

PROFITTO ILLECITO E INADEMPIMENTO DEL CONTRATTO: MODELLI E FUNZIONI DEL *DISGORGEMENT* TRA “VECCHIE” E “NUOVE” FATTISPECIE NEGOZIALI

| 567

Di Tommaso De Mari Casareto Dal Verme

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* 2. *Inadempimento opportunistico e disgorgement nei sistemi di common law.* – 3. *Modelli e funzioni del disgorgement “proprio” e “improprio”.* – 4. *Profitto e inadempimento dibattito italiano.* – 5. *Disgorgement e “nuove” fattispecie negoziali: l’inadempimento del contratto avente ad oggetto lo sfruttamento economico di dati personali.* – 6. *Profitto e inadempimento tra risarcimento e restituzioni.* – 6.1. *Risarcimento del danno.* – 6.2. *Ripetizione dell’indebitato e alienazione in mala fede della cosa indebitamente ricevuta (art. 2038, II co., c.c.).* – 6.3. *Arricchimento senza causa.* – 7. *Conclusioni.*

ABSTRACT. *La teoria economica dell’inadempimento efficiente legittima la scelta opportunistica del debitore di non adempiere alla propria obbligazione contrattuale ogniqualvolta i benefici attesi dall’inadempimento superino il costo del risarcimento eventualmente dovuto alla parte fedele, favorendo così un’allocazione più efficiente delle risorse. Nei contesti giuridici di common law a tale impostazione si è da tempo contrapposto il rimedio del disgorgement, che – pur con taluni limiti applicativi – consente di imporre al debitore inadempiente la restituzione al creditore del vantaggio indebitamente ottenuto, anche in assenza di un effettivo danno. Nel dibattito italiano, al contrario, la dottrina ha tradizionalmente rilevato l’assenza di un simile rimedio nell’ordinamento positivo, se non la sua incompatibilità con taluni suoi principi cardine, sebbene non siano mancati tentativi di individuare basi giuridiche per un’applicazione analogica o un’interpretazione evolutiva degli istituti esistenti. Alla luce dei più recenti sviluppi della giurisprudenza straniera e dell’emersione della rilevanza del fenomeno nell’ambito di nuove fattispecie negoziali – come quelle aventi ad oggetto lo scambio tra contenuti o servizi digitali e dati personali – si intende proporre una nuova riflessione che, muovendo dall’enucleazione di taluni modelli e funzioni del disgorgement quale categoria giuridica descrittiva, tenti di verificare se detti modelli siano compatibili con gli schemi e le funzioni del sistema rimediale italiano, con l’obiettivo individuare il giusto temperamento tra effettività della tutela e l’esigenza di fornire adeguati incentivi all’adempimento, valorizzando gli interessi concretamente emergenti dalla prassi giudiziaria.*

The efficient breach theory in contract law endorses a debtor’s deliberate decision not to perform a contractual obligation when the benefit from the breach exceeds the potential cost of compensating the victim, thereby promoting a more efficient allocation of resources. In common law systems, this view has long been countered by the remedy of disgorgement, which – despite certain limitations – allows courts



to require the breaching party to surrender profits wrongfully obtained, regardless of any actual loss. In the Italian legal debate, by contrast, scholars have traditionally viewed disgorgement as either absent from or incompatible with the foundational principles governing contractual remedies. Still, some commentators have attempted to ground such a remedy by reinterpreting existing legal institutions through analogical or evolutionary reasoning. Against the backdrop of recent foreign case law and the increasing prominence of new contractual dynamics – such as exchanges involving digital content or services and personal data – this article reconsiders the relevance of disgorgement in the Italian legal context. It begins by identifying core models and functions of disgorgement as a descriptive legal category and assesses their potential compatibility with the structure and aims of Italian remedial system. The broader goal is to strike a balance between effective judicial protection and adequate incentives for performance, in light of the actual interests emerging from contemporary judicial practice.



1. Introduzione

La riflessione intorno alla relazione tra profitto e inadempimento del contratto – che costituisce un tema a lungo dibattuto nella civilistica italiana¹ – muove dall’eventualità in cui la parte di un contratto scelga intenzionalmente di non adempiere alle proprie obbligazioni dedotte nel regolamento negoziale sulla scorta di valutazioni di mera convenienza economica, quando cioè i vantaggi conseguibili dall’inesecuzione della prestazione superano l’eventuale ammontare del risarcimento del danno spettante alla parte fedele (inadempimento efficiente)². La domanda che sorge da un siffatto scenario è se vi sia un qualche fondamento giuridico alla possibilità che la vittima dell’inadempimento ottenga il pagamento di una somma corrispondente al profitto ottenuto dalla controparte, e cioè il maggior valore tra danno e arricchimento.

Nel contesto municipale tale prospettiva – salvo talune eccezioni (v. *infra*) – non sembra avallata dal diritto positivo. In dottrina talvolta si è tentata un’interpretazione evolutiva di istituti già conosciuti e positivizzati³, talaltra si sono ricercati nella legge indizi dell’esistenza di un principio generale in virtù del quale nessuno può arricchirsi a danno di altri⁴. Negli ultimi tempi, però, il rapporto tra profitto e inadempimento contrattuale sembra aver ricevuto una limitata considerazione da parte della dottrina italiana.

Al contrario, nel contesto degli ordinamenti di *common law* – ove all’emergenza del fenomeno è corrisposta l’elaborazione di una specifica fattispecie rimediabile, il cd. *disgorgement* – il dibattito ha continuato a svilupparsi e le recenti evoluzioni giurisprudenziali in questi ordinamenti, che

¹ La tematica si inserisce nel filone delle riflessioni dottrinali avviate da Rodolfo Sacco con la celebre elaborazione dell’«arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto» (R. SACCO, *Arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959). Nello sviluppo della trattazione, la definizione di “fatto ingiusto” giunge a ricomprendere svariate fattispecie, non solo quindi la violazione di diritti assoluti ma anche del diritto di credito. Successivamente, cfr. P. PARDOLESI, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005. Di recente la tematica è stata riattualizzata da S. GATTI, *Il problema dell’illecito lucrativo tra norme di settore e diritto privato generale*, Napoli, 2021; ID., *La polivalenza dell’arricchimento del danneggiante: da criterio di quantificazione del danno a misura della restituzione*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 6, 1893 ss.

² Cfr. P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 88 s., secondo cui considerazioni di efficienza economica impongono che il debitore si astenga dall’inadempimento solo quando questo porti a un risultato netto dannoso, cioè quando il danno procurato all’altro contraente sia maggiore del vantaggio ricavato dall’inadempimento. Viceversa, l’inadempimento non dovrebbe essere scoraggiato qualora il vantaggio che esso procura al debitore sia maggiore del danno subito dall’altra parte.

³ P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012, 129 ss.; ID., *Rimedi all’inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 6, 748 ss.; P. SIRENA, *La restituzione dell’arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 83 s.; I.A. CAGGIANO, *Disgorgement, Compensation and Restitution: A Comparative Approach*, in *Glob. Jur.*, 2016, 16(2), 265.

⁴ S. GATTI, *Il problema dell’illecito lucrativo*, cit., 3 s., osserva che, anche ove si ritenesse ingiustificato che la ricchezza creata rimanesse nel patrimonio del responsabile, il presupposto di una pretesa del soggetto leso a questa ricchezza e il criterio per stabilirne la misura risiederebbe comunque nella necessità che il suo trasferimento apparisse specularmente giustificato sulla scorta di un principio valido rinvenibile nell’ordinamento.



coinvolgono anche nuove fattispecie negoziali⁵, inducono a tentare una rimediazione della tematica nel contesto del nostro ordinamento.

Si tenterà, allora, di impostare una riflessione che, partendo dall'analisi casistica di “vecchie” e “nuove” fattispecie negoziali, si propone di perseguire un duplice obiettivo: (i) da un lato, enucleare taluni modelli e funzioni dall'analisi della prassi giudiziaria nel contesto angloamericano, ove il problema è destinatario di specifiche risposte rimediale; (ii) dall'altro, verificare se tali modelli siano compatibili con gli schemi e le funzioni delineati dall'ordinamento italiano. In tal guisa, si cercherà di comprendere se – in un'ottica evolutiva – non sia giunto il tempo per ridimensionare la rigidità di talune ricostruzioni radicatesi da tempo in ambito rimediale, anche nell'ottica di considerare interessi concretamente emergenti seppure non espressamente contemplati dalle norme e promuovere l'applicazione di uno standard omogeneo ed effettivo di tutela a situazioni giuridiche simili che sia capace, nel contempo, di fornire adeguati incentivi all'adempimento.

2. Inadempimento opportunistico e *disgorgement* nei sistemi di *common law*.

Come noto, l'istituto del *disgorgement* è stato plasmato nell'universo giuridico angloamericano, in cui si è rivelato storicamente impiegabile nell'ambito della commissione di diversi fatti illeciti⁶. Inteso in senso lato, esso si riferisce alla possibilità che la risposta rimediale ad un generico fatto illecito coincida – piuttosto che con il risarcimento della perdita subita dal danneggiato – con la restituzione al danneggiato del profitto ricavato dal danneggiante per mezzo dell'illecito⁷. Storicamente tale rimedio è stato impiegato nei casi di indebito sfruttamento della proprietà altrui (*conversion*), per poi estendersi alle fattispecie di violazione di obblighi fiduciari (*fiduciary duties*)⁸. Invece, la giurisprudenza riteneva generalmente non applicabile

⁵ Cfr. *infra*, parr. 2-5.

⁶ Sul punto, D. FRIEDMAN, *Disgorgement of Benefits Gained by Breach of Contract*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2016, 2, 581 ss., che, ad esempio, riporta come primo caso quello in cui la restituzione del profitto è stata ammessa nel caso in cui il convenuto aveva riscosso gli onorari usurpando un ufficio a cui l'attore aveva diritto (*Arris v. Stukely*, 86 Eng. Rep. 1060 (1677)). Successivamente, questa possibilità è stata estesa ai casi in cui il convenuto si era appropriato e aveva venduto una proprietà dell'attore (*Lamine v. Dorrell*, 92 Eng. Rep. 303 (1705)).

⁷ In questo senso, cfr. L.D. SMITH, *Disgorgement of the Profits of Breach of Contract: Property, Contract and Efficient Breach*, in *Can. Bus. L.J.*, 1994, 24, 122, che definisce il *disgorgement* come «a response whose measure is not the loss suffered by the plaintiff as a result of the wrong, but rather the gain realized by the defendant as a result of the wrong».

⁸ E.A. FARNSWORTH, *Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract*, in *Yale L. Journ.*, 1985, 94, 1369. L.D. SMITH, *op. cit.*, p. 122 riporta precedenti di impiego del *disgorgement* in casi di “conversion” (*United Australia Ltd. v. Barclays Bank Ltd.*, [1941] A.C. 1, [1940] 4 All E.R. 20 (H.L.); *Olwell v. Nye & Nissen Co.*, 26 Wash. 2d 282, 173 P.2d 652 (1946), “trespass to land” (*Ministry of Defence v. Ashman*, [1993] 40 Estates Gazette 144 (C.A.); *Penarth Dock Engineering Co. v. Pounds*, [1963] 1 Lloyd's Rep. 359 (Q.B.D.); *Edwards v. Lee's Administrators*, 265 Ky. 418, 96 S.W.2d 1028 (C.A., 1936) e “passing off” (*My Kinda Town Ltd. v. Soil*, [1983] R.P.C. 15 (Ch.D.)). Cfr. anche diffusamente D. FRIEDMAN, *Restitution of Benefits Obtained Through*



il *disgorgement* ai casi di “mero” inadempimento contrattuale (*mere breach of contract*)⁹, sulla scorta della funzione compensativa della responsabilità contrattuale, per cui il risarcimento doveva porre il danneggiato nella medesima situazione in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato correttamente eseguito¹⁰.

Nella giurisprudenza inglese, emblematico rispetto ai casi di *conversion* è il caso *Wrotham Park*¹¹, in cui la corte ha condannato la parte inadempiente – che aveva violato un accordo di non costruire sul terreno dell’attore – a restituire parte del profitto tratto dalla violazione, nonostante non ne fosse derivata alcuna diminuzione del valore di mercato del bene, sostanzialmente commisurando il danno al prezzo di un’ipotetica negoziazione tra le parti volta ad allentare quel vincolo (cd. *negotiating damages*)¹². Nell’ambito della violazione di obblighi fiduciari il *leading case* è statunitense, *Snepp vs. United States*¹³, in cui un ex agente della CIA aveva violato le proprie obbligazioni contrattuali pubblicando un libro attinente alle attività del suo ex datore di lavoro senza previa autorizzazione, causando così un danno irreparabile e venendo condannato alla restituzione dei profitti conseguiti dalla vendita del volume. Sempre nel contesto d’oltreoceano, alcuni precedenti testimoniano poi una peculiare interrelazione tra le due fattispecie menzionate nei contratti di vendita di terreni, in cui il giudice può qualificare il venditore come fiduciario (*trustee*) e l’acquirente come “*equitable owner*”, sicché il venditore sarà obbligato a restituire i profitti realizzati dall’eventuale rivendita del terreno al terzo a un prezzo superiore¹⁴.

Da un certo momento in poi nella dottrina sull’inadempimento contrattuale l’idea di commisurare il danno al profitto della parte inadempiente nasce come un possibile approccio alternativo ai consolidati *expectation da-*

the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong, in *Colum. L. Rev.*, 1980, 80, 507 s., 552 ss., per cui la restituzione dei profitti nei casi di *conversion* – e, quindi, su base proprietaria – si spiega perché «the essential attribute of property has traditionally been the existence of a right of exclusive enjoyment, so exploitation of property by another gives rise to an enrichment that is necessarily at the expense of the owner’s right» (p. 507). V’è, poi, la restituzione dei profitti derivanti dalla violazione di *fiduciary duties*, che non si spiega appieno attraverso la logica proprietaria ma si giustifica attraverso un approccio di deterrenza collegato all’obbligo di fedeltà che lega i soggetti dell’obbligazione.

⁹ E.A. FARNSWORTH, *op. cit.*, 1341 segnala la riluttanza delle corti ad applicare il *disgorgement* in queste ipotesi in quanto «a “mere” breach of contract is not a “wrong”».

¹⁰ Nella giurisprudenza inglese, cfr. *Flureau v. Thornhill* (1776) 2 Wm. B.L. 1078; 96 E.R. 635; *Robinson v. Harman* (1848) 1 Exch 850 (Jan. 18, 1848): «*the rule of the common law is, that where a party sustains a loss by reason of a breach of contract, he is, so far as money can do it, to be placed in the same situation, with respect to damages, as if the contract had been performed*».

¹¹ *Wrotham Park Estate Co. v. Parkside Homes Ltd* [1974] 1 W.L.R. 798.

¹² Nella specie, la corte inglese, negando, per ragioni sociali ed economiche, l’opportunità di un ordine di demolizione, si è chiesta: «*is it just that the plaintiffs should receive no compensation and that the defendants should be left in undisturbed possession of the fruits of their wrongdoing? Common sense would seem to demand a negative answer to this question*».

¹³ *Snepp vs. United States* (1980) 444 US 507.

