dottrina francese ha sottolineato come la nuova disciplina belga, oltre a rappresentare un forte richiamo all'urgenza e all'opportunità di una revisione complessiva del diritto della responsabilità civile, evidenzi anche alcune debolezze strutturali e lacune concettuali del progetto francese. Quest'ultimo, già da tempo in una fase di stallo, appare oggi improvvisamente invecchiato. Procedere dunque alla riforma del diritto francese sulla base del progetto attuale, senza tenere conto dei preziosi spunti offerti dall'esperienza belga, significherebbe rinunciare a un'occasione di progresso e rischiare di perpetuare, per un tempo indefinito, un assetto normativo insoddisfacente e ormai inadeguato[30].

La lettura del nuovo libro del *Code civil* belga dovrebbe costituire un'occasione di riflessione per gli studiosi francesi della materia, sollecitandoli a individuare punti di convergenza e di divergenza tra le due esperienze normative, al fine di interpretare con maggiore consapevolezza le dinamiche evolutive o le resistenze che caratterizzano l'ordinamento francese in tema di responsabilità civile.

Soprattutto, ci si augura che il legislatore francese non continui a trascurare la questione, verso la quale sembra aver ormai perso interesse. A titolo di promemoria, le ultime discussioni pubbliche risalgono all'estate del 2020, sotto forma di una proposta senatoriale di portata limitata, che faceva seguito al progetto del 2017 (*Propositions de loi, Réforme de la responsabilité civile*, N° 678 Sénat Session extraordinaire de 2019-2020). In breve, è da quasi un decennio che il tema della riforma del diritto della responsabilità civile è oggetto di dibattito, eppure, non riesce a progredire.

Alcuni potrebbero obiettare che l'attesa non costituisca un problema. Tuttavia – rimarcano altri studiosi – sarebbe un errore sottovalutare i costi dell'attuale immobilismo: oltre a mobilitare inutilmente risorse intellettuali, esso genera incertezza giurisprudenziale, compromettendo, almeno per certi versi, lo sviluppo coerente e prevedibile del diritto positivo.

La riforma belga può influenzare altresì la giurisprudenza francese in almeno due direzioni opposte. Da un lato, può esercitare un effetto inibitorio, inducendo il giudice

[30] Borghetti, *Le soleil se lève au nord : ou comment la réforme belge de la responsabilité extracontractuelle fait pâlir le projet français*, cit., § 34.

a sospendere ogni evoluzione significativa in attesa di un intervento legislativo ritenuto imminente, nella convinzione che spetti al legislatore, e non già all'interprete, assumere l'iniziativa. In tal caso, il rischio è l'immobilismo. Dall'altro, la medesima prospettiva può agire da catalizzatore, stimolando il giudice a innovare con maggiore audacia, sostenuto dall'autorevolezza delle soluzioni adottate dalla riforma belga, che possono offrire una legittimazione implicita a scelte giurisprudenziali più coraggiose. In questo secondo scenario, a essere minacciata è la stabilità del diritto. In ogni caso, l'incertezza legata alla riforma della responsabilità civile incide in modo tangibile su un diritto che resta, in larga parte, di matrice pretoria. Non rimane dunque che auspicare che il dinamismo dimostrato dal legislatore belga possa oltrepassare i confini e giungere a stimolare anche il legislatore francese, che avrebbe così tutti gli strumenti per portare finalmente a compimento una riforma attesa da tempo[31].

3. La *Cour de Cassation* prosegue la riscrittura del regime di responsabilità civile dei genitori. La condizione della convivenza

A fronte dell'attuale situazione d'*impasse* del progetto legislativo di riforma della responsabilità civile, prosegue invece l'opera di riscrittura della disciplina della responsabilità civile da parte della *Cour de Cassation*. In particolare, con un importante *arrêt* del 28 giugno 2024, l'*Assemblée Pléniére* ha deciso di riformulare la responsabilità genitoriale in caso di esercizio congiunto della potestà genitoriale, pervenendo nella sostanza a sopprimere l'esigenza della coabitazione quale condizione per l'*engagement* della responsabilità civile dei genitori. Tant'è che, mentre l'articolo 1242, co. 4, *Code civil* dispone ancora che « *le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux* », la *Cour de Cassation* afferma che «*les deux parents, lorsqu'ils exercent l'autorité parentale à l'égard de leur enfant mineur, sont solidairement responsables des dommages causés par celui-ci dès lors que l'enfant n'a pas été confié à un tiers par une décision administrative ou judiciaire*»[32].

3.1. Prima dell'*arrêt* dell'*Assemblée Pléniére*

La storia del criterio della convivenza è caratterizzata dalla progressiva scomparsa della sua dimensione materiale. La sentenza dell'*Assemblée Pléniére* del 28 giugno 2024 costituisce l'ultima tappa di questa evoluzione. Per meglio comprenderla è opportuno ricordare che, sebbene il legislatore sia intervenuto nel tempo in più occasioni, modificando pur se solo parzialmente, il testo dell'art. 1384, comma 4, *Code civil*, ha sempre

[31] M. Barba, *Réformer la responsabilité civile, juste une fois*, cit. 537 ss.