¹⁴ In tal senso, *Timko v. Useful Homes Corp.*, 168 A. 824 (N.J. Ch. 1933); *Gassner v. Lockett* (1958) 101 So.2d 33. Sul punto, cfr. E.J. WEINRIB, *Punishment and Disgorgement as Contract Remedies*, in *Chicago-Kent Law Review*, 2003, 78, 82; D. FRIEDMAN, *Disgorgement of Benefits*, *cit.*, 585.



mages nei casi in cui il guadagno ottenuto dalla parte inadempiente sia facilmente quantificabile¹⁵. Da un punto di vista giuseconomico, tale approccio è stato però ostacolato dai sostenitori della teoria dell'*efficient breach*, secondo cui la violazione di un contratto sarebbe socialmente desiderabile se il beneficio economico per la parte inadempiente supera il danno subito dalla parte non inadempiente¹⁶. Di talché la regola del risarcimento del danno risulterà economicamente efficiente nella misura in cui la parte non inadempiente otterrà esattamente il valore della prestazione, mentre la controparte potrà trattenere – e sarà socialmente desiderabile che trattienga – il surplus di valore corrispondente al profitto generato dall'inadempimento¹⁷, producendo un'ottimale allocazione delle risorse che, di fatto, incoraggia l'inadempimento¹⁸.

La presente analisi, tuttavia, deve necessariamente muovere dal rifiuto della predominanza di valutazioni di pura efficienza economica sull'esigenza di garantire la certezza e la stabilità degli scambi, oltre all'affidamento della parte fedele¹⁹, che non dovrebbe cedere il passo di fronte a mere analisi costi-benefici²⁰. Non mancano, infatti, convincenti argomentazioni che, mettendo in dubbio l'efficienza dell'inadempimento opportunistico, aprono alla possibilità di applicare il *disgorgement*, specie quando favorisca la rinegoziazione, eviti arricchimenti ingiustificati o assicuri una tutela piena in presenza di beni infungibili o interessi non meramente economici²¹. Da un punto di vista economico, inoltre, il *disgorgement* mostrerebbe anche di garantire un maggiore livello di efficienza rispetto all'*efficient breach*, quando permetta di evitare i costi legati alle controver-

¹⁵ Per una ricostruzione storica, cfr. E.A. FARNSWORTH, *op. cit.*, 1352 ss., che osserva come per secoli, il risarcimento del danno contrattuale si è basato sulla tutela degli *expectation interests* della parte lesa. Successivamente, lo studio di Lon Fuller e William Perdue (L. L. FULLER e W.R. PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damages*, in *Yale L. Journ.*, 1936, 46(1), 52 ss.) ha suggerito di commisurare il danno ai *reliance interests*, cioè la fiducia riposta nel contratto. Altri studiosi, invece, hanno rilevato che il risarcimento dell'aspettativa può talvolta essere insufficiente a tutelare la parte lesa. Quest'ultimo approccio, allora, propone di commisurare il risarcimento in base al guadagno ottenuto dalla parte inadempiente (J.P. DAWSON, *Restitution or Damages?*, in *Ohio St. L. Journ.*, 1959, 20, 186 s.), suggerendo l'adozione di una forma alternativa di condanna pecuniaria, da applicare nei casi in cui l'inadempiente abbia ottenuto un guadagno facilmente quantificabile e maggiore del danno procurato alla controparte. Tuttavia, secondo Dawson, l'ostacolo principale a questa evoluzione risiederebbe in una tendenza consolidata del pensiero giuridico a irrigidire le categorie concettuali.

¹⁶ R.A. POSNER, *Economic analysis of law*, 3rd ed., Little Brown and Company, 1986, 79, 105 ss. Cfr. anche R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI e T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 2006, 138, per cui la decisione di non adempiere si rivela efficiente se la parte inadempiente ricava un beneficio sufficiente da consentirgli di pagare il risarcimento del danno e trattenere qualcosa per sé.

¹⁷ C.J. GOETZ e R.E. SCOTT, *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach*, in *Colum. L. Rev.*, 1977, 77, 558 s.

¹⁸ P. PARDOLESI, *Rimedi all'inadempimento contrattuale*, cit., 726.

¹⁹ *Ibid.*, 729.

²⁰ F. PARISI, A. PORAT e B.H. BIX, *Opportunistic Breach of Contract*, in *Canad. Journ. L. Juris.*, 2024, XXXVII (1), 200.

²¹ P. PARDOLESI, *Rimedi che non rimediano e alternative risarcitorie: il “disgorgement” dei profitti da inadempimento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 3, 483.



sie giudiziarie e alla loro eccessiva durata, causata anche dalle difficoltà per i giudici nel quantificare l'*expectation interest* della parte fedele²².

Nella giurisprudenza di *common law* si è, dunque, assistito ad un graduale riconoscimento dei *disgorgement interests* anche in casi di mero inadempimento contrattuale.

Nel contesto inglese, dopo una flebile apertura nel caso *Surrey County Council v. Bredero Homes*²³, la possibilità di ammettere il risarcimento dei cd. *restitutionary damages* è stata sancita all'inizio del nuovo millennio dalla pronuncia resa dalla House of Lords in *Attorney General v. Blake*²⁴, che ha dato un deciso cambio di direzione riconoscendo *account of profits* e *negotiating damages* come validi *gain-based remedies*²⁵. La corte, tuttavia, non ha comunque riconosciuto generale validità al rimedio, quanto invece la sua natura eccezionale, giustificabile cioè in soli due casi: (i) qualora il convenuto abbia realizzato proprio il comportamento che si era espressamente obbligato a non realizzare; ovvero (ii) qualora non abbia adempiuto esattamente alla prestazione promessa (cd. *skimped performance*). Mentre nel primo caso il potenziale profitto si concretizza nel guadagno direttamente tratto dal compimento della condotta inadempiente, nel secondo il profitto tratto dall'inadempimento coinciderebbe per lo più con il risparmio di spesa ottenuto dall'esecuzione di una prestazione inesatta o parziale, pur senza che la controparte abbia sofferto alcun danno economicamente valutabile: si pensi ai casi di risparmio di spesa tratto dalla realizzazione di un'opera non conforme a quanto commissionato dalla controparte²⁶, ovvero dall'impiego

²² Sono queste sinteticamente le argomentazioni di M.A. EISENBERG, *The Disgorgement Interest in Contract Law*, in *Mich. L. Rev.*, 2006, 105, 578 ss. Sul punto cfr. anche P. PARDOLESI, *Rimedi che non rimediano*, cit., 481 ss.; ID., *Rimedi all'inadempimento contrattuale*, cit., 731; D. FRIEDMAN, *The efficient breach fallacy*, in *Journ. Leg. St.*, 1989, 18(1), 4 ss.

²³ *Surrey County Council v. Bredero Homes Ltd* [1993] 1 W.L.R. 68 (C.A.). La corte è giunta a fondare la decisione di condanna del convenuto alla restituzione di parte del profitto tratto dalla costruzione di un numero maggiore di case rispetto a quanto pattuito sulla base del fatto che, non avendo l'attore sofferto alcun danno, il rimedio scaturiva dalla sola violazione contrattuale (e non, dunque, sulla violazione del diritto di proprietà) e, perciò, i danni dovevano essere "*merely nominal*".

²⁴ *Attorney General v. Blake* [2001] 1 A.C. 268, [2000] 3 W.L.R. 625. Nel caso di specie – simile al precedente americano in *Snepp* – un ex ufficiale del MI6, Blake, aveva violato i suoi obblighi contrattuali divulgando informazioni riservate e pubblicando la sua autobiografia. Infatti, Blake, un tempo spia fidata del Regno Unito che aveva lavorato segretamente per l'Unione Sovietica, aveva stipulato un contratto con il governo britannico che imponeva esplicite restrizioni sulla divulgazione di informazioni sensibili. La corte rilevava allora che permettere al convenuto di trattenere i benefici finanziari ottenuti dalla violazione avrebbe comportato un arricchimento ingiustificato. Tuttavia, la violazione non riguardava doveri fiduciari, ma l'inadempimento di una specifica clausola contrattuale.

²⁵ G. VIRGO, *The Principles of the Law of Restitution*, Oxford, Oxford University Press, 2024, 514.

²⁶ Emblematico in tal senso è il caso *Ruxley Electronics and Construction Ltd. v. Forsyth* [1995] 3 W.L.R. 1118 (H.L.), in cui il convenuto aveva realizzato una piscina con profondità inferiore a quella pattuita, ma comunque idonea ai tuffi e senza incidenza sul valore del bene. La House of Lords ha escluso il risarcimento parametrato al costo di ricostruzione, ritenuto sproporzionato, riconoscendo invece una restituzione commisurata al risparmio di spesa derivante dall'inadempimento.



di materiali meno pregiati rispetto a quelli pattuiti²⁷, senza tuttavia che il valore di mercato del bene ne risenta in alcun modo.

La giurisprudenza successiva a *Blake* ha, in realtà, gradualmente ridimensionato le fattispecie in cui poter riconoscere l'applicabilità dei rimedi basati sul profitto, sino alla pronuncia della Corte Suprema in *One Step (Support) Ltd v. Morris-Garner*²⁸ che, pur senza ribaltare *Blake*, da un lato ha affermato la natura compensativa (e non restitutoria) dei *negotiating damages* in *Wrotham* e, dall'altro, ha quindi limitato all'*account of profit* le ipotesi di *gain-based remedies*, di cui è stata ulteriormente evidenziata la natura eccezionale²⁹.

Nell'ordinamento statunitense il cambio di rotta è stato più netto. Anzitutto, già il *Restatement (Second) of Restitution* del 1983 ha offerto un appiglio per un possibile riconoscimento generale dell'istituto, riferendosi ad un generico profitto ottenuto dalla violazione di un dovere³⁰. Infatti, a ben guardare, talune pronunce – precedenti³¹ e successive³² al *Restatement* – hanno applicato la restituzione dei profitti in casi di inadempimento di obblighi di non concorrenza contrattualmente pattuiti.

Nel 2011 il §39 del *Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment* ha esplicitamente riconosciuto il *disgorgement* dei profitti – in alternativa al risarcimento dei danni – derivanti da inadempimento contrattuale, ma limitatamente alle seguenti condizioni: (i) quando l'inadempimento è sia intenzionale (*deliberate*) sia (ii) vantaggioso (*profitable*) e (iii) il rimedio del risarcimento del danno non offrirebbe adeguata protezione alla parte lesa.

La sua applicazione, quindi, è rimasta su base eccezionale³³ e la giurisprudenza successiva ha mostrato ancora una certa riluttanza in proposito³⁴, faticando a conciliare tale rimedio con il divieto di risarcimenti extra-compensativi quando si tratta di responsabilità contrattuale³⁵. Tuttavia, non mancano casi di applicazione del *disgorgement* sulla scorta del §39, talvolta rispetto alla tradizionale fattispecie di violazione di obblighi fiduciari – sebbene valorizzandone l'intersezione con obbligazioni di natura più strettamente contrattuale³⁶ – talaltra rispetto a ipotesi di inadempimento contrat-

²⁷ Una simile ipotesi è trattata nel caso neozelandese *Samson & Samson v. Proctor* [1975] N.Z.L.R. 665.

²⁸ *One Step (Support) Ltd v. Morris-Garner* [2018] UKSC 20, [2019] AC 649.

²⁹ G. VIRGO, *op. cit.*, 518 ss.

³⁰ Il *Restatement (Second) of Restitution*, § 4 (Tent. Draft No. 1, 1983) prevedeva, in generale, che «a person may be unjustly enriched by receiving a benefit from conduct in violation of a duty owed either by him or by another».

³¹ *Unita Oil Ref. v. Ledford*, (1952) 244 P. 2d. 881; *Automatic Laundry Serv. v. Demas*, (1958) 141 A. 2d. 497; *Restaurant Supply Co. v. Dib* (1979) 413 N.Y.S. 2d. 835.

³² *Earthinfo Corp. v. Hydrosphere Resource*, (1995) 900 P. 2d 113.

³³ D. FRIEDMAN, *Disgorgement of Benefits*, cit., 584.

³⁴ Si veda *Phillips v. State Farm Fire and Casualty Company*, (2019) WL 5789471 (D Ariz 2019), in cui la corte rigetta la domanda fondata sul §39 sulla scorta del fatto che gli attori non erano riusciti a citare alcun precedente, né in Arizona né della Corte Suprema, che avesse applicato tale sezione del *Restatement*.

³⁵ F. PARISI, A. PORAT e B.H. BIX, *op. cit.*, 209, 211.

³⁶ In *W. Douglas Harris v. Gary McMichael Et Al.*, No. E2020-00817-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. Nov. 12, 2021) la Corte d'Appello del Tennessee ha concluso che il mancato ri-



tuale nello sfruttamento di risorse, persino in aggiunta rispetto al risarcimento del danno, come avvenuto nel caso *Kansas vs. Nebraska*³⁷. Ancora, in *Dewberry v. Dewberry*³⁸ la US Court of Appeal ha confermato la decisione di prima istanza che aveva riconosciuto il *disgorgement* dei profitti ottenuti dalla violazione di un accordo relativo all'utilizzo di un marchio, perché necessario a garantire il pieno risarcimento dei danni subiti, nonché alla luce dell'interesse pubblico a rendere la condotta della parte inadempiente non profittevole.

I più recenti sviluppi della tematica, infine, vedono casi in cui l'istituto in esame è stato impiegato nell'ambito di nuove fattispecie negoziali calate nell'odierna realtà digitale. Nel caso *In re Google Assistant Privacy Litigation*³⁹, Google è stato convenuto in giudizio da taluni utenti che pretendevano, tra le altre cose, il *disgorgement* dei profitti ricavati dal convenuto dall'inadempimento contrattuale dei termini dell'informativa privacy, consistente nell'aver registrato le conversazioni private degli attori anche quando essi non facevano uso dei dispositivi abilitati a Google Assistant e comunicato a terzi tali dati senza il loro consenso, ottenendo così profitti da strategie di marketing personalizzato. Sulla scorta del precedente *In re Facebook, Inc. Internet Tracking Litigation*⁴⁰, la Corte ha accolto tale specifica domanda riconoscendo che: (i) gli attori avevano adeguatamente dimostrato che i loro dati personali possedevano un valore economico; (ii) Google aveva plausibilmente tratto profitto da operazioni di pubblicità personalizzata impiegando tali dati, oltre che dal miglioramento delle prestazioni dello stesso Google Assistant; (iii) la legge riconosce il diritto al *disgorgement* dei profitti anche quando non vi sia una corrispondente perdita patrimoniale.

spetto da parte dell'avvocato Harris dei termini del suo contratto costituisse una violazione dei suoi obblighi fiduciari nei confronti dei suoi clienti, confermando la decisione di primo grado in merito al *disgorgement* degli onorari percepiti per la sua attività professionale.

³⁷ Nel caso *Kansas vs. Nebraska* 135 S. Ct. 1042 135 S. Ct. 1042 (2015) la Corte Suprema degli Stati Uniti ha stabilito che il Nebraska aveva consapevolmente violato il Republican River Compact, un accordo che ripartiva i diritti idrici tra Kansas, Nebraska e Colorado. È emerso che il Nebraska aveva prelevato una quota maggiore di acqua rispetto a quanto pattuito e che il beneficio che ne aveva ricavato superava la perdita subita dal Kansas, a causa del maggior prezzo dell'acqua in Nebraska rispetto a quello in Kansas. La Corte ha confermato l'attribuzione al Kansas di 3,7 milioni di dollari a titolo di danni e ha ordinato al Nebraska di pagare 1,8 milioni di dollari a titolo di parziale *disgorgement*.

³⁸ In primo grado, *Dewberry Eng'rs, Inc. v. Dewberry Group, Inc.*, 2022 WL 1439826 (E.D. Va. Mar. 2, 2022); in appello, *Dewberry Eng'rs, Inc. v. Dewberry Group, Inc.*, 77 F.4th 265, 273 (4th Cir. 2023); davanti alla Corte Suprema, *Dewberry Group Inc. v. Dewberry Eng'rs Inc.*, 2024 U.S. S. CT.

³⁹ *In re Google Assistant Privacy Litigation*, 546 F.Supp.3d 945 (N.D. California, July 1, 2021).

⁴⁰ *In re Facebook, Inc. Internet Tracking Litigation*, 956 F.3d 589 (U.S. Court of Appeals – Ninth Circuit, April 9, 2020). La Corte ha osservato che «because California law recognizes a legal interest in unjustly earned profits, Plaintiffs have adequately pleaded an entitlement to Facebook's profits from users' personal data sufficient to confer Article III standing. Plaintiffs allege that their browsing histories carry financial value. They point to the existence of a study that values users' browsing histories at \$52 per year, as well as research panels that pay participants for access to their browsing histories. (...) California law recognizes a right to disgorgement of profits resulting from unjust enrichment, even where an individual has not suffered a corresponding loss».



3. Modelli e funzioni del *disgorgement* “proprio” e “improprio”.

La varietà delle fattispecie concrete in cui l’inadempimento di una parte del contratto può rivelarsi intenzionale, opportunistico e profittevole mostra l’altrettanta varietà delle tipologie di obbligazioni dedotte nel contratto inadempito, tra cui il trasferimento della proprietà di cose fungibili o infungibili, obblighi di natura fiduciaria, obbligazioni di fare e non fare, il consenso al trattamento di dati personali. Parimenti, le tipologie di profitto ottenibile dall’inadempimento possono essere diverse: da un lato, esso può coincidere con i guadagni direttamente ricavati dalla condotta inadempiente; dall’altro lato, con il risparmio di spesa ottenuto dalla medesima.

In tutte queste ipotesi, perché possa riconoscersi la legittimità del *disgorgement* l’inadempimento deve essere stato intenzionale, la parte inadempiente deve aver tratto un profitto da tale condotta, il risarcimento non fornirebbe adeguata protezione alla parte lesa – principalmente perché il danno sarebbe difficilmente quantificabile – e, infine, deve sussistere un nesso di causalità tra profitto e inadempimento, nel senso che il primo deve essere conseguenza diretta del secondo senza che sia intervenuta nel frattempo una diversa condotta proattiva della parte infedele cui sia concretamente riconducibile l’utile in questione⁴¹.

La delineata complessità impone ora di tentare di enucleare taluni modelli e categorie di *disgorgement* avendo quale principale riferimento le differenti funzioni cui l’istituto può assolvere. In primo luogo, è possibile identificare una figura di *disgorgement* in senso lato, che racchiude tutte le ipotesi di restituzione del profitto quale rimedio all’inadempimento contrattuale. Tra queste è possibile, poi, ricavare due principali fattispecie⁴².

Quello che definiremo *disgorgement* “improprio” individua i casi in cui il rimedio assolve a una funzione compensativa, nella misura in cui, guardando alla situazione giuridica della vittima dell’inadempimento, mira ad assicurarne la completa tutela nelle ipotesi in cui il rimedio risarcitorio, basato sui danni da aspettativa, si rivelerebbe inadeguato allo scopo: si pensi alle fattispecie in cui gli utili divengono parametro di misurazione del risarci-

⁴¹ Sul punto, cfr. E.A. FARNSWORTH, *op. cit.*, 1343 ss., che ha analizzato approfonditamente il profilo della causalità nel *disgorgement*, evidenziando la necessità di uno stretto giudizio riguardo alla causalità in fatto, nel senso che «when one speaks of “gain” in the context of the disgorgement principle, one means gain that is in some sense *caused by* the breach of contract». Si veda, ancor più diffusamente, anche M.P. GERGEN, *Causation in Disgorgement*, in *Boston Un. L. Rev.*, 2012, 92, 827 ss. Nel caso *Earthinfo v. Hydrosphere*, la Corte al tema della causalità ha riconosciuto l’esigenza di selezionare, nel totale dei profitti tratti dall’inadempimento, quale parte di essi sia conseguenza diretta della condotta inadempiente e quale, invece, sia attribuibile a particolari abilità imprenditoriali del responsabile, sicché solo la prima potrà formare oggetto di restituzione.

⁴² I modelli ricostruttivi che si propongono nel seguito trovano parziale riscontro nelle figure, elaborate dalla giurisprudenza statunitense, di *restitutionary* e *nonrestitutionary disgorgement*, ove la prima guarda alla perdita del danneggiato – che spesso corrisponde al profitto del responsabile – mentre la seconda guarda all’arricchimento ingiustificato della parte inadempiente, cui non corrisponde una perdita subita dalla controparte. Cfr. *Meister v. Mensinger*, 230 Cal. App. 4th 381, 398, 178 Cal.Rptr.3d 604 (2014); *Korea Supply Co. v. Lockheed Martin Corp. et al.*, 29 Cal. 4th 1134 (2003).



mento di danni non altrimenti quantificabili⁴³; ovvero ai casi in cui alla diretta perdita economica subita dalla parte fedele si aggiunga un'ulteriore "porzione" di interesse leso non economicamente misurabile, come nelle ipotesi di mancato trasferimento o alienazione a terzi di beni infungibili.

Poiché la prospettiva del *disgorgement* improprio è, quindi, quella di identificare – almeno nominalmente – un nesso di correlatività tra il danno subito dalla vittima e la somma attribuita a titolo di restituzione del profitto, ciò che tale fattispecie non copre sono i casi in cui, quando il danno sia esattamente identificabile e quantificabile in tutte le sue voci, (i) la misura di tale danno è decisamente inferiore rispetto al profitto tratto dall'inadempimento⁴⁴ ovvero (ii) all'utile ricavato dall'inadempimento non corrisponde alcun danno concretamente subito dalla parte fedele⁴⁵. In tali circostanze, un eventuale riconoscimento della restituzione degli utili assumerebbe la forma di un *disgorgement* "proprio", in cui il rimedio non si limiterebbe più a una funzione meramente compensativa, ma, concentrandosi sull'arricchimento della parte inadempiente, svolgerebbe una funzione per lo più deterrente, facendosi portatore di istanze che vanno oltre il mero interesse privatistico e mirano a disincentivare comportamenti di inadempimento opportunistico e a garantire la certezza dei traffici⁴⁶.

Ciò non esclude ipotesi di interferenza tra le suddette funzioni. Da un lato, anche il *disgorgement* improprio potrebbe assolvere, sia pure parzialmente, a una funzione di deterrenza, nella misura in cui, pur in presenza di un effettivo danno risarcibile, l'incertezza sulla quantificazione del risarcimento sia idonea a scoraggiare l'inadempimento, di fronte al rischio di dover restituire l'intero profitto ricavato, potenzialmente superiore al danno effettivamente subito⁴⁷. Dall'altro lato, sebbene il §39 del Restatement espres-

⁴³ È questo tipicamente il caso nelle fattispecie di violazione di obblighi fiduciari analizzate in *Blake e Snepp* (cfr. *supra*), in cui all'evidente esistenza di un danno subito dalla vittima dell'inadempimento corrispondeva la difficoltà – se non l'impossibilità – di quantificare l'ammontare del danno subito, sicché la restituzione dei profitti, secondo criteri di equity, è stata riconosciuta quale parametro di liquidazione del danno. Si può rinvenire la medesima *ratio* nelle ipotesi di violazione di obblighi di non concorrenza, come nel caso *Earthinfo*.

⁴⁴ Si pensi al caso, menzionato poc'anzi, *Kansas v. Nebraska*, in cui la Corte ha riconosciuto tanto il risarcimento del danno quanto il parziale *disgorgement* dei profitti, sulla scorta del fatto che il profitto tratto dall'inadempimento fosse maggiore del danno subito, pur sempre quantificabile ed effettivamente liquidato.

⁴⁵ Sono questi i casi di *skipped performance*, come ad esempio le ipotesi di realizzazione di un'opera non conforme al contratto, ovvero all'impiego di materiali meno pregiati rispetto a quelli pattuiti, che però non arrechino alcuna diminuzione del valore di mercato del bene finale.

⁴⁶ La funzione di deterrenza è stata individuata quale *ratio* ispiratrice della §39 del *Restatement (Third) of Unjust Enrichment* sin dalle prime fasi della sua elaborazione, richiedendo l'attuazione di un rimedio che va anche oltre le logiche del diritto dei contratti standard. A tale proposito, cfr. C.L. ROBERTS, *Commonwealth of Perspective on Restitutionary Disgorgement for Breach of Contract*, in *Wash. & Lee L. Rev.*, 2008, 65, 963: «the disgorgement remedy in Section 39 follows this logic and seeks to make conscious wrongdoing not a profitable choice. It seeks to deter and to condemn opportunism. Such goals may be desirable, even with the necessary departure from contract law orthodoxy».

⁴⁷ Si pensi al menzionato caso *Dewberry v. Dewberry*, in cui la Corte, di fronte alla necessità di risarcire il danno subito dalla parte fedele dall'indebito utilizzo del marchio, ha ritenuto che il ricorso al *disgorgement* rispondesse sia all'esigenza di assicurare un ristoro inte-



samente riconosca il *disgorgement* come alternativa al risarcimento del danno, non è da escludersi il cumulo tra risarcimento del danno e restituzione del profitto, che assolvono a entrambe le suddette funzioni⁴⁸.

| 578

4. Profitto e inadempimento nel dibattito italiano

Il dibattito municipale sul *disgorgement* ha dovuto, chiaramente, muoversi nei binari del sistema rimediario delineato dall'ordinamento positivo, il quale, tuttavia, non conosce la figura generale dell'arricchimento da fatto illecito, situata "a metà strada" tra l'arricchimento ingiustificato (art. 2041 e 2042 c.c.) e il fatto illecito (art. 2043 c.c.)⁴⁹.

Anche nel nostro ordinamento il tema si è imposto tradizionalmente nell'ambito della violazione dell'altrui diritto di proprietà, in cui si è postulato il diritto del proprietario alla restituzione dei frutti civili percepiti dal terzo a vario titolo⁵⁰. Talvolta si è affermato in giurisprudenza che il proprietario può agire, alternativamente, per il risarcimento e per la restituzione dei frutti civili, ad esempio nel caso in cui un terzo abbia locato un immobile altrui⁵¹. Il più delle volte, però, l'usurpazione si risolve nel mero utilizzo della cosa *sine titulo*, in cui la giurisprudenza ormai unanime riconosce il risarcimento del danno derivante dal suo mancato godimento, che però non è *in re ipsa* – o, comunque, l'espressione "*in re ipsa*" può assumere solo una valenza descrittiva⁵² – ma deve essere provato almeno nell'*an*. Ciò per evitare che il risarcimento assuma una funzione punitiva qualora si ammettesse che il proprietario possa essere ristorato pur in assenza della prova di un effettivo pregiudizio⁵³. Ipotesi estrema di sfruttamento di altrui risorse è rap-

grale alla vittima, sia a un interesse pubblico volto a impedire che la parte inadempiente potesse trarre profitto dalla propria condotta inadempiente.

⁴⁸ Come nel caso nel caso *Kansas v. Nebraska*, in cui la Corte ha riconosciuto tanto il risarcimento del danno quanto la restituzione di parte degli utili ricavati dall'inadempimento, sicché evidentemente al rimedio risarcitorio è stata cumulata una forma di *disgorgement* proprio che nulla aveva a che fare con la funzione compensativa del risarcimento contrattuale.

⁴⁹ In questi termini, P. PARDOLESI, *Rimedi all'inadempimento contrattuale*, cit., 720.

⁵⁰ R. SACCO, *op. cit.*, 2, 114 ss.; I.A. CAGGIANO, *op. cit.*, 260.

⁵¹ In Trib. Marsala, 30.1.2007, in *Arch. loc.*, 2008, 4, 401, si è affermato che il proprietario può agire contro l'usurpatore, il quale abbia percepito dei frutti civili locando un immobile altrui, alternativamente per il risarcimento dei danni e per la restituzione dei frutti civili, avendo diritto a vedersi restituiti i canoni percepiti dal primo a prescindere dalla dimostrazione di un concreto danno.

⁵² Cass. (ord.), 26.1.2024, n. 2500, in *Mass. redaz.*, 2024 : «nella ipotesi di occupazione senza titolo di un cespite immobiliare altrui, il danno subito dal proprietario per l'indisponibilità del medesimo può definirsi *in re ipsa*, purché tale espressione sia intesa in senso descrittivo, cioè di normale inerenza del pregiudizio all'impossibilità stessa di disporre del bene, senza comunque far venir meno l'onere per l'attore quanto meno di allegare, e anche di provare, con l'ausilio delle presunzioni, il fatto da cui discende il lamentato pregiudizio, ossia che se egli avesse immediatamente recuperato la disponibilità dell'immobile, l'avrebbe subito impiegato per finalità produttive, quali il suo godimento diretto o la sua locazione».

⁵³ Il contrasto giurisprudenziale sul punto è stato composto dalle Sezioni Unite con la pronuncia Cass., S.U., 15.11.2022, n. 33645, in *Rep. Foro It.*, 2022, 104.



presentata, poi, dall'alienazione in mala fede della cosa altrui, in cui la legge riconosce il diritto del proprietario ad ottenere la restituzione della cosa o, in alternativa, il valore della stessa, ovvero ancora il prezzo pagato dal terzo per l'acquisto, corrispondente quindi al profitto ottenuto dall'usurpatore⁵⁴. Tale regola è stabilita dall'art. 2038, II co., c.c., nonché dall'art. 535, II co., c.c. in caso di alienazione (anche in buona fede) dei beni ereditari da parte del possessore⁵⁵.

Vi sono, poi, talune fattispecie di *disgorgement* – che, ancora, prescindono dall'inadempimento contrattuale – sostanzialmente positivizzate dal legislatore. Tra queste spicca la cd. retroversione degli utili disciplinata dall'art. 125 c.p.i. (D.lgs. n. 30 del 2005) in caso di violazione di privative industriali e dell'art. 158 l.a. (L. n. 633 del 1941) in caso di lesione nell'esercizio di un diritto di utilizzazione economica⁵⁶. In questi casi, il legislatore ha evidentemente individuato ipotesi (tipiche) di *disgorgement* “improprio”, permettendo al giudice di quantificare il risarcimento tenendo in considerazione il profitto ottenuto dall'autore della violazione. L'art. 158, II co., l.a. è stato poi applicato anche ai casi di indebita pubblicazione dell'immagine altrui, in cui la giurisprudenza parametrà il *quantum* risarcitorio a un ipotetico “prezzo del consenso” – simile ai menzionati *negotiating damages* – sulla base degli utili tratti dalla violazione⁵⁷.