[32] Cass. Ass. plén., 28 juin 2024, n° 22-84760, § 28, in *D.*, 2024, 1751, note L. Perdrix , e 1548, obs. P. Bonfils e A. Gouttenoire; in *AJ fam.*, 2024. 467, obs. J. Houssier; in *RTD civ.*, 2024. 628, obs. A.-M. Leroyer.

mantenuto ferma la regola secondo la quale la responsabilità dei genitori è subordinata alla convivenza del minore con essi. In origine, tale responsabilità era collegata all'esercizio della potestà paterna; successivamente, nel 1970, al fine di recepire le evoluzioni del diritto di famiglia, il legislatore l'ha ricondotta all'esercizio del « *droit de garde* »[33], per poi ancorarla, nel 2002, all' « *autorité parentale* », conferendo così l'attuale fisionomia all'art. 1384, comma 4, del *Code civil* (diventato com'è noto, con l' « *Ordonnance* n° 2016-131 *du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », articolo 1242, comma 4, senza modifiche del tenore)[34].

Le due riforme del 1970 e del 2002, non hanno inciso sulla filosofia originaria sottesa al testo codicistico, lasciandone invariati gli assunti fondamentali; al contrario, l'hanno confermata, rafforzando le garanzie offerte alla vittima attraverso la solidarietà tra i genitori ed esplicitando i due doveri alla base della responsabilità genitoriale: l'educazione, mediante l'esercizio dell'autorità parentale, e la sorveglianza, resa possibile dalla coabitazione. Con una serie di interventi, è stata invece la giurisprudenza a sovvertire progressivamente il fondamento tradizionale della responsabilità di cui all'art. 1384, co. 4 (oggi art. 1242, co. 4), *Code civil*.

Nel maggio 1984, una raffica di pronunce dell'*Assemblée Pléniére*, eliminando il requisito del discernimento per l'attribuzione della responsabilità personale al minore, sancì una sostanziale « *objectivation* » della responsabilità civile dei genitori per il fatto commesso dall'*enfant*[35].

Quell'evoluzione rappresentò ben più di un semplice ampliamento della responsabilità dei genitori: essa incise in profondità sulle ragioni di quell'obbligazione risarcitoria. Non più finalizzata a facilitare la riparazione di un danno ingiustificatamente causato, bensì a permettere il ristoro di danni cagionati da un fatto del tutto ordinario. Si trattò di una svolta tanto radicale – e sotto certi aspetti sorprendente – che faticò a trovare piena applicazione nelle aule giudiziarie, fino a quanto l'*Assemblée plénière* del 2002 stabilì chiaramente come il semplice fatto dannoso di un minore fosse sufficiente ad impegnare la responsabilità dei genitori[36].

La *Cour de cassation* inoltre, compiendo una sorta di atto di forza giudiziario, giunse di fatto a cancellare la possibilità per i genitori (pur prevista dal comma 7, già comma 5, dell'art. 1384, *Code civile*) di escludere la propria responsabilità dimostrando l'assenza di

---

[33] A seguito delle modifiche apportate L. n° 70-459 du 4 juin 1970 *relative à l'autorité parentale*, l'art. 1384, co., 4, *Code civile*, stabiliva: « *Le père et la mère, en tant qu'ils exercent le droit de garde, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux* »

[34] La versione attuale dell' art. 1242, co. 4, *Code civil* (nel quale è stato trasfuso l'art.1384, co. 4, come modificato dalla L. n° 2002-305 du 4 mars 2002 *relative à l'autorité parentale*) stabilisce: « *Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux* ».

[35] Cass. Ass. plén., 9 mai 1984, n. 80-14994; n. 80-93031; n. 80-93481; n. 79-16612, in *Bull. civ. ass. plén.*, nn. 1-4.

[36] Cass. Ass. plén., 13 déc. 2002, n° 00-13787; 01-1400, in *Bull. Ass. Plén*. nn. 3 e 4.

colpa nell'educazione o nella sorveglianza dei figli[37]. Con lo storico *arrêt Bertrand*, la responsabilità dei genitori prevista dall'articolo 1384, comma 4 (oggi articolo 1242, comma 4 del Code civil) assunse pienamente i tratti di una responsabilità «*de plein droit*»[38].