Nella prospettiva del “mero” inadempimento contrattuale, in dottrina si è osservato come l'inadempimento possa risultare economicamente conveniente nell'ambito di contratti aventi ad oggetto il trasferimento (o la promessa di trasferimento) della proprietà di una cosa, quando cioè il venditore riceva un'offerta d'acquisto da parte di un terzo a un prezzo superiore tanto al valore di mercato del bene, quanto al prezzo pattuito con il primo acquirente. Infatti, qualora la prospettiva del debitore sia quella di dover solo il risarcimento del danno al primo acquirente – corrispondente alla differenza tra il valore di mercato del bene e il prezzo pattuito nel primo contratto – questi sarà indotto a vendere il bene al terzo piuttosto che ad adempiere⁵⁸. Tale ipotesi può evidentemente concretizzarsi tanto nei casi di doppia vendita, quanto di inadempimento del preliminare da parte del promittente venditore, cui l'ordinamento riserva però differenti tutele rimediali (v. *infra*, par. 6).

Si è dibattuto di *disgorgement* anche relativamente all'inadempimento consistente nel ritardo nel pagamento di un'obbligazione pecuniaria e, quindi, alla disciplina degli interessi legali ex artt. 1224 e 1284 c.c. e del risar-

⁵⁴ Per una più approfondita analisi sul punto, si rinvia *infra*, par. 6.2.

⁵⁵ Di recente la giurisprudenza di legittimità ha riconfermato l'applicazione dell'art. 535, II co., c.c. alle ipotesi di alienazione a titolo oneroso dei beni ereditari da parte del possessore, con conseguente obbligo di restituire agli eredi il prezzo conseguito dall'alienazione, nonché dell'art. 2038 c.c. – di cui l'art. 535 c.c. costituisce una specifica ipotesi applicativa – qualora l'alienazione sia avvenuta a titolo gratuito. Cfr. Cass., 1.4.2025, n. 8519, in *Giust. civ. Mass.*, 2025.

⁵⁶ Su questi temi cfr., per tutti, P. PARDOLESI, *Riflessioni in tema di retroversione degli utili*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, 2, 221 ss.

⁵⁷ Cfr. Cass., 12.4.2022, n. 11768, in *Giust. civ. Mass.*, 2022; Cass., 11.5.2010, n. 11353, in *Foro it.*, 2011, 2, I, 534; Cass., 16.5.2008, n. 12433, in *Foro it.*, 2008, 11, I, 3215.

⁵⁸ Sul punto si veda P. PARDOLESI, *Rimedi all'inadempimento contrattuale*, cit., 728.



cimento del maggior danno⁵⁹. Il dibattito era originato dal cambio di rotta impresso dalle Sezioni Unite nel 2008⁶⁰, che hanno inaugurato la stagione delle presunzioni "standard"⁶¹ del cd. maggior danno da svalutazione monetaria come mezzo per disincentivare l'inadempimento del debitore, nella prospettiva in cui la promozione di una causa da parte del creditore insoddisfatto si risolverebbe nel riconoscimento a suo favore di un maggior importo corrispondente quantomeno all'utile economico minimo che il debitore ha tratto o che avrebbe potuto trarre dalla conservazione del denaro⁶².

In un diverso contesto è stato affrontato il problema dell'indebito vantaggio del debitore in caso di risoluzione per inadempimento di contratti d'opera professionale, ove la facoltà del prestatore d'opera di trattenere il compenso percepito – nonostante l'inesattezza della prestazione e l'assenza di utilità per il creditore – poteva integrare un ingiustificato arricchimento, in ragione dei principi di corrispettività delle obbligazioni restitutorie e di irripetibilità delle prestazioni di fare, atteso che il creditore avrebbe comunque ricevuto una prestazione, seppur inesatta⁶³. È stato osservato che ciò consentirebbe al professionista, che non ha assicurato alcuna utilità alla controparte, di trattenere una parte del compenso e di trarre indebitamente un profitto a spese del danneggiato, quando l'entità del risarcimento del danno,

⁵⁹ R. PARDOLESI, *Debiti di valuta, "danno da svalutazione" (e il "disgorgement" che non t'aspetti)*, in *Foro it.*, 2008, I, 2789 ss. In sintesi, si è osservato che la disciplina di cui all'art. 1224 c.c. – come applicata in precedenza dalla giurisprudenza con il sistema delle presunzioni "personalizzate" – incentivasse all'inadempimento il debitore di un'obbligazione pecuniaria, incoraggiandolo a ritardare il pagamento tutte le volte in cui il tasso legale di interesse risultava inferiore al tasso di rendimento del denaro disponibile sul mercato. Il debitore, infatti, avrebbe razionalmente deciso di ritardare l'adempimento e investire in titoli le somme dovute, in quanto, anche se alla fine avrebbe dovuto pagare gli interessi, avrebbe comunque trattenuto il profitto corrispondente alla differenza tra la misura del tasso legale di interesse e quella dei tassi praticati nel mercato. Cfr., A. DI MAJO, *Il danno da svalutazione monetaria tra prove presuntive e regole di giudizio*, in *Corr. giur.*, 2008, 11, 1564 ss.; G. VILLA, *Incentivi all'adempimento: il pensiero di Pietro Trimarchi e la Corte di Cassazione*, in G. BELLANTUONO e U. IZZO (a cura di), *Il contributo di Pietro Trimarchi all'analisi economica del diritto. Atti del Convegno Trento, 16-18 dicembre 2020*, Trento, 2022, 107 ss.

⁶⁰ Cass., sez. un., 16 luglio 2008, n. 19499.

⁶¹ V. ROPPO, *Responsabilità contrattuale: funzioni di deterrenza?*, in *Lav. dir.*, 2017, 3-4, 412, che osserva che la giurisprudenza ha costruito un sistema di presunzioni che quantifica l'ammontare del maggior danno secondo parametri standard, con la relativa attribuzione a carico del debitore inadempiente che scatta in modo sostanzialmente automatico, a prescindere da qualsiasi prova specifica da parte del creditore.

⁶² La giurisprudenza successiva ha, pertanto, continuato ad applicare l'insegnamento delle Sezioni Unite, affermando che il maggior danno derivante dal ritardo nel pagamento può essere ritenuto esistente anche in via presuntiva, purché il creditore allegghi che, durante la mora, il saggio medio di rendimento netto dei titoli di Stato con scadenza non superiore a dodici mesi è risultato superiore al saggio degli interessi legali. Cfr., per tutte, Cass., 27.5.2024, n. 14755, in *Redaz. Giuffrè*, 2024; Cass., 15.4.2014, n. 8755, in *Dir. giust.* 2014, 16 aprile; Trib. Napoli, 3.12.2019, n. 10774, in *Guida dir.*, 2020, 37, 66.

⁶³ Si vedano in proposito le osservazioni di A.M. BENEDETTI, *Chi esegue male si tiene il compenso? La retroattività della risoluzione nei contratti professionali*, in *Danno resp.*, 2005, 5, 523 ss., in riferimento a Trib. Roma, 1.7.2004, *ivi*, 515 che, in un caso di una prestazione medica eseguita in maniera inesatta, aveva concluso che nella risoluzione di un contratto a prestazioni corrispettive, ove la prestazione del professionista non possa essere oggetto di restituzione, l'altro contraente non può richiedere la restituzione del compenso.



che il professionista sarebbe chiamato a corrispondere, sia sensibilmente inferiore rispetto al compenso percepito⁶⁴.

Altri casi di possibile profitto tratto dalla parte infedele dal proprio inadempimento rimangono sostanzialmente sottotraccia nel dibattito municipale. Si consideri, ad esempio, l'ipotesi in cui il fiduciario, in violazione del *pactum fiduciae*, alieni a terzi – a condizioni economicamente favorevoli – un immobile acquistato con risorse del fiduciante, cui avrebbe dovuto ritrasferirlo, e a seguito di tale inadempimento si trovi tenuto a corrispondere al fiduciante unicamente l'importo pari al prezzo versato dal fiduciante stesso per l'acquisto, anziché il prezzo ottenuto dal terzo⁶⁵. Ovvero al datore di lavoro che, in violazione del proprio obbligo contrattuale ex art. 2087 c.c., ometta di adottare le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro, ove il (notevole) risparmio di spesa ottenuto da tale violazione sia superiore rispetto agli (eventuali) danni subiti dai lavoratori⁶⁶.

Il dibattito così instaurato ha visto i tentativi di parte della dottrina di interpretare in senso evolutivo alcune norme esistenti per fondare la compatibilità del *disgorgement* con la complessiva architettura rimediata delineata dall'ordinamento giuridico. V'è chi, allora, ha tentato di rinvenire nelle pieghe dell'art. 1223 c.c. in tema di risarcimento del danno da inadempimento indici della possibilità di includere anche fattispecie simili ai *restitutionary interests* di matrice anglosassone, facendo sostanzialmente leva sul potere discrezionale del giudice nell'attività di riconoscimento e quantificazione del risarcimento⁶⁷. Altri hanno visto in un'interpretazione evolutiva della disciplina della *negotiorum gestio* di cui agli artt. 2028 e 2032 c.c.⁶⁸ una possibile chiave ermeneutica per fondare il principio per cui «chiunque si ingerisca nell'altrui sfera giuridica, non importa se nell'interesse proprio ovvero nell'interesse altrui, è obbligato a restituire il profitto netto che ha lucrato»

⁶⁴ Sul punto, B. TASSONE, *Inadempimento del contratto, restituzione del compenso e risarcimento del danno: variazioni sul tema e note alla luce dell'efficient breach*, in *Danno resp.*, 2005, 5, 535, che intravedeva su questa scia la possibilità di nuove aperture verso l'istituto del *disgorgement*.

⁶⁵ Si veda, ad esempio, Trib. Modena, 1.4.2025, n. 395, in *Mass. redaz.*, 2025.

⁶⁶ La responsabilità del datore di lavoro ex art. 2087 c.c. è pacificamente qualificata come contrattuale dalla giurisprudenza, che ha osservato che «l'art. 2087 c.c. non configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva, in quanto la responsabilità del datore di lavoro - di natura contrattuale - va collegata alla violazione degli obblighi di comportamento imposti da norme di legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche del momento» (Cass., 8.10.2018, n. 24742, in *Giust. civ. Mass.*, 2018; Trib. Modena, 25.09.2024, n. 719, in *Redaz. Giuffrè*, 2025). In dottrina si veda P. LAMBERTUCCI, *L'obbligazione di sicurezza del datore di lavoro tra responsabilità civile e tutela precauzionale: un possibile ruolo della contrattazione collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, 3, 259 ss.

⁶⁷ P. PARDOLESI, *Rimedi all'inadempimento contrattuale*, cit., 750; I.A. CAGGIANO, *op. cit.*, 265.

⁶⁸ Cfr. R. SACCO, *op. cit.*, 114 ss.; P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, 69 ss.; ID., *Il contratto*, cit., 108; P. PARDOLESI, *An Italian Way to Disgorgement of Profits?*, in E. HONDIUS e A. JANSSEN (eds.), *Disgorgement of Profits. Gain-Based Remedies throughout the World*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, Springer, 2015, 141 s.



in mala fede⁶⁹. La giurisprudenza non sembra aver dato segnali significativi di recezione di tali suggerimenti, sebbene non manchino tracce che permettono di intravedere un ruolo dell'istituto in esame nelle maglie del nostro ordinamento (v. *infra*).

| 582

5. *Disgorgement* e “nuove” fattispecie negoziali: l'inadempimento del contratto avente ad oggetto lo sfruttamento economico di dati personali

Lo spettro delle fattispecie concrete, in cui meccanismi di inadempimento efficiente possono provocare un indebito vantaggio a favore della parte infedele del contratto, si amplia e si complica se si considera la complessità che caratterizza le nuove fattispecie negoziali che popolano il mercato digitale. La casistica d'oltreoceano poc'anzi menzionata⁷⁰ sollecita una riflessione sulle fattispecie negoziali nelle quali il consenso al trattamento dei dati personali assume la natura di vera e propria controprestazione rispetto alla fornitura di contenuti e servizi digitali⁷¹, ipotesi sostanzialmente positivizza-

⁶⁹ P. SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 83 s. L'A., ritenendo insufficiente l'art. 2041 c.c. a fondare la restituzione del profitto da illecito, propone una reinterpretazione degli artt. 2028 ss. c.c., estendendo l'obbligo restitutorio a chiunque si ingerisca nell'altrui sfera giuridica, anche se in proprio interesse, configurandolo come mandatario *ex lege* e generando un'obbligazione di protezione priva di prestazione primaria. Tuttavia, da una lettura sistematica delle norme, secondo l'A. l'obbligo di restituire il profitto netto derivante da un'iniziativa antiggiuridica sorgerebbe solo in caso di mala fede. *Contra*, R. SACCO, *op. cit.*, 116, 125 che ne affermava la sussistenza indipendentemente dall'elemento soggettivo. Sul punto ancora P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999, 65 ss. e, in senso critico, D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, Napoli, 2004, 144 ss.

⁷⁰ *In re Google Assistant Privacy Litigation*, cit.; *In re Facebook, Inc. Internet Tracking Litigation*, cit.

⁷¹ Sul punto la letteratura è ormai sconfinata. Per un inquadramento, senza pretesa di esaustività, cfr. V. RICCIUTO, *Il consenso negoziale nella circolazione dei dati personali*, in A. MORACE PINELLI (a cura di), *La circolazione dei dati personali. Persona, contratto e mercato*, Pisa, 2023, 65 ss.; ID., *Il trattamento dei dati personali come nuovo fenomeno patrimoniale*, in M. D'AURIA (a cura di), *I problemi dell'informazione nel diritto civile, oggi. Studi in onore di Vincenzo Cuffaro*, Roma, 2022, 323 ss.; P. GALLO, *Big data e diritto allo sfruttamento economico dei dati personali*, *ivi*, 375 ss.; ID., *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 6, 1054 ss.; G. RESTA e V. ZENO ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 411 ss.; E. TOSI, *Dati personali e contratto: un ossimoro apparente*, in *EJPLT*, 2023, 2, 71 ss.; F. BRAVO, *Lo “scambio di dati personali” nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contr. impr.*, 2019, 1, 34 ss.; S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018, 160 ss.; EAD., *Il pagamento mediante dati personali*, in S. ORLANDO e G. CAPALDO (a cura di), *Annuario 2021 Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale*, Roma, 2021, 361 ss.; EAD., *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, in *Media Laws*, 2019, 3, 131 ss.; F. CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, in *Danno resp.*, 1998, 7, 613 ss.



ta dal legislatore sovranazionale con la Dir. (UE) 2019/770⁷², recepita poi all'interno del nostro Codice del Consumo⁷³. Si tratta di un riconoscimento formale del valore monetario assunto dai dati personali nell'odierna economia di mercato⁷⁴ – ancor più se raccolti in forma aggregata⁷⁵ – che ha segnato il passaggio da una concezione di totale indisponibilità e incommerciabilità dei dati come diritti della personalità⁷⁶ e strumento di autodeterminazione⁷⁷ ad una loro articolazione più complessa, che contempla ora il diritto (disponibile) al loro sfruttamento economico al pari di altri diritti della personalità, come l'immagine⁷⁸, idoneo farne strumento di remunerazione⁷⁹. Tale contesto ha indotto, infatti, anche la giurisprudenza a prendere atto dei

⁷² Dir. (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali. Per un commento, cfr. C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, 3, 499 ss.; A. ADDANTE, *La circolazione negoziale dei dati personali nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *Dir. inf.*, 2020, 4, 889 ss. Sul punto, S. ORLANDO, *Il coordinamento tra la direttiva 2019/770 e il GDPR. L'interessato-consumatore*, in G. CERRINA FERONI (a cura di), *Commerciabilità dei dati personali. Profili economici, giuridici, etici della monetizzazione*, Bologna, 2024, 158 s. osserva che in realtà il valore monetario dei dati come possibile remunerazione di servizi di comunicazione elettronica era stato riconosciuto dal Considerando 16 Dir. (UE) 2018/1972, istitutiva del Codice Europeo delle comunicazioni elettroniche.

⁷³ Il D.lgs. 173/2021 ha recepito la Dir. (UE) 2019/770 aggiungendo al Codice del Consumo gli artt. 135-*octies* ss. Ai sensi del 4° comma di quest'ultima norma, «le disposizioni del presente capo si applicano altresì nel caso in cui il professionista fornisce o si obbliga a fornire un contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si obbliga a fornire dati personali al professionista, fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dal professionista ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma del presente capo o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto il professionista e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti».

⁷⁴ È divenuta celebre la frase del *The Economist*: «the world's most valuable resource is no longer oil, but data». Sul tema, cfr. S.A. ELVY, *Paying for Privacy and the Personal Data Economy*, in *Columb. L. Rev.*, 2017, 117(6), 1373 ss., che descrive taluni modelli economici di monetizzazione dei dati personali sviluppati dalle imprese, tra cui il modello *pay-for-privacy* (PFP), che richiede ai consumatori di pagare servizi o prodotti a tariffe più alte per evitare la raccolta di dati e la pubblicità personalizzata, mentre offre sconti ai consumatori che acconsentono a queste pratiche. Il modello *personal data economy* (PDE), invece, è un approccio ai dati incentrato sull'utente che consente ai singoli di riappropriarsi delle proprie informazioni in modo da poterle condividere con le imprese alle proprie condizioni.

⁷⁵ C. PERLINGIERI, *Data as the Object of a Contract and Contract Epistemology*, in *It. L. Journ.*, 2019, 5(2), 623, 629.

⁷⁶ G. ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contr. impr.*, 2017, 3, 723 ss.

⁷⁷ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, 320; ID., *La privacy tra individuo e collettività*, in *Pol. dir.*, 1975, 547.

⁷⁸ Sul punto, P. GALLO, *Il consenso al trattamento*, cit., 1059 ss.; E. TOSI, *op. cit.*, 75 ss.

⁷⁹ P. IAMICELI, *Il consenso al trattamento dei dati personali e la giurisprudenza europea tra tutela dei diritti fondamentali e giustizia contrattuale*, in *Pers. merc.*, 2024, 1, 29 ss., 33, che analizza la tematica del consenso al trattamento dei dati nella sua duplice dimensione: costituzionale, da un lato, legata cioè al paradigma dei diritti fondamentali; economica, dall'altro, legata alla circolazione dei dati connessa al funzionamento del mercato.



fenomeni della “patrimonializzazione” e della “commerciabilità” dei dati personali⁸⁰.

Non pare esservi dubbio, dunque, sulla natura sinallagmatica dei contratti in questione⁸¹, nonostante la loro apparente gratuità⁸². Tale dimensione di scambio mette in gioco, allora, le norme civilistiche in materia di inadempimento. Infatti, mentre la disciplina di cui al Codice del Consumo si occupa di tale profilo limitatamente al caso in cui l’inadempimento del professionista riguardi la fornitura del contenuto o servizio digitale⁸³, il fatto che il consenso al trattamento dei dati assuma la forma di controprestazione impone di considerare l’informativa privacy alla stregua di un regolamento di natura contrattuale⁸⁴ che, a loro volta, individua ulteriori obbligazioni del professionista cui quest’ultimo potrebbe essere indotto a non adempiere per ragioni di convenienza economica. Considerato, infatti, l’ingente valore economico dei dati personali – di particolare appetibilità per le imprese⁸⁵ – il professionista potrebbe trarre un notevole profitto dal proprio inadempimento, ad esempio trasferendo a terzi il diritto allo sfruttamento economico dei dati o impiegandoli per attività di marketing personalizzato.

Ciò induce a chiedersi se tale profitto debba essere trattenuto dal professionista o spetti, invece, al consumatore e, in caso affermativo, a quale titolo⁸⁶. La principale obiezione alla risposta affermativa risiede nell’assenza di un danno economicamente valutabile per il consumatore – anche considerato che il dato in sé non avrebbe natura rivale⁸⁷, potendo esso essere oggetto

⁸⁰ C. St., sez. VI, 29.3.2021, n. 2631, in *Foro it.*, 2021, 6, III, 325, che riforma T.A.R. Lazio, sez. I, 10.01.2020, n. 260, in *Foro amm.*, 2020, II, 1, 99. Si veda il commento di V. RICCIUTO e C. SOLINAS, *Fornitura di servizi digitali e prestazione di dati personali: punti fermi ed ambiguità sulla corrispettività del contratto*, in *GiustiziaCivile.com*, 2021, 5, 1 ss. Sul punto, cfr. anche S. FRANCA, *L’intreccio fra disciplina delle pratiche commerciali scorrette e normativa in tema di protezione dei dati personali: il caso Facebook approda al Consiglio di Stato*, in *Riv. reg. merc.*, 2021, 2, 366 ss.

⁸¹ P. GALLO, *Il consenso al trattamento*, cit., 1085 s.; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, 9; S. THOBANI, *Il pagamento mediante dati personali*, cit., 376; P. CARNOVALE, *La funzione sinallagmatica del trattamento dei dati personali nella fornitura di servizi digitali*, in *GiustiziaCivile.com*, 2021, 10, 1 ss.

⁸² P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, in *Foro nap.*, 2018, 2, 484.

⁸³ Gli artt. 135-*quaterdecies* ss. cod. cons. riportano la disciplina della responsabilità del professionista e dei rimedi esperibili dal consumatore in caso di mancata fornitura o difetto di conformità del contenuto o servizio digitale.

⁸⁴ G. BIANCARDI, *Il trattamento dei dati personali nel prisma dell’ingiustificato arricchimento*, in *Dir. inf.*, 2024, 4-5, 649; C. ANGIOLINI, *Trattamento dei dati personali tra legittimo interesse e regole sulla fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *Giur. it.*, ottobre 2023, 2225 ss.

⁸⁵ M. GAMBINI, *Riflessioni sul ruolo del contratto nell’accesso all’informazione digitale*, in M. D’AURIA (a cura di), *op. cit.*, 175.

⁸⁶ G. BIANCARDI, *op. cit.*, 642.

⁸⁷ Cfr. S. PAGLIANTINI, *L’interferenza ascosa tra GDPR e diritto dei consumatori: appunti per una tassonomia*, in *Giur. it.*, ottobre 2023, 2221, che si interroga sul punto nella prospettiva restitutoria. Da un lato, chiamare in causa l’art. 2041 c.c. sarebbe arduo in quanto il consumatore non avrebbe subito alcun concreto impoverimento; dall’altro, il dato non ha natura rivale, sicché il trattamento da parte di un soggetto non esclude che l’interessato possa concedere lo sfruttamento economico del medesimo dato a soggetti terzi. Nello stesso



di molteplici e simultanei trattamenti che non si escludono a vicenda⁸⁸, né sarebbe in grado in sé di produrre frutti⁸⁹ – e nella considerazione per cui il profitto ricavato dal professionista atterrebbe unicamente alla sua capacità imprenditoriale⁹⁰, mentre il singolo non avrebbe avuto la possibilità di introitare il medesimo utile.

Le descritte fattispecie negoziali, tuttavia, costituiscono terreno fertile per una più ampia riflessione sulla possibile funzione deterrente di un *disgorgement* – variamente declinabile in senso proprio o improprio (cfr. *infra* §6) – e sul ruolo del *private enforcement* nell’ostacolare inadempimenti opportunistici del contratto. Infatti, all’apparente disomogeneità degli interessi coinvolti – un diritto della personalità, da un lato, e un vantaggio meramente patrimoniale, dall’altro – corrisponde un’accresciuta consapevolezza del valore economico dei dati anche da parte degli interessati, i quali sempre più spesso divengono anche parti attive nella loro commercializzazione⁹¹ e possono trarne direttamente profitto attraverso piattaforme dedicate alla monetizzazione dei propri dati personali⁹².

Appare lecito chiedersi, allora, se davvero possa continuare a sostenersi che, a fronte del profitto tratto dalle imprese dall’illecito sfruttamento economico di dati personali, non corrisponda alcuna perdita economica dal lato del consumatore-interessato. Così come la natura non rivale dei dati potrebbe essere in qualche misura ridimensionata dal diverso valore di mercato che il consenso al trattamento di determinati dati può assumere in un determinato momento, per determinate finalità e, soprattutto, da parte di determinati operatori del mercato⁹³.

Ci si potrebbe, infine, interrogare intorno alla concreta utilità di valorizzare la dimensione contrattuale – e, quindi, la possibile funzione preventivo-deterrente del *private enforcement* – in un settore altamente regolato, quale è quello della protezione dei dati personali disciplinata nell’Unione Europea

sensu, G. VERSACI, *Contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali: scioglimento, restituzioni e obbligazioni post-contrattuali*, ivi, 2252.

⁸⁸ P. GALLO, *Il consenso al trattamento*, cit., 1064; S. THOBANI, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Santarcangelo di Romagna, 4.

⁸⁹ G. VERSACI, *op. cit.*, 2252; F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell’interessato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 2, 408.

⁹⁰ In termini generali, si poneva già in senso critico rispetto a questa prospettiva R. SACCO, *op. cit.*, 8.

⁹¹ Si tratta del modello di *personal data economy* (PDE) descritto da S.A. ELVY, *op. cit.*, 1374.

⁹² V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inf.*, 2018, 4-5, 718, sui cd. *personal data economy models*, schemi diffusi in particolare nel contesto angloamericano che permettono alle aziende di comprare dati direttamente dai consumatori. Essi ricomprendono *data-insight models* – in cui aziende specializzate mettono a disposizione degli utenti piattaforme per raccogliere, gestire e commercializzare i propri dati, spesso con l’offerta di servizi su misura – e *data-transfer models*, che prevedono l’acquisto diretto delle informazioni dagli utenti.

⁹³ Ad esempio, si può ragionevolmente ipotizzare che il guadagno che il consumatore avrebbe potuto ottenere dalla “vendita” dei propri dati a Google – che, invece, li ha gratuitamente e indebitamente sfruttati per trarne profitto – sarebbe stato notevolmente maggiore rispetto ad altre possibili occasioni di guadagno.



dal GDPR⁹⁴, in cui tale funzione viene assolta, a livello pubblicistico, dal sistema sanzionatorio di cui all'art. 83⁹⁵ e, a livello privatistico, dalla responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 82 in caso di illecito trattamento⁹⁶. Sebbene sia innegabile la stretta interrelazione tra la disciplina contrattuale e quella del GDPR⁹⁷ – ad esempio, relativamente al consenso, sia esso autorizzatorio o negoziale⁹⁸ – ammettere la dimensione contrattuale e sinallagmatica delle fattispecie in esame induce necessariamente a ipotizzare uno spazio, più o meno ampio, riservato esclusivamente all'autonomia privata.

⁹⁴ Reg. (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

⁹⁵ Sul tema delle sanzioni nel GDPR, R. PANETTA, *Privacy is not dead: it's hiring!*, in ID. (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*, Milano, 2019, 34 ss.; B. BORRILLO, *La tutela della privacy e le nuove tecnologie: il principio di accountability e le sanzioni inflitte dalle Autorità di controllo dell'Unione europea dopo l'entrata in vigore del GDPR*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, 2, 326 ss. Sull'impostazione preventiva del GDPR rispetto a quella rimediabile della precedente Dir. 95/46/CE, cfr. S. CALZOLAIO, *Privacy by design. Principi, dinamiche, ambizioni del nuovo Reg. UE 2016/679*, in *Federalismi.it*, 2017, 24, 14.

⁹⁶ Sulla scorta dell'operatività del principio di *accountability* anche in sede risarcitori ex art. 83 GDPR, parte della dottrina ha osservato che la responsabilità civile prevista dal GDPR segni un passaggio dalla centralità della funzione risarcitoria dell'illecito alla centralità di quella preventiva nelle fattispecie di illecito trattamento. Cfr. R. CATERINA, S. THOBANI, *Il diritto al risarcimento dei danni*, in R. CATERINA (a cura di), *GDPR tra novità e discontinuità*, in *Giur. it.*, dicembre 2019, 2807; M. GAMBINI, *Responsabilità e risarcimento nel trattamento dei dati personali*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO e V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 1090.

⁹⁷ Sul punto, G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva UE 2019/770 e il Regolamento UE/2016/679*, in *Ann. Contr.*, 2018, 125 ss.; G. SCIANCALEPORE, *I dati come oggetto del contratto tra la Direttiva sui contenuti digitali e il GDPR*, in P. STANZIONE (a cura di), *I poteri privati delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Torino, 2022, 115 ss.; S. ORLANDO, *Il coordinamento tra la direttiva 2019/770 e il GDPR*, cit., 157 ss.

⁹⁸ In dottrina si è lungamente discusso sulla natura giuridica del consenso al trattamento dei dati. Nella prospettiva della protezione dei dati come diritto della personalità – indisponibile, assoluto, intransmissibile e imprescrittibile – il consenso mantiene la valenza di atto autorizzatorio nella forma del consenso dell'avente diritto, in forza del quale il titolare è legittimato a trattare i dati personali dell'interessato, senza che questi cessi la relazione di appartenenza con i dati medesimi. Il consenso assume valore negoziale – e, dunque, di atto di disposizione – quando sia idoneo a trasferire situazioni giuridiche attive aventi ad oggetto dati personali. Sul punto, senza pretesa di esaustività, F. BRAVO, *Il “diritto” a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Milano, 2018, 16 ss.; ID., *Le condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Bologna, 2019, 110 ss.; S. ORLANDO, *Consenso al trattamento e liceità*, in *Pers. merc.*, 2024, 2, 354 ss.; E. TOSI, *Consenso autorizzatorio e consenso contrattuale quali autonome basi giuridiche per la patrimonializzazione dei dati personali nei mercati digitali alla luce del GDPR*, in G. CERRINA FERONI (a cura di), *op. cit.*, 203 ss.; D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione di poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 350 ss. In merito, poi, specificamente al consenso relativamente al rapporto tra la Dir. (UE) 2019/770 e il GDPR, si è discusso in merito all'opportunità o meno di configurare un consenso al trattamento dei dati personali concettualmente separato dal consenso contrattuale. Per una ricostruzione sul punto, cfr. S. ORLANDO, *Il coordinamento tra la direttiva 2019/770 e il GDPR*, cit., 174 ss., che aderisce alla tesi dell'unitarietà del consenso.