La svolta giurisprudenziale si ripercosse pure sulla condizione della convivenza. Già allora non mancò chi la considerò un elemento superfluo della responsabilità civile dei genitori, se non addirittura inutile[39]. In ogni caso, nel nuovo indirizzo sfumò la rilevanza della connotazione materiale, legata alla convivenza effettiva. A partire dagli anni 2000, la *Cour de Cassation* adottò una concezione di carattere formale di coabitazione identificandola con la residenza abituale del minore, a prescindere dalla presenza quotidiana o dalla partecipazione concreta dei genitori alla vita del figlio[40]. Questa evoluzione ebbe conseguenze importanti per i genitori, soprattutto per quelli ottenenti l'affidamento dei figli con una decisione amministrativa o giudiziaria a seguito di un divorzio o di una separazione. In casi del genere, l'attribuzione della responsabilità dei genitori diventò quasi automatica. Questi ultimi rimangono responsabili delle azioni dei propri figli anche quando non sono fisicamente con loro: la giurisprudenza attribuisce la responsabilità per il fatto dannoso commesso dal figlio o dalla figlia minore viene attribuita al genitore presso il quale risulta fissata la residenza abituale dell'*enfant*, pur quando il minore lo abbia cagionato quando soggiornava, anche stabilmente, presso l'altro genitore o presso terze persone[41]. Di converso, per un'interpretazione del genere non responsabile è il genitore presso il quale non è stata fissata la residenza del minore, anche se questi si trovava presso di lui al momento del danno e se tale genitore esercitava anche la potestà genitoriale[42].

---

[37] Cass. 2e civ., 19 févr.1997, n° 94-21.111, in *Bull. civ.*, II, n° 56; in *D.*, 1997, 265, note Jourdain, 279, chron. C. Radé, 290, obs. D. Mazeaud; in *RTD civ.,* 1997, 648, obs. J. Hauser, e 668, obs. P. Jourdain; in *JCP* 1997. II. 22848, concl. R. Kessous, note Viney; in *Gaz. Pal*. 1997. 2. 572, note Chabas: in quell'occasione, la *Cour de Cassation* utilizzò la formula seguente: « *Seule la force majeure ou la faute de la victime pouvait exonérer M. Jean-Claude Bertrand de la responsabilité de plein droit encourue du fait des dommages causés par son fils mineur habitant avec lui* ».

[38] Julien, *Responsabilité du fait d'autrui*, in *Rép. civ. Dalloz*, 2019, n° 86.

[39] Ponseille, *Le sort de la condition de cohabitation dans la responsabilité civile des père et mère du fait dommageable de leur enfant mineur*, in *RTD civ*., 2003, 645 ss. ; Julien, *Responsabilité du fait d'autrui*, cit., n° 85: « *Puisque le fondement de la responsabilité des parents ne réside plus dans la faute de surveillance, dont la cohabitation permettait l'exercice, pourquoi maintenir cet obstacle à la réparation du préjudice subi par les victimes ?* ».

[40] Cass. 2e civ., 20 janvier 2000, n° 98-14479, in *Bull. civ*.,2000, n. 14.

[41] Tra le altre, v. Cass. 2e civ., 16 nov. 2000, n° 99-13023, in *D.*, 2002, 1309, note Jourdain; in *RTD civ.*, 2001, 603, note Jourdain; in *JCP G*, 2001, I, 340, note Viney; Cass. 2e civ., 29 mars 2001, n° 98-20721, in *Bull. civ.*, II, n° 69; *D.*, 2002, Somm., 1309, note Jourdain; in *RTD civ.*, 2001, 603, note Jourdain; in *JCP G*, 2002, II 10071, note Prigent; e ancora Cass. crim., 29 avril 2014, n° 13-84207, in *D.*, 2014, 1620, nota Perdrix; in *D*. 2015, 124, note Brun e Gout; in *RTD civ.*, 2014, 639, note Hauser; Cass. crim., 2 déc. 2014, n° 13-85727, in *Resp. civ. et assur*., 2015, n° 6, note Groutel.

[42] Cass. crim. 6 nov. 2012, n° 11-8685716, in *D.* 2012, 2658, note Gallmeister; in *AJ fam.*, 2012, 613, note Chénedé; in *RTD civ*. 2013, 106, note Hauser.

Questa interpretazione ha determinato paradossalmente un trattamento differenziato dei genitori del bambino autore del danno[43]. La giurisprudenza difatti si è dimostrata molto severa nei confronti del genitore presso il quale risulta fissata la residenza abituale dell'*enfant*, mentre nei confronti dell'altro genitore l'orientamento è più comprensivo e tollerante. Inoltre la riforma introdotta dalla «*loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale*», prevedendo la *résidence alternée* del minore, a seguito di decisione dal giudice, su richiesta dei genitori o d'ufficio in caso di disaccordo tra loro (art. 373-2-9, *Code civil*), ha suscitano nuove questioni in tema di responsabilità dei genitori laddove l' *autorité parentale* sia esercita secondo la nuova modalità[44].