Da un lato, non è chiaro se possa affermarsi che il GDPR tuteli, oltre alla protezione dei dati come diritto fondamentale, anche gli interessi economici dell'interessato all'uso dei propri dati⁹⁹. Infatti, se è vero che un pilastro della disciplina *de qua* è (anche) la libera circolazione *dei dati*, non necessariamente lo è la libera circolazione *del diritto* al loro sfruttamento economico. Sicuramente il GDPR non vieta al titolare di trarre utilità dallo sfruttamento dei dati dell'interessato¹⁰⁰. Dall'altro lato, esiste astrattamente un terreno in cui un determinato trattamento di dati personali può integrare un semplice inadempimento di un contratto valido che, quindi, non viola il GDPR, sfuggendo così tanto alla sua tutela pubblicistica quanto a quella privatistica, non costituendo tale condotta un illecito trattamento. Si pensi all'ipotesi in cui l'informativa – avente natura contrattuale – contempra il consenso al trattamento dei dati per determinate finalità e il titolare abbia, invece, deviato da tali finalità per fini commerciali, e tale ultimo trattamento sia ritenuto comunque lecito a norma del GDPR perché conforme ad una base giuridica diversa dal consenso, come il legittimo interesse¹⁰¹. Infatti, la Corte di Giustizia dell'UE ha ritenuto lecito, in base al legittimo interesse, il trattamento di dati effettuato per soddisfare un interesse commerciale del titolare del trattamento, purché tale trattamento sia strettamente necessario e non prevalgano altri interessi, libertà o diritti fondamentali¹⁰². In tali ipotesi, la disciplina dei rimedi privatistici può formare un valido complemento a quella fornita dal GDPR.

A ben guardare, l'importanza che progressivamente potranno rivestire i rimedi contro l'inadempimento sembra essere testimoniata anche dall'impostazione dei recenti regolamenti europei in tema di *governance* e condivisione dei dati¹⁰³, in cui ad assumere centrale rilievo è l'esigenza di «sviluppare ulteriormente il mercato interno digitale senza frontiere e una società e un'economia dei dati»¹⁰⁴ e di «eliminare gli ostacoli al buon funzionamento del mercato interno dei dati»¹⁰⁵, obiettivi per il perseguimento dei quali le «norme di diritto privato sono fondamentali»¹⁰⁶.

⁹⁹ S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 2221.

¹⁰⁰ Con riguardo a tale rilievo, seppure con specifico riguardo alle amministrazioni pubbliche titolari del trattamento, si veda S. FRANCA, *I dati personali nell'amministrazione pubblica: attività di trattamento e tutela del privato*, Napoli, 2023, 73.

¹⁰¹ Lo stesso art. 6 GDPR ammette, al 4° comma, la possibilità che il trattamento per una finalità diversa da quella per la quale i dati personali sono stati inizialmente raccolti non sia basato sul consenso dell'interessato, ma su altra base giuridica, purché tale ulteriore finalità sia compatibile con quella per la quale i dati sono stati inizialmente raccolti.

¹⁰² Corte giust., *Koninklijke Nederlandse Lawn Tennisbond c. Autoriteit Persoonsgegevens*, C-621/22, 4 ottobre 2024.

¹⁰³ Reg. (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il Regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla governance europea dei dati), cd. *Data Governance Act*; Reg. (UE) 2023/2854 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2023 riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva (UE) 2020/1828 (Regolamento sui dati), cd. *Data Act*.

¹⁰⁴ Considerando 3 *Data Governance Act*.

¹⁰⁵ Considerando 4 *Data Act*.

¹⁰⁶ Considerando 5 *Data Act*.



6. Profitto e inadempimento tra risarcimento e restituzioni

Si è ampiamente visto che l'inadempimento può procurare al debitore un vantaggio patrimoniale tanto sotto forma di risparmio di spesa, quanto come profitto derivante da operazioni alternative incompatibili con l'adempimento¹⁰⁷. L'idea mutuata dalla dottrina italiana anche di recente – del tutto in linea con quella di *common law* e, in qualche misura, confermata dalla giurisprudenza analizzata – è quella per cui la restituzione dei profitti è più facilmente configurabile nei casi in cui ad essere violata sia una situazione di “appartenenza” – i.e., lo sfruttamento illecito della cosa altrui – ovvero il diritto del creditore di percepire una somma di denaro, mentre non opererebbe quando si abbia a che fare con situazioni di “mero” inadempimento¹⁰⁸.

Tuttavia, è possibile a questo punto svolgere alcune riflessioni più articolate in merito al *disgorgement* contrattuale nell'ambito dell'apparato rimediabile nel suo complesso – con particolare riguardo alle regole sul risarcimento e sulle restituzioni – anche alla luce delle sue possibili forme e funzioni rispetto alla varietà delle fattispecie negoziali sinora incontrate.

6.1. Risarcimento del danno

Il primo e più immediato ordine di considerazioni attiene al rapporto tra profitto e responsabilità contrattuale, cui consegue il risarcimento del danno a norma degli artt. 1218 e 1223 c.c. Tale analisi non può che muovere dalla distinzione tra i differenti spazi di manovra posseduti dal *disgorgement* “proprio” e “improprio” rispetto alla struttura e alle funzioni della responsabilità contrattuale e, quindi, del risarcimento del danno.

Seppure il dibattito sulle funzioni della responsabilità in ambito contrattuale non abbia ricevuto la medesima attenzione rivolta al suo corrispondente in ambito aquiliano¹⁰⁹, sembra costituire un assunto pressoché pacifico quello per cui la responsabilità contrattuale – così come quella extracontrattuale – possiede una vocazione genuinamente riparatoria¹¹⁰, legata cioè alla necessità di reintegrare la posizione finanziaria della vittima lesa dall'inadempimento. Corollario di ciò è, da un lato, l'idea della riparazione integrale del danno, desumibile in via interpretativa dall'art. 1223 c.c. che limita il *quantum* risarcibile alle sole conseguenze immediate e dirette

¹⁰⁷ P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 104.

¹⁰⁸ G. VILLA, *Incentivi all'adempimento*, cit., 111; L. CASTELLI, *Arricchimento mediante fatto ingiusto: la Cassazione nega un disgorgement generalizzato*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1, 211.

¹⁰⁹ Rileva tale circostanza V. ROPPO, *Responsabilità contrattuale*, cit., 408: «le trattazioni generali della responsabilità contrattuale trascurano sistematicamente di indagarne le funzioni. O se lo fanno, lo fanno in modo non aperto ma criptico, non frontalmente ma per così dire di striscio: parlandone un po' ma senza dare mostra di volerne parlare».

¹¹⁰ C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema italiano in materia di risarcimento del danno contrattuale*, in AA.VV., *Il risarcimento del danno contrattuale. La responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari*, Padova, 2009, 21, 28.



dell'inadempimento¹¹¹; dall'altro, il rifiuto di risarcimenti punitivi¹¹², onde evitare l'affermare di una funzione sanzionatoria della responsabilità contrattuale¹¹³.

Rispetto, poi, alla responsabilità aquiliana – che mira alla sola rimozione del danno provocato – la funzione riparatoria della responsabilità contrattuale possiede un *quid pluris* coincidente con l'esigenza di garantire la corretta e puntuale esecuzione del contratto¹¹⁴ e, quindi, di realizzare il *vinculum iuris* per conservare l'assetto di interessi attuato dal sorgere dell'obbligazione, assumendo così la funzione di forma ultima di soddisfacimento dell'interesse del creditore¹¹⁵. Tale specifica dimensione si traduce nell'assunto – riconfermato anche di recente dalle Sezioni unite¹¹⁶ – per cui il risarcimento del danno contrattuale, associato all'azione di risoluzione per inadempimento, deve essere commisurato al cd. interesse positivo¹¹⁷. Esso, cioè, deve porre il contraente leso in una situazione economica equivalente – ovvero nella medesima “curva d'indifferenza”¹¹⁸ – a quella in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato esattamente adempiuto¹¹⁹.

Ciò premesso, la descritta funzione del risarcimento del danno contrattuale non è incompatibile con la riversione del profitto nell'ottica del *disgorgement* in senso “improprio”. Quest'ultimo, infatti, mantiene il focus

¹¹¹ M.R. MARELLA, *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, ivi, 30. Sul punto, A. PINORI, *Il principio generale della riparazione integrale dei danni*, in *Contr. impr.*, 1998, 1144 ss.

¹¹² G. ALPA, *Note sul danno contrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, parte seconda, 8.

¹¹³ La vocazione riparatoria e non sanzionatoria della responsabilità contrattuale rende il rimedio risarcitorio uno «strumento (...) di (ri)attribuzione a colui che ha patito l'inadempimento altrui di utilità, patrimoniali o personali, negate e non già misura di repressione del contegno che si delinea come semplicemente difforme dalla norma» (C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 28).

¹¹⁴ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 200.

¹¹⁵ F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 649 ss. Sul punto, cfr. L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, 1072 ss. e C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 110 ss.

¹¹⁶ Cass., S.U., 25.2.2025, n. 4892, in *Resp. civ. prev.*, 2025, 2, 614.

¹¹⁷ Sul tema si vedano, per tutti, A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3° ed., I, Milano, 1979, 346 ss.; P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 5, 637 ss.; G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, V, *Rimedi*, 2, Milano, 2006, 933 ss.; F. PIRAINO, *Danno da risoluzione*, in AA.VV., *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, Napoli, 2018, 467 ss.; A. SARDINI, *Danno e interesse negativo*, Milano, 2023, 52 ss.; G. VILLA, *Brevi riflessioni sul danno da inadempimento e da risoluzione*, in *Giust. civ.*, 2024, 1, 210 ss.

¹¹⁸ G. SMORTO, *Il danno da inadempimento*, Padova, 2005, 187; G. VILLA, *Incentivi all'adempimento*, cit., 110.

¹¹⁹ P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo*, cit., 637. A ciò si contrappone la nozione di interesse negativo, in cui il risarcimento è volto a porre il contraente leso in una situazione equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se non avesse stipulato il contratto, compensandolo cioè per le spese inutilmente affrontate per stipulare il contratto e poi confidando nella sua esecuzione, e così pure dei guadagni che gli sarebbero derivati da affari alternativi invece sfumati. *Contra*, sulla risarcibilità dell'interesse negativo, per tutti F. CARNELUTTI, *Sul risarcimento del danno in caso di risoluzione del contratto bilaterale per inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, II, 328; M.R. MARELLA, *La tutela risarcitoria nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Giur. it.*, 1985, I, 369.



sulla posizione finanziaria del creditore e assolve ad una funzione primariamente compensativa, cui può aggiungersi un coefficiente di deterrenza al verificarsi di determinate condizioni. Poiché il *disgorgement* improprio assume il profitto ottenuto dall'inadempimento quale parametro di quantificazione del risarcimento, per il principio dell'equivalenza tra danno e risarcimento sarà necessario, in primo luogo, individuare una o più voci di danno patrimoniale. Una volta risolto positivamente tale giudizio, la liquidazione del danno – nei casi in cui non sia di agevole o possibile quantificazione – potrà essere effettuata in via equitativa dal giudice ex art. 1226 c.c. proprio sulla scorta del suddetto profitto¹²⁰.

Prendendo come esempio le principali fattispecie negoziali menzionate, si consideri l'inadempimento del contratto di vendita che si concretizzi nell'alienazione a un secondo acquirente del medesimo bene oggetto del contratto concluso con il primo acquirente¹²¹. In tali fattispecie, la giurisprudenza ha riconosciuto, a titolo di risarcimento, il danno consistente nella perdita della proprietà, spesso corrispondente alla somma eventualmente già corrisposta al venditore dal primo acquirente, rivelatasi priva di utilità alla luce del trasferimento della proprietà del bene al terzo¹²². Talvolta, però, la giurisprudenza di merito ha liquidato il risarcimento commisurandolo al prezzo pagato dal secondo acquirente al venditore, di gran lunga superiore all'effettivo valore di mercato del bene compravenduto¹²³. Proprio nel senso di un *disgorgement* “improprio”, la *ratio* sottesa alla decisione sembra fondarsi sulla funzione compensativa del risarcimento, nella misura in cui la somma corrispondente al prezzo corrisposto dal secondo acquirente al venditore corrisponde al danno patito dal primo acquirente a titolo di lucro cessante, poiché, se il contratto fosse stato regolarmente adempiuto, avrebbe conseguito proprio quel profitto¹²⁴.

¹²⁰ P. PARDOLESI, *Rimedi all'inadempimento contrattuale*, cit., 750; I.A. CAGGIANO, *op. cit.*, 265.

¹²¹ Nelle ipotesi di doppia alienazione, è principio consolidato quello per cui costituisce inadempimento contrattuale la condotta del venditore di un bene che, dopo averlo trasferito ad altra persona, lo vende successivamente ad un terzo, poiché tale successiva vendita costituisce impedimento a che il primo acquirente consegua il godimento pieno ed esclusivo e la disponibilità della cosa, con conseguente diritto alla risoluzione del contratto e al risarcimento del danno. Cfr., di recente, Cass., 26.9.2024, n. 25768, in *Redaz. Giuffrè*, 2025. In tale configurazione, quindi, è orientamento ormai pacifico quello per cui la responsabilità del venditore ha natura contrattuale, mentre quella del terzo acquirente – che, in caso di vendita di beni immobili, abbia trascritto per primo e fosse in mala fede (cioè, consapevole dell'esistenza di un precedente contratto di vendita) – extracontrattuale. Sul punto, già Cass., 18.8.1990, n. 8403, in *Foro it.*, 1991, I, 2473.

¹²² Trib. S. Maria Capua Vetere, 31.7.2017, n. 2456, in *Redaz. Giuffrè*, 2017; Trib. Ivrea, 16.5.2003, in *Arch. civ.*, 2003, 1313.

¹²³ In tal senso, Trib. Lecce, 2.7.2019, n. 2288, in *Redaz. Giuffrè*, 2019, che, in un caso di doppia alienazione di alcuni terreni, ha riconosciuto al primo acquirente il risarcimento del danno corrispondente al prezzo pagato dal secondo acquirente (37.974,60 euro), che era particolarmente interessato all'acquisto in quanto avente ad oggetto terreni adiacenti ad altri già di sua proprietà, a fronte di un valore di mercato stimato in una somma decisamente inferiore (7.015,51 euro).

¹²⁴ *Ibid.* Il Tribunale di Lecce argomenta in proposito riconducendo il prezzo pagato dal secondo acquirente ad un mancato guadagno del primo, considerando che, se l'impegno con il venditore fosse stato rispettato, quella somma sarebbe stata corrisposta al primo acquirente.



Nel caso del contratto preliminare, invece, qualora il promittente alienante abbia venduto il bene a un terzo – il quale abbia trascritto il proprio acquisto prima della trascrizione del preliminare, rendendolo così a sé inoppugnabile – la giurisprudenza riconosce unicamente il diritto del promissario acquirente alla risoluzione del contratto e al risarcimento del danno commisurato all'interesse positivo¹²⁵, coincidente cioè con la differenza tra il valore di mercato del bene nel momento in cui l'inadempimento è divenuto definitivo e il prezzo inizialmente pattuito nel preliminare¹²⁶, facendo salvo così l'eventuale surplus di valore ottenuto dalla parte inadempiente (cd. costo-opportunità)¹²⁷. A tale proposito, la giurisprudenza di merito ha tentato di quantificare il risarcimento nella misura della differenza tra il prezzo pagato dal terzo acquirente e il prezzo stabilito nel preliminare. Tuttavia, i giudici di legittimità hanno cassato la decisione, riaffermando il principio di diritto sopra enunciato¹²⁸.

Sebbene i giudici di legittimità ci tengano a precisare che il prezzo pagato dal terzo non corrisponde al valore di mercato del bene¹²⁹, non si vede in realtà un concreto ostacolo al ritenere che il profitto ottenuto dal promittente alienante possa corrispondere ad un mancato guadagno – ovvero a una perdita di *chance* di guadagno – dello stesso promissario acquirente che avrebbe potuto facilmente rivendere il bene al terzo¹³⁰. Prova di ciò sarebbe, da un lato, la volontà del promissario acquirente di rivendere il bene e, dall'altro, proprio l'occasione fortunata del promittente venditore¹³¹.