Il tema sulla concezione della convivenza come condizione per l'attribuzione della responsabilità genitoriale era dunque oggetto di dibattito da parte della dottrina francese. Un ripensamento era molto atteso. Il cambiamento, pur contemplato nel progetto di legge sulla riforma della responsabilità civile, è stato invece introdotto nella giurisprudenza. Infatti, una delle principali modifiche annunciate nel progetto di riforma renderebbe responsabili di pieno diritto i genitori del minore « *en tant qu'ils exercent l'autorité parentale* »[45] . Con la riforma, la condizione di convivenza verrebbe del tutto soppressa. In attesa della riforma ci ha pensato, la giurisprudenza ad attribuirle un nuovo volto.

3.2. Conseguenze dell'*arrêt* del 28 giugno 2024

La vicenda processuale che sfocia nella decisione dalla quale si sono prese le mosse si inserisce nel contesto ora sinteticamente illustrato. Sul piano dei fatti, trova origine nei gravi atti di delinquenza di un minore, il quale viene condannato penalmente per alcuni incendi dolosi. Quanto alla responsabilità civile, nei diversi gradi di giudizi le decisioni approdano ad esiti di diverso segno. La condanna di primo grado di entrambi i due genitori, viene annullata dalla *Cour d'Appel* di Aix-en-Provence nella parte in cui dichiarava il padre civilmente responsabile: la residenza del ragazzo a seguito del divorzio dei genitori

---

[43] Al riguardo si rammenta che nel corso della vicenda sfociata nell'*arrêt* dell'*Assemblée Pléniére* del 28 giugno 2024, venne sollevata una questione prioritaria di costituzionalità relativa all'articolo 1242, co. 4, *Code civil*, sulla quale si pronuncia il *Conseil costitutionnel* (*Cons. const*., QPC, 21 avr. 2023, n° 2023-1045, in *Dalloz actualité*, 11 mai 2023, obs. A. Cayol). Fedeli al loro orientamento volto a non ingerire nella disciplina della responsabilità civile, i *« Sages »* hanno ritenuto giustificata la differenza di trattamento tra il genitore presso il quale è stata fissata la residenza del minore e l'altro genitore, in quanto « *est fondée sur une différence de situation, est en rapport avec l'objet de la loi* ». La decisione fa eco a quella del Cons. cost., OPC 10 marzo 2023, n. 2023-1036, che ha giudicato l'art. 1245-11 *Code civil*, nella parte in cui restringe il campo di applicazione dell'esonero per rischio da sviluppo previsto in materia di responsabilità per prodotti difettosi, non contrario al principio di eguaglianza: sul tema v. Borghetti, *L'exonération pour risque de développement à l'*épreuve *du principe d'*égalité *devant la loi, ou Fernand Raynaud au Conseil constitutionnel*, in *RDC*, 2023, 21 ss.

[44] Sul tema, tra gli altri, Bloch, *Résidence alternée de l'enfant : responsabilités solidaires des parents ?*, in *Resp. civ. et assur*. 2013, n° 11, alerte 35.

[45] V. l' art. 1246, «*Projet de réforme de la responsabilité civile* », Ministère de la Justice, 13 mars 2017.

era stata fissata a casa della madre. Mancava dunque l'elemento della coabitazione quale fondamento, assieme all'esercizio dell'*autorité parentale*, della responsabilità dei genitori *ex* art. 1242, co. 4., *Code civil*.

La causa giunta, su ricorso della madre e del ragazzo, all'esame della *Cour de Cassation* viene rinviata dalla sezione penale all'*Assemblée plénière*[46]. Operando un *revirement* della giurisprudenza precedente, con una motivazione particolarmente articolata, l'*Assemblée plénière* evidenzia come la sua giurisprudenza tradizionale, che esonera di pieno diritto dalla responsabilità il genitore presso il quale non è stata fissata la residenza abituale del minore, « *se concilie imparfaitement avec l'objectivation progressive de la responsabilité civile des parents du fait de leur enfant mineur, qui permet notamment une meilleure indemnisation des victimes* » e « *s'accorde également imparfaitement avec l'objectif de la loi du 4 mars 2002 de promouvoir le principe de la coparentalité*».

La *Cour de Cassation* deduce quindi che « *l'ensemble de ces considérations conduit la Cour à interpréter la notion de cohabitation comme la conséquence de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, laquelle emporte pour chacun des parents un ensemble de droits et de devoirs, et à juger que leur cohabitation avec un enfant mineur à l'égard duquel ils exercent conjointement l'autorité parentale ne cesse que lorsque des décisions administratives ou judiciaires confient ce mineur à un tiers* »[47].

Alcuni commentatori hanno colto, nella decisione, l'emergere di un principio trasversale e strutturale in materia di responsabilità civile: la responsabilità rappresenta una sorta di corrispettivo dell'autorità genitoriale. In questa prospettiva, essa si configura come una conseguenza necessaria dell'esercizio dell'autorità, secondo un orientamento teorico di ampio respiro, idoneo ad assumere una funzione sistematica, in particolare nel contesto della responsabilità genitoriale. In tale quadro, i genitori titolari dell'*autorité parentale* che non convivono con il minore sono comunque chiamati a partecipare attivamente alla sua educazione: questa sembra essere la *ratio decidendi* dell'*Assemblée plénière*[48].

La formula utilizzata dall'*Assemblée plénière* non ha mancato di suscitare più di un interrogativo tra i commentatori d'oltralpe. Tra l'altro, si mette in luce come, pur dopo

---

[46] Rinvio all'*Assemblée plénière* giustificato dagli argomenti addotti dalle parti, le quali, tra l'altro, lamentavano come l'interpretazione data dalla giurisprudenza precedente dell'articolo 1242, comma 4, *Code civil* (per la quale, in caso di divorzio o separazione, responsabile di pieno diritto era il solo genitore presso il quale era stata fissata la residenza abituale del figlio, anche se l'altro genitore, beneficiario di un diritto di visita e di ospitalità, esercitava congiuntamente la potestà genitoriale) ledesse il « *droit de mener une vie familiale normale et à l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant résultant des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 ainsi qu'au respect de la vie privée et au principe d'égalité devant la loi, consacrés par les articles 2 et 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789* » : Cass. crim., 28 nov. 2023, n° 22-84760, FS-D, renvoi.

[47] Cass. Ass. plén., 28 juin 2024, n° 22-84760, § 28.

[48] Brun, Gout, Quézel-Ambrunaz, *Responsabilité civile. Novembre 2023 - octobre 2024*, in *D.*, 2025, 22. Ss

la sentenza permanga un certo grado di incertezza circa la nozione di convivenza accolta dalla *Cour de cassation*[49]. Peraltro, l'abbandono di ogni dimensione materiale emerge dalla sentenza allorché la Corte esplicita che « *les deux parents, lorsqu'ils exercent conjointement l'autorité parentale à l'égard de leur enfant mineur, sont solidairement responsables des dommages causés par celui-ci dès lors que l'enfant n'a pas été confié à un tiers par une décision administrative ou judiciaire* »[50].

L'*Assemblée plénière* non esclude, in ogni caso, la rilevanza giuridica della convivenza. Piuttosto, la formula adottata sembra attribuire alla convivenza la funzione di indicatore del mantenimento del controllo sullo stile di vita del minore. Se, infatti – come affermato – la responsabilità genitoriale si fonda sull'esercizio dell'autorità parentale indipendentemente dalla presenza fisica del minore, ne deriva che tale responsabilità non si fonda sulla possibilità di vigilare sull'attività quotidiana o di regolare gli atti consueti del minore, bensì su prerogative più ampie e strutturali, quali l'organizzazione, la direzione e il controllo del suo stile di vita. Di conseguenza, la responsabilità può venir meno soltanto laddove tale controllo sia stato formalmente trasferito a un terzo, mediante provvedimento amministrativo o giudiziario[51]. La pronuncia dell'*Assemblée plénière* evidenzia, seppur indirettamente, l'opportunità di un intervento legislativo che proceda a una revisione organica della disciplina della responsabilità civile dei genitori[52].

4. La responsabilità per « *troubles de voisinage* » entra nel *Code civil*

A suscitare l'attenzione dei colleghi d'oltralpe lo scorso d'anno è stato anche l'inserimento nel *Code civil* di una disposizione normativa volta a disciplinare i « *troubles de voisinage* ». L'art. 1253, co. 1, *Code civil* prevede ora che « *Le propriétaire, le locataire, l'occupant sans titre, le bénéficiaire d'un titre ayant pour objet principal de l'autoriser à occuper ou à exploiter un fonds, le maître d'ouvrage ou celui qui en exerce les pouvoirs qui est à l'origine d'un trouble excédant les inconvénients normaux de voisinage est responsable de plein*

---

[49] Dalla *Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale* emerge, in particolare, un approccio di tipo funzionale, per il quale, come recita l'art. 371-1, *Code civil*, « l'*autorité* parentale est *un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* » : Perdrix, *La cohabitation de l'enfant avec ses parents : une condition de la responsabilité parentale entre effacement et mutation*, in *D.*, 2024, 1751 ss.

[50] Cass. Ass. plén., 28 juin 2024, n° 22-84760, § 30.

[51] Per maggiori dettagli, v. Perdrix, *La cohabitation de l'enfant avec ses parents : une condition de la responsabilité parentale entre effacement et mutation*, cit., 1751 ss.