In alternativa, da una differente prospettiva si consideri che una delle principali ipotesi in cui la teoria dell'inadempimento efficiente fallisce risie-

¹²⁵ M. DELLACASA, *Inadempimento e risarcimento nel contratto preliminare: il "danno da risoluzione" alla prova*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 7-8, 1095 ss.

¹²⁶ *Ex plurimis*, Cass., 4.11.2022, n. 32536, in *Foro it.*, 2022, 12, I, 3696; Cass., 30.6.2021, n. 18498, in *Giust. civ. Mass.*, 2021; Cass., 11.11.2015, n. 22979, in *Giust. civ. Mass.*, 2015; Cass., 13.1.2014, n. 470, in *Guida dir.*, 2014, 16, 93; Trib. Roma, 1.4.2016, n. 6608, in *Arch. loc.*, 2016, 4, 415.

¹²⁷ P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 106.

¹²⁸ Cass., 7.10.2016, n. 20251, in *Foro it.*, 2017, 3, I, 990, che cassava App. L'Aquila, 25.5.2010. Nel caso di specie, gli attori avevano agito in giudizio per far dichiarare la nullità o l'inefficacia della vendita a un terzo di un immobile precedentemente promesso loro tramite contratto preliminare di vendita, nonché per ottenere il risarcimento dei danni patiti. La Corte d'Appello, in parziale riforma della decisione di primo grado, ha accolto la domanda, parametrando il risarcimento al prezzo della successiva rivendita effettuata dal terzo (pari a 93.478,70 euro), considerato indice del valore di mercato del bene al momento del danno. Sul punto, cfr. A.L. BITETTO, *Doppia alienazione: risarcimento del promissario e dietrofront sul disgorgement!*, in *Giur. it.*, aprile 2017, 830 ss.

¹²⁹ Cass. n. 32536/2022, cit.

¹³⁰ Uno spunto in tal senso viene da G. VILLA, *Incentivi all'adempimento*, cit., 112, in relazione al ritardo nell'esecuzione di un'obbligazione pecuniaria e al risarcimento del maggior danno: «si può capovolgere la prospettiva del discorso e, anziché dire che il debitore deve rendere gli interessi dei titoli di stato perché essi costituiscono il suo lucro, ottenibile mediante il più banale degli investimenti, si può concludere che anche il creditore avrebbe potuto, con la stessa facilità del debitore, investire il denaro in titoli di stato; si arriva così al medesimo risultato, ma affermando in modo più rigoroso che quel rendimento, semplice da conseguire, costituisce la misura non del profitto del debitore, ma del lucro mancato del creditore».

¹³¹ Come avvenuto in Trib. Lecce. 2288/2019, cit. in un caso di doppia vendita immobiliare.



de nei negozi aventi ad oggetto il trasferimento di beni infungibili¹³². In tali casi, non sarebbe peregrino considerare, come ulteriore voce di danno, la lesione di interessi non direttamente valutabili con criteri di mercato. Si tratterebbe, pertanto, non di un risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento – che rimarrebbe avvinto dalle strette maglie dei principi affermati dalla giurisprudenza sul punto¹³³ – ma di un’interpretazione evolutiva di danno patrimoniale e di interesse positivo¹³⁴, in cui, ad esempio, al prezzo (vantaggioso) che il terzo è disposto a pagare per ottenere il bene *de quo* corrisponde il surplus di valore, non autonomamente quantificabile, che il promissario acquirente attribuiva alla *non fungibilità* del bene che intendeva acquistare.

Nel caso del contratto avente ad oggetto il consenso allo sfruttamento economico dei dati personali contro la fornitura di servizi digitali, il diritto disponibile allo sfruttamento economico dei dati potrebbe portare al riconoscimento di un risarcimento commisurato al “prezzo del consenso” che l’interessato avrebbe presumibilmente ottenuto, a sua volta parametrato sugli utili ricavati dall’inadempimento, come già avviene nei casi di indebito sfruttamento dell’immagine altrui. Non v’è dubbio, infatti, che nello sfruttamento indebito del dato risieda una voce di danno patrimoniale e, alla luce della difficoltà di quantificare il valore di mercato del dato, commisurare il risarcimento al profitto tratto da tale condotta inadempiente sarebbe in linea con il potere di liquidazione equitativa del giudice ex art. 1226 c.c., ovvero potrebbe fondarsi direttamente sull’applicazione dell’art. 158 l.a. Una forma di *negotiating damages* con cui già la nostra giurisprudenza si trova a suo agio nell’ambito dell’indebito sfruttamento economico di altri diritti della personalità.

Tutte le volte in cui residui un ulteriore margine di profitto dall’inadempimento – che, quindi, non corrisponderebbe ad alcuna voce di danno – la retroversione degli utili assumerebbe la forma di un *disgorgement* “proprio”, difficilmente configurabile in termini puramente risarcitori. Si pensi all’ipotesi dell’inadempimento del datore di lavoro agli obblighi di sicurezza ex art. 2087 c.c.: sebbene il risparmio di spesa ottenuto dalla violazione potrebbe astrattamente coincidere con il surplus di retribuzione che

¹³² P. PARDOLESI, *Rimedi che non rimediano*, cit., 183.

¹³³ Il riferimento è al celebre dettato delle Sezioni Unite che hanno ritenuto, nel contesto di una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c., che il danno non patrimoniale possa essere risarcito anche in conseguenza di un inadempimento contrattuale, sempre che sia stato leso un diritto della persona tutelato dalla Costituzione, chiarendo che il danno non patrimoniale da contratto è risarcibile se lede diritti inviolabili della persona e se la condotta tenuta dal danneggiante superi quella soglia di gravità che consente la tutela risarcitoria (Cass., S.U., 11.11.2008, n. 26972, in *Resp. civ. prev.* 2009, 1, 38). Si segnala, tuttavia, una apertura della giurisprudenza di merito che, in parziale contrasto o in evoluzione rispetto alle Sezioni Unite di San Martino, ha affermato che ove il contratto, per la sua funzione economico-individuale, sia obiettivamente diretto a perseguire in via esclusiva e immediata un interesse non patrimoniale di una delle parti, l’inadempimento della controparte che determini in modo definitivo la compromissione della possibilità di realizzare tale interesse produce, di per sé, un pregiudizio di carattere non patrimoniale meritevole di risarcimento ai sensi degli artt. 1218 ss. c.c., a prescindere dal rango costituzionale o meno degli interessi lesi.

¹³⁴ P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 106 s.



il lavoratore sarebbe stato disposto ad accettare per lavorare in condizioni più pericolose, la totale inconciliabilità tra i vantaggi puramente patrimoniali conseguiti dal datore di lavoro (risparmio di spesa) e il diritto non patrimoniale dei lavoratori alla sicurezza sul luogo di lavoro, nonché la natura non disponibile di quest'ultimo, rendono non percorribile la strada del *disgorgement* "improprio" sotto forma di risarcimento.

Un tale approdo necessiterebbe di un riconoscimento ufficiale, da parte della giurisprudenza, di un accresciuto ruolo della funzione sanzionatorio-deterrente della responsabilità contrattuale, oltre a quanto è già possibile intravedere in talune regole codicistiche (come l'art. 1225 c.c.¹³⁵), che conduca anche ad ammettere risarcimenti extra-compensativi; ovvero, come qualcuno ha suggerito, che giunga a ritenere che l'art. 1223 c.c. non esaurisca in sé il ruolo della tutela risarcitoria, ma ne costituisca una "sineddoche", enunciante la parte per il tutto¹³⁶.

D'altronde, si potrebbe argomentare che la stessa risarcibilità dell'interesse positivo accetta una dimensione di arricchimento della vittima dell'inadempimento, specie se connessa alla risoluzione del contratto, nella misura in cui permette che la parte fedele consegua ugualmente la medesima utilità che avrebbe ricavato se il contratto fosse stato regolarmente eseguito, nonostante il *venir meno*, retroattivamente e definitivamente, del *vinculum iuris*¹³⁷. Persino la giurisprudenza non è estranea a riconoscere risarcimenti superiori rispetto a quanto la parte fedele avrebbe ottenuto dalla corretta esecuzione del contratto¹³⁸, se si considerano i casi (discutibili) in cui i giudici hanno ritenuto risarcibile tanto l'interesse negativo quanto quello positivo¹³⁹, ovvero al fatto che è stato considerato non ontologicamente incom-

¹³⁵ Sul punto, V. ROPPO, *Responsabilità contrattuale*, cit., 410 ss. che, interrogandosi sulle funzioni della responsabilità contrattuale, vede nella regola di cui all'art. 1225 c.c. una funzione di deterrenza atipica, operante non tanto sul lato del debitore inadempiente, quanto sul lato del creditore potenziale vittima del danno, nella misura in cui il prodursi di un danno non prevedibile dall'autore dipende per lo più o da scelte o azioni della stessa vittima. Prosegue l'A. osservando che perfettamente tipica è la deterrenza esercitata dal meccanismo degli interessi moratori a carico di chi si rende responsabile dell'inadempimento di obbligazioni pecuniarie (art. 1224, co. 1, c.c.), sono dovuti «anche se il creditore non prova di avere subito alcun danno».

¹³⁶ P. PARDOLESI, *Rimedi all'inadempimento contrattuale*, cit., 750.

¹³⁷ I sostenitori dell'esclusione dell'interesse positivo dal risarcimento del danno contrattuale enfatizzano il fatto che la risoluzione ha rimosso retroattivamente il contratto, sicché sarebbe il contratto stesso ad essere origine del danno, più che l'inadempimento, e perciò sarebbe risarcibile il solo interesse negativo. Avendo il contraente rinunciato all'esecuzione del contratto, questi dovrebbe anche rinunciare anche ai suoi vantaggi, compreso il lucro cessante. In questi termini, e in senso critico, G. VILLA, *Brevi riflessioni*, cit., 212 ss. Sul punto anche A. MONTANARI, *Il danno da risoluzione*, Napoli, 2013, 127 ss.; F. PIRAINO, *Il danno da risoluzione*, in *Corti fior.*, 2017, 2, 67 ss.

¹³⁸ A. SARDINI, *op. cit.*, 54.

¹³⁹ Cfr., in maniera non del tutto cristallina, Cass., 14.10.2021, n. 28022, in *Giust. civ. Mass.*, 2021. La Corte, pur aderendo alla posizione maggioritaria sulla risarcibilità dell'interesse positivo in caso di responsabilità contrattuale, afferma anche che «se il risarcimento fosse limitato al *solo* [corsivo aggiunto] interesse negativo, esso non potrebbe costituire un adeguato disincentivo all'inadempimento, in contrasto con la generale funzione di deterrenza pacificamente attribuita alla responsabilità civile». Così la Corte giunge a riconoscere legittimo, nel caso di specie, il diritto sia all'indennità per l'uso della cosa fino al momento della riconsegna, sia al risarcimento del danno, quest'ultimo parametrato all'inte-



patibile con l'ordinamento italiano l'istituto dei risarcimenti punitivi anche in ambito contrattuale¹⁴⁰.

6.2. Ripetizione dell'indebito e alienazione in mala fede della cosa indebitamente ricevuta (art. 2038, II co., c.c.)

Il discorso sull'eventuale applicazione di forme di *disgorgement* in senso "proprio" dovrà, quindi, essere calato in meccanismi rimediali diversi dal risarcimento del danno¹⁴¹, e cioè le restituzioni. La differente funzione delle due categorie di rimedi è evidente: mentre il rimedio risarcitorio intende reagire contro il danno prodotto nella sfera patrimoniale del soggetto – assicurandogli una forma di compensazione pecuniaria che neutralizzi il danno in senso economico – "restituire" significa ristabilire le condizioni di fatto e di diritto precedenti ad un determinato mutamento¹⁴².

La rilevanza del rimedio restitutorio ai nostri fini emerge, in special modo, quando all'inadempimento opportunistico segua la risoluzione del contratto, cui si associa – in ragione dei suoi effetti retroattivi – l'obbligo di restituzione reciproca delle prestazioni eventualmente già eseguite ex artt. 1458 e 2033 ss. c.c.¹⁴³, a prescindere che l'assenza del titolo giustificativo il trasferimento sia originaria (es., nullità) o sopravvenuta (es., risoluzione)¹⁴⁴.

resse positivo, «ovvero del mancato guadagno». Lapalissiana, invece, la decisione in Cass., 23.2.2023, n. 5651, in *Riv. giur. ed.*, 2023, 3, I, 566, che – in un caso di inadempimento del promissario acquirente – ha riconosciuto la cumulabilità della penale, che risponde alla tutela dell'interesse negativo, e dell'indennità di occupazione. Le stesse Cass., S.U. n. 4892/2025, cit. non sono del tutto chiare al riguardo, nella misura in cui affermano che alla risoluzione per inadempimento si accompagna sempre il diritto, per il contraente fedele, al risarcimento del danno, "non limitato" all'interesse negativo, "bensì esteso" all'interesse positivo. In precedenza, cfr. Cass., 16.7.2001, n. 9642, in *Danno resp.*, 2002, 264.

¹⁴⁰ Il riferimento corre alla celebre Cass., S.U., 5.7.2017, n. 16601, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 4, 1198. Sul punto, cfr. V. ROPPO, *Responsabilità contrattuale*, cit., 419, che osserva come, in realtà, «nell'elenco delle fattispecie normative indicate dalla Cassazione come casi in cui è la stessa legge a disporre «danni punitivi» o qualcosa di assimilabile, sono presenti molte figure di illecito contrattuale, che forse addirittura prevalgono sulle figure di illecito aquilano». Si veda successivamente Cass. civ., sez. I, 7 marzo 2023, n. 6723, che ha fatto applicazione dei principi stabiliti dalle Sezioni Unite in un caso di delibazione di sentenza straniera avente ad oggetto il risarcimento di danni punitivi a titolo di responsabilità contrattuale.

¹⁴¹ C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema italiano in materia di risarcimento*, cit., 28.

¹⁴² A. DI MAJO, *op. cit.*, 319 s.