[52] Il testo dell art. 1246 del *Projet de réforme de la responsabilité civile*, Ministère de Justice, mars 2017, recita : « *Sont responsables de plein droit du fait du mineur : - ses parents, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale ; - son ou ses tuteurs, en tant qu'ils sont chargés de la personne du mineur ; - la personne physique ou morale chargée par décision judiciaire ou administrative, d'organiser et contrôler à titre permanent le mode de vie du mineur. Dans cette hypothèse, la responsabilité des parents de ce mineur ne peut être engagée* ».

droit du dommage qui en résulte ». Il testo prevede poi un'eccezione a questo principio di responsabilità basato sulla cosiddetta teoria della pre-utilizzazione: « *Sous réserve de l'article L. 311-1-1 du code rural et de la pêche maritime, cette responsabilité n'est pas engagée lorsque le trouble anormal provient d'activités, quelle qu'en soit la nature, existant antérieurement à l'acte transférant la propriété ou octroyant la jouissance du bien ou, à défaut d'acte, à la date d'entrée en possession du bien par la personne lésée. Ces activités doivent être conformes aux lois et aux règlements et s'être poursuivies dans les mêmes conditions ou dans des conditions nouvelles qui ne sont pas à l'origine d'une aggravation du trouble anormal* »[53].

L'iniziativa è frutto della volontà del legislatore e del governo francese di procedere alla codificazione del regime di responsabilità civile in caso di disturbi anormali di vicinato, al fine di rispondere in modo più specifico alle preoccupazioni del mondo rurale. Nel corso del tempo, si sono succeduti, senza successo, diversi tentativi di inserire la disciplina dei disturbi di vicinato nel codice civile[54]. Ad imprimere un'accelerazione all'*iter* riformatore ha contributo l'approvazione della *Loi du 29 janvier 2021 visant à définir et protéger le patrimoine sensoriel des campagnes françaises* (c.d. « *loi du coq Maurice* »)[55]. L'articolo 3 della legge prevedeva in particolare che il Governo presentasse al Parlamento, entro la fine del 2021, « *un rapport examinant la possibilité d'introduire dans le code civil le principe de la responsabilité de celui qui cause à autrui un trouble anormal de voisinage* »[56]. Sulla base del rapporto governativo è stata elaborata una nuova proposta di legge, culminata nell'adozione della *Loi n° 2024-346 du 15 avril 2024 visant à adapter le droit de la responsabilité civile aux enjeux actuels*, la quale ha introdotto, tra l'altro, l'articolo 1253 nel *Code civil*.

La collocazione del nuovo articolo nella trama del *Code civil* ha suscitato, come era prevedibile, una pluralità di reazioni dottrinali. Alcuni l'hanno interpretata come un mero recepimento della giurisprudenza consolidata. La realtà si presenta ben più comples-

---

[53] L'articolo è stato inserito dalla *Loi n° 2024-346 du 15 avril 2024 visant à adapter le droit de la responsabilité civile aux enjeux actuels*.

[54] In particolate, il «*Projet de réforme de la responsabilité civile* » Mars 2017, alla « *responsabilité en cas de trouble anormal de voisinage* » dedicava l'art. 1244, con il seguente testo. « *Le propriétaire, le locataire, le bénéficiaire d'un titre ayant pour objet principal de l'autoriser à occuper ou à exploiter un fonds, le maître d'ouvrage ou celui qui en exerce les pouvoirs, qui provoque un trouble excédant les inconvénients anormaux de voisinage, répond de plein droit du dommage résultant de ce trouble. Lorsqu'une activité dommageable a été autorisée par voie administrative, le juge peut cependant accorder des dommages et intérêts ou ordonner les mesures raisonnables permettant de faire cesser le trouble* ».

Tra gli altri, v. l'« *Avant-projet de réforme du droit des biens, art. 629 et 630 C. civ. insérés dans un titre V sur « les relations de voisinage »* ; nonchè i *projets de réforme Catala e Terré*.

[55] La denominazione si ispira alla vicenda di Maurice, un gallo dell'isola di Oléron, divenuto simbolo della resistenza della ruralità francese contro la città: i vicini infastiditi dal suo canto mattutino, avevano intentata una causa contro i proprietari del pennuto. Il tribunale Rochefort-sur-Mer ha autorizzato però l'animale a continuare a salutare l'alba con i suoi *cocorico* (TI Rochefort-sur-Mer, 5 sept. 2019, n° 11-19-000233).

[56] Loi n° 2021-85 du 29 janvier 2021 *visant à définir et protéger le patrimoine sensoriel des campagnes françaises*.

sa. Per cogliere appieno la portata dell'intervento legislativo, appare dunque opportuno ripercorrere, seppur sinteticamente, l'evoluzione della disciplina della materia.

4.1. L'evoluzione giurisprudenziale della responsabilità per « *troubles de voisinage* »

A differenza di altre esperienze codicistiche[57], il *Code Napoléon* si caratterizzava per non contenere alcuna disposizione espressa relativa alla fattispecie delle immissioni[58]. Frutto di una specifica *policy* legislativa, la problematica delle immissioni fu oggetto invece di una disciplina concorrente a livello amministrativo. La teoria dei *troubles de voisinage*, infatti, era ben conosciuta sia alla dottrina che alla giurisprudenza francesi precedenti alla codificazione[59]. All'indomani dell'entrata in vigore del *Code civil*, gli interpreti francesi si adoperarono per recuperare la fattispecie. Ne conseguì che la disciplina francese delle immissioni si è sviluppata come una « *création purement prétorienne* »[60].

Pur in presenza di orientamenti dottrinali tutt'altro che univoci, la *Cour de Cassation* ha progressivamente elaborato una *doctrine jurisprudentielle* volta ad assicurare tutela in presenza di *troubles de voisinage* che avessero assunto la consistenza di *inconvénients extraordinaires*[61]. Ricondotta Inizialmente nell'ambito della *responsabilité délictuelle* fondata sull'articolo 1382 *Code civil*, la costruzione giurisprudenziale ha nel tempo acquisito l'autonomia di un vero e proprio regime di responsabilità oggettiva, svincolato dall'accertamento della colpa. Con una decisa rottura rispetto agli approdi precedenti, la *Cour de Cassation* ha affermato una forma di responsabilità fondata unicamente sul carattere anomalo del disturbo[62], ed elevato a principio generale l'adagio secondo cui «*nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage*»[63].

Una volta chiarito il fondamento della responsabilità per *troubles de voisinage*, altre criticità hanno continuato ad alimentare un significativo contenzioso innanzi alle corti

---

[57] Si pensi tra le altre, all'art. 844 del Codice civile domestico.

[58] Cfr. Capoulade, *Les troubles de voisinage*, in *La protection du voisinage et de l'environnement*, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Tome XXVII, 1976, 93 ss.

[59] Sul tema anche Visintini, *Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato (Studio comparativo del diritto francese ed italiano),* in *Riv. dir. civ.*, 1974, II, 681 ss.

[60] Caballero, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Paris, 1981,195 ss.

[61] Cass. civ., 27 novembre 1844, in Terré e Lequette, par, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, 11ème éd., 2000, n° 74 ; nonché sul tema, Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947, 162 ss.

[62] Così a partire da Cass. 2e civ., 24 mars 1966, n° 64-10.737, in *legifrance.gouv.fr*; e in seguito, tra le altre, Cass. 3e civ., 4 février 1971, n° 69-12.528, in *legifrance.gouv.fr*.

[63] Cass. 2e civ., 19 nov. 1986, 84-16.379, in *Bull. civ.*, II, n° 172; Cass. 3e civ., 11 février 1998, n° 96-10.257, in *Bull. civ*., III, n° 34, in *D.*, 1999, *Jur*., 529, note Beaugendre; Cass. 2e civ., 28 juin 1995, n° 93-12.681, in *Bull. civ*. II, n° 222, in *RD imm*., 1996, 175, obs. J.-L. Bergel; Cass. 3e civ., 11 mai 2000, n° 98-18.249, in *Bull. civ*. III, n° 106; Cass. 3e civ., 10 déc. 2003, in *RD imm*., 2003, 168, obs. F.-G. Trébulle; Cass. 3e civ., 16 mars 2022, FS-B, n° 18-23.954, in *Dalloz Actualité*, 15 avril 2022, note Bigot.

francesi. Prima fra tutte la determinazione della linea di demarcazione tra i *troubles de voisinage* tollerabili e quelli suscettibili di essere ritenuti anormali, nonché la delimitazione dell'ambito di tale responsabilità, sia dal punto di vista delle vittime legittimate ad agire per ottenere un risarcimento, sia dal punto di vista dell'individuazione dei responsabili. Proprio con riguardo a quest'ultimo aspetto, sebbene permangano alcuni margini di incertezza[64], la giurisprudenza ha progressivamente identificato la gamma dei soggetti suscettibili di essere chiamati a rispondere extra contrattualmente, al di là del proprietario del fondo, dei *troubles de voisinage* subiti dalla vittima[65].

Neppure è esente da critiche la c.d. *théorie de la préoccupation*, consacrata dal legislatore attraverso diversi interventi normativi, che limita la responsabilità per i disturbi del vicinato quando l'attività contestata era preesistente all'insediamento della parte che lamenta il danno[66].

4.2. Qualche riflessione del nuovo art. 1253 *Code civil*

La collocazione del nuovo articolo 1253 nel *Code civil*[67] induce a supporre che il legislatore abbia inteso privilegiare il fondamento personale della teoria della responsabilità per « *troubles de voisinage* »[68], a scapito di un'impostazione fondata su un criterio reale, legato alla relazione tra i fondi[69]. Le diverse proposte di riforma elaborate nel corso del tempo si caratterizzavano del resto per l'intento di assicurare una più ampia tutela della qualità della vita umana. La soluzione adottata ha tuttavia parzialmente deluso le aspettative di coloro che auspicavano l'introduzione di regole finalizzate non solo alla protezione della persona, ma anche alla salvaguardia dell'ambiente naturale o, più semplicemente, alla preservazione dell'integrità dei fondi turbati[70]. La questione ambientalista,

---

[64] Cass. 3e civ., 21 mai 2008, n° 07-13.76.