¹⁴³ Sull'applicabilità della disciplina della ripetizione dell'indebito alle restituzioni a seguito di risoluzione ex art. 1458 c.c., cfr. di recente Cass., 8.1.2025, n. 423, in *Giust. civ. Mass.*, 2025: «qualora venga acclarata la mancanza di una *causa acquirendi* in ragione della dichiarazione di nullità, dell'annullamento, della risoluzione o della rescissione di un contratto o del venire comunque meno del vincolo originariamente esistente, l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto stesso è quella di ripetizione di indebito oggettivo (Cass. 15 gennaio 2018, n. 715; Cass. 6 giugno 2017, n. 14013; Cass. 7 febbraio 2011, n. 2956; Cass. 15 aprile 2010, n. 9052; Cass. 12 dicembre 2005, n. 27334). In particolare, secondo quanto è stato precisato dalle Sezioni Unite, l'art. 2033 c.c., pur essendo formulato con riferimento all'ipotesi del pagamento ab origine indebito, è applicabile per analogia anche alle ipotesi di indebito oggettivo sopravvenuto per essere venuta meno, in dipendenza di qualsiasi ragione, in un momento successivo al pagamento, la *causa debendi* (Cass. Sez. U. 9 marzo 2009, n. 5624, nella cui motivazione



L'idea che “restituire” possa ricomprendere il trasferimento del profitto ottenuto dall'inadempimento non pare del tutto in linea con l'idea di un indebito “trasferimento” da un *solvens* a un *accipiens*. Eppure, talvolta tale funzione potrebbe essere assolta dalle restituzioni, ad esempio, quando la ripetizione della prestazione indebitamente ricevuta si cumuli al risarcimento del danno. Si pensi al caso menzionato dell'inadempimento del contratto d'opera professionale, in cui la giurisprudenza di legittimità più recente sembra ammettere – sulla scorta del principio dell'autonomia tra l'azione di risoluzione e quella di risarcimento – che il compenso corrisposto al professionista possa essere effettivamente ripetuto qualora venga accolta la domanda di risoluzione del contratto¹⁴⁵, in aggiunta cioè al risarcimento del danno, così neutralizzando il profitto ottenuto dal professionista dal proprio inadempimento¹⁴⁶.

Al di fuori di tale specifica ipotesi, l'analisi ha già mostrato l'esistenza di un'ipotesi codificata di *disgorgement* “proprio” nell'alveo della ripetizione dell'indebito, e precisamente nell'art. 2038, II co., c.c. Si tratta di un caso in cui il *solvens* può ottenere il maggior valore tra risarcimento e arricchimento, ossia l'eventuale profitto netto ricavato dall'*accipiens* dall'alienazione della cosa in mala fede a un terzo¹⁴⁷. Si tratta, a nostro parere, di una disposizione posta in continuità con la – e a completamento della – disciplina della restituzione al proprietario dei frutti civili, per tutte quelle situazioni in cui non sia possibile la restituzione della cosa stessa (ad esempio, perché il terzo l'ha acquistata a titolo originario ex art. 1153 c.c. o ha trascritto il proprio acquisto prima della domanda di restituzione), sancendo così che, al pari dei frutti, l'utilità conseguita dalla vendita di un bene altrui appartiene al proprietario. La dottrina, infatti, riconduce la norma proprio alle ipotesi di acquisti *a non domino*¹⁴⁸.

sono richiamati, quali precedenti conformi: Cass. 1° agosto 2001, n. 10498; Cass. 4 febbraio 2000, n. 1252; Cass. 13 aprile 1995, n. 4268)».

¹⁴⁴ Cass., 4.4.2014, n. 7897, in *Foro it.*, 2014, 12, I, 3548.

¹⁴⁵ Cass., 7.11.2023, n. 31026, in *Giust. civ. Mass.*, 2024; Cass., 25.7.2023, n. 22254, in *DeJure*.

¹⁴⁶ La giurisprudenza di legittimità recente si è persino spinta ad affermare che, ove la domanda sia limitata al solo risarcimento del danno, sia comunque possibile conseguire effetti sostanzialmente equivalenti a quelli di un'azione cumulativa (risoluzione, restituzione e risarcimento), ammettendo che il compenso versato inutilmente per ottenere una prestazione rimasta ineseguita possa rappresentare, insieme alle altre voci di danno, un parametro rilevante per la quantificazione integrale del danno da parte del giudice. Cfr. Cass., 29.12.2023, n. 36497, in *Giust. civ. Mass.*, 2024.

¹⁴⁷ P. SIRENA, *La ripetizione dell'indebito*, in N. LIPARI e P. RESCIGNO (diretto da), A. ZOPPINI (coordinato da), *Diritto civile*, Vol. III, *Obbligazioni*, I, *Il Rapporto obbligatorio*, Milano, 2009, 536 s. L'A. precisa che, a seguito dell'alienazione della cosa da parte dell'*accipiens* in mala fede, il *solvens* può pretendere la restituzione in natura, il corrispettivo eventualmente ricavato dalla vendita ovvero il risarcimento del danno ulteriore che gli è stato cagionato. Si tratta, continua l'A., di rimedi distinti tra loro e posti in concorso di tipo integrativo: il *solvens* potrà conseguire la somma più elevata tra il valore del danno risarcibile, il corrispettivo ricavato dall'alienazione della cosa e il valore oggettivo di quest'ultima.

¹⁴⁸ In questo senso, A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998, 86 ss.; P. SIRENA, *La ripetizione*



L'art. 2038, II co., c.c. si applica anche ai casi di alienazione della *res* associata alla risoluzione del contratto. Infatti, l'alienazione a un terzo, da parte dell'acquirente, del bene oggetto di un contratto di vendita poi risolto – e, quindi, venuto meno retroattivamente – si sostanzia in una vendita di cosa altrui e il venditore è quindi tenuto a restituire al primo acquirente il prezzo ottenuto dal terzo¹⁴⁹.

Tuttavia, il riferimento della norma alla sola ipotesi di alienazione di una *res* – unitamente al suo riconosciuto carattere speciale e, quindi, pressoché insuscettibile di applicazione analogica¹⁵⁰ – costituisce un'ulteriore conferma della disparità di trattamento tra il diritto soggettivo derivante dal contratto e la tutela proprietaria, nonostante il contratto sia un (se non il più diffuso) modo di acquisto della proprietà¹⁵¹. Nel caso del preliminare, infatti, sembra doversi escludere l'applicabilità dell'art. 2038 c.c. ai casi di inadempimento del preliminare da parte del promittente alienante in mala fede, in quanto banalmente non si tratterà di vendita *a non domino*. Viceversa, nell'ipotesi (per giunta meno probabile) in cui fosse il promissario acquirente, immesso anticipatamente nella detenzione dell'immobile, ad alienare il bene a terzi prima della risoluzione del contratto, il promittente venditore potrebbe senz'altro accedere alla tutela di cui all'art. 2038 c.c. in quanto effettivo proprietario del bene.

Vi sarebbe, allora, da chiedersi se non sia il caso di colmare tale disparità di trattamento attraverso un'interpretazione evolutiva della norma in esame, soprattutto alla luce del fatto che nel contratto preliminare di vendita, pur avendo solo effetti obbligatori, l'interesse direttamente perseguito dal promissario acquirente tende proprio ad acquisire una situazione di piena appartenenza proprietaria, tanto da giustificare la tutela rafforzata ex art. 2932 c.c.

L'idea di un'interpretazione estensiva dell'art. 2038 c.c. parrebbe già farsi strada nella giurisprudenza, sotto taluni aspetti. Così, la Cassazione ha promosso l'idea di una “applicazione generale” e l'attribuzione di un “significato ampio e comprensivo” alla norma in esame, con particolare riguardo al concetto di “alienazione di una *res*”¹⁵². Nella stessa prospettiva, si è ap-

dell'*indebito*, cit., 536; E. BACCIARDI, *Alienazione della cosa determinata indebitamente ricevuta*, in E. BARGELLI (a cura di), *Ripetizione dell'indebito*, Milano, 2014, 372 ss.

¹⁴⁹ Cfr. Trib. Roma, 18.11.2013, n. 23086, in *Redaz. Giuffrè*, 2013, in un caso in cui il convenuto aveva alienato a terzi la vettura ricevuta in esecuzione del contratto poi risolto.

¹⁵⁰ Risalente giurisprudenza ha attribuito alla norma evidente carattere speciale in deroga alla disciplina generale dell'art. 2033 c.c. Cfr. Cass., 4.5.1978, n. 2087, in *Foro it.*, 1979, I, 180; Cass., 30.12.1968, n. 4089, in *Giust. civ.*, 1969, I, 2135. Sul punto, L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012, 19; E. BACCIARDI, *op. cit.*, 394.

¹⁵¹ M. AMBROSOLI, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, Milano, 2012, 42s.

¹⁵² Cass., 28.3.2017, n. 7867, in *Giur. it.* 2018, 2101: «all'art. 2038 c.p.c. deve riconoscersi applicazione generale, non limitata alla sola ipotesi di “alienazione della *res*” frutto di “libero accordo tra l'accipiens ed il terzo”, al termine alienazione deve senz'altro attribuirsi significato ampio e comprensivo. Atteso che, non risultando dal legislatore utilizzato in un'accezione tecnica, precisa e costante, è generalmente inteso in particolare nel senso di disposizione, come questa Corte ha già avuto modo di porre in rilievo un tanto non depone peraltro per l'esclusione della riconducibilità ad esso di altre ipotesi». Nella specie, si trat-

plicato l'art. 2038 c.c. anche ai casi di risoluzione del contratto di investimento in valori mobiliari, statuendo l'obbligo dell'investitore – che abbia nel frattempo alienato i titoli a terzi – di corrispondere all'intermediario il valore dei titoli ovvero il prezzo conseguito dalla loro alienazione¹⁵³.

Occorre, tuttavia, chiedersi se ciò sia sufficiente a superare il principale ostacolo applicativo posto dalla norma rispetto alle fattispecie che ci interessano: l'art. 2038 c.c., infatti, presuppone pur sempre che l'*accipiens* – che ha alienato in mala fede al terzo – avesse a sua volta ricevuto indebitamente una cosa, ipotesi che, tecnicamente, non è configurabile nel caso di inadempimento del preliminare da parte del promittente venditore, che rimane pur sempre proprietario e possessore del bene prima e dopo la risoluzione del contratto. Estendere, allora, la tutela prevista dalla norma al promissario acquirente tradito – permettendogli, quindi, di ottenere il prezzo ottenuto dalla vendita, detratto ovviamente il prezzo pattuito nel preliminare (i.e., il maggior valore tra arricchimento e danno) – richiederebbe un duplice passaggio ermeneutico.

In primo luogo, occorrerebbe far leva sulle spinte evolutive della giurisprudenza per sostenere che l'art. 2038 c.c., posto in continuità con la disciplina dei frutti, sottenda il principio generale per cui al proprietario spetta sempre il maggior valore tra arricchimento e danno. In secondo luogo, occorrerebbe estendere la sua applicazione ai casi in cui la posizione del *solvens* sia sostanzialmente equiparabile a quella del legittimo proprietario della cosa alienata dall'*accipiens*.

Leggendo tra le righe di alcune pronunce di legittimità, ci si chiede se non sia già riscontrabile una certa tendenza – seppure non maggioritaria – della giurisprudenza verso il riconoscimento al promissario acquirente di una qualifica assimilabile al concetto di *equitable owner*, che in *common law* già consente al promissario acquirente di riscuotere dal promittente venditore i profitti realizzati dalla rivendita del bene a un terzo¹⁵⁴. Si pensi, ad esempio, al fatto che (i) la Cassazione ha riconosciuto natura restitutoria, ai sensi degli artt. 2033 ss. c.c., e non risarcitoria all'indennità da occupazione da corrispondersi al promittente alienante dal promissario acquirente immesso anticipatamente nel godimento dell'immobile¹⁵⁵; (ii) anche la domanda che, viceversa, spieghi il promissario acquirente per ottenere il pagamento del valore locatizio dell'immobile in ragione dell'inadempimento del promittente venditore all'obbligazione di consegna anticipata e, quindi, del mancato godimento è stata a sua volta ricondotta nel paradigma delle restituzioni dei frutti civili, per la mancata possibilità del promissario acqui-

tava dell'estensione applicativa della norma anche a ipotesi di acquisto per trasferimento coattivo.

¹⁵³ Cass., 18.2.2025, n. 4133, in *Mass. redaz.*, 2025; Cass., 30.1.2019, n. 2661, in *Giust. civ. Mass.*, 2019; Cass., 16.3.2018, n. 6664, in *Foro it.*, 2018, 10, I, 3246.

¹⁵⁴ *Timko v. Useful Homes Corp.*, cit.; *Gassner v. Lockett*, cit.; E.J. WEINRIB, *Punishment and Disgorgement*, cit., 82; D. FRIEDMAN, *Disgorgement of Benefits*, cit., 585.

¹⁵⁵ Cass., 30.11.2022, n. 35280, in *Giust. civ. Mass.*, 2023; Cass., 28.11.2017, n. 28381, *ivi*; Cass., 14.3.2017, n. 6575, in *Giust. civ. Mass.*, 2017. In dottrina, G. VILLA, *Brevi riflessioni*, cit., 219: «il valore del godimento dell'immobile consegnato (e cioè, il suo valore locativo) maturato nella fase in cui la parte ha avuto la disponibilità del bene fa parte delle restituzioni, e non del risarcimento».



rente di locare o addirittura vendere il bene a terzi¹⁵⁶; (iii) se i frutti spettano solo al proprietario, o al più al possessore di buona fede, mentre il promissario acquirente immesso anticipatamente nell'immobile è un mero detentore¹⁵⁷, ammettere che al promissario acquirente, che non ha potuto godere della cosa anticipatamente, spetti la restituzione dei frutti significa trattare tale soggetto alla stregua di un proprietario. Pur nella consapevolezza che tale operazione richiederebbe preliminarmente agli interpreti di fare chiarezza una volta per tutte sulla distinzione tra azione risarcitoria e restitutoria in questo ambito¹⁵⁸, ci si chiede però se il passo verso l'estensione al promissario acquirente della tutela di cui all'art. 2038 c.c. sia ancora così lungo da compiere.

Qualora oggetto dell'alienazione fossero dati personali, un approdo di tal fatta richiederebbe di ricondurre il dato al concetto di *res* appropriabile secondo il paradigma proprietario¹⁵⁹, superando anche il problema della natura non rivale del dato personale¹⁶⁰ così da ritenere il professionista, in seguito alla risoluzione del contratto per inadempimento, alla stregua di un *acci-*

¹⁵⁶ Cass., 3.1.2024, n. 83, in https://www.italgiure.giustizia.it/index_en.asp?lang=en. L'attore – promissario acquirente che non aveva ricevuto gli immobili promessi a titolo di consegna anticipata – ha richiesto la liquidazione dei danni subiti per la mancata percezione dei frutti civili sugli immobili non goduti, a titolo di perdita della possibilità di locare e, addirittura, di rivendere l'immobile a terzi. La Corte ha concluso che «l'impossibilità di stimare esattamente il conseguimento di frutti impossibili a concretizzarsi, proprio a causa della mancata consegna dei beni promessi in vendita, costituiscono nel loro significativo insieme base adeguata per obbligare il giudicante a quantificare con valutazione equitativa il danno domandato». Sebbene la Corte si riferisca indistintamente alla restituzione dei frutti e al risarcimento del danno, è rilevante osservare in ogni caso che si è riconosciuta la spettanza dei frutti al promissario acquirente, consistenti tanto nell'impossibilità locare quanto di vendere gli immobili.

¹⁵⁷ Sulla qualificazione del promissario come detentore, da ultimo, Cass., 27.2.2025, n. 5201, in *Giust. civ. Mass.*, 2025. Si veda anche Cass., 19.8.2022, n. 24972, *ivi*, 2022, in merito al fatto che il preliminare ad effetti anticipati individua una fattispecie complessa in cui la consegna anticipata non produce l'effetto traslativo del diritto, ma è riconducibile al comodato. Proprio in tema di preliminare a effetti anticipati, in precedenza la cassazione aveva rilevato che «il promissario acquirente di un fondo agricolo, che ne abbia conseguito la disponibilità a titolo di anticipata esecuzione di un contratto preliminare poi dichiarato nullo, in quanto detentore della cosa, è tenuto a restituire non solo il bene indebitamente goduto, ma anche le utilità "ab initio