[65] V., tra le altre, Cass. 3e civ., 30 juin 1998, n° 96-13.039, quanto alla responsabilità del subappaltatore; Cass. 3e civ., 22 juin 2005, n° 03-20.068, per la responsabilità dei «*voisins occasionnels*»; Cass. 3e civ., 17 avril 1996, n° 94-15.876, con riguardo ai presupposti per la responsabilità di terzi quali «*constructeur, occupant, locataire*».

[66] Tra gli altri, v. Viney, Jourdain e Carval, *Les régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité*, in *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 4me éd., 2017, 39 ss.

[67] L'art. 1253 è stato inserito nel nuovo captolo IV, nell'ambito del sottotitolo II (« *La responsabilité extracontractuelle* ») del titolo III (« *Des sources d'obligations* ») du livre III (« *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* ») del *Code civil*, dopo gli articoli dedicati alla riparazione del *préjudice écologique*.

[68] Del resto già le *Chambres civiles* della *Cour de cassation* considerano all'unanimità l'azione di risarcimento per disturbi anomali di vicinato un'azione personale prescrivibile in cinque anni: Cass civ. 2e, 7 mars 2019, n° 18-10.074, in *AJDI*, 2019, 308; Cass. civ. 3e, 16 janv. 2020, n° 16-24.352, in *D.*, 2020, 466, note Rias, e 1761, obs. N. Reboul-Maupin; in *RDI* 2020. 120, étude C. Charbonneau.

[69] Lo segnala Reboul-Maupin, *Une responsabilité pour troubles anormaux de voisinage insérée dans le code civil : le droit des biens sacrifié sur l'autel de la responsabilité civile !*, in *D.*, 2024, 65.

[70] Reboul-Maupin, *Le droit du voisinage, instrument possible de préservation de l'environnement*, in Grimonprez, dir., Le *droit des biens au service de la transition écologique*, Paris, Dalloz, 2018, 85 ss.

tuttavia, appare meno problematica rispetto ad altre, potendo contare su una risposta articolata nel regime di risarcimento del danno ecologico contemplato nel *Code civil*[71].

Tra le altre perplessità suscitate dalla nuova disciplina, solleva delicate questioni interpretative qualche lemma della formula utilizzata dal legislatore per elencare i soggetti responsabili di « *troubles de voisinage* ». In particolare, il riferimento al « *bénéficiaire d'un titre ayant pour objet principal de l'autoriser à occuper ou à exploiter un fonds* » sembra non consentire di includere, ad esempio, tra gli eventuali responsabili il costruttore, giacché costui non può essere considerato beneficiario di un titolo il cui scopo principale è l'occupazione del bene.

D'altra parte, si osserva come il secondo comma estenda l'area delle esenzioni rispetto alla normativa precedente — in particolare rispetto all'abrogato articolo L. 113-8 *Code de la construction et de l'habitation*[72] – con il rischio di ripercussioni negative per l'ambiente. Più in generale, si rileva come, in nome della tutela degli agricoltori di fronte alle ripetute denunce dei neo-rurali, la nuova disciplina sui disturbi di vicinato possa interrompere la dinamica della protezione ambientale, con il pericolo che questa preziosa evoluzione giurisprudenziale perda il suo storico e riconosciuto valore[73]!

---

[71] L'articolo 1252 *Code civil* consente in effetti di ottenere misure di prevenzione e cessazione del danno causato all'ambiente stesso: « *Indépendamment de la réparation du préjudice écologique, le juge, saisi d'une demande en ce sens par une personne mentionnée à l'article 1248, peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage* ».

[72] L' Article L113-8 (ora aboragto) recitava in particolare : «*Les dommages causés aux occupants d'un bâtiment par des nuisances dues à des activités agricoles, industrielles, artisanales, commerciales, touristiques, culturelles ou aéronautiques, n'entraînent pas droit à réparation lorsque le permis de construire afférent au bâtiment exposé à ces nuisances a été demandé ou l'acte authentique constatant l'aliénation ou la prise de bail établi postérieurement à l'existence des activités les occasionnant dès lors que ces activités s'exercent en conformité avec les dispositions législatives ou réglementaires en vigueur et qu'elles se sont poursuivies dans les mêmes conditions*».

[73] Reboul-Maupin, *Une responsabilité pour troubles anormaux de voisinage insérée dans le code civil : le droit des biens sacrifié sur l'autel de la responsabilité civile !*, cit., 68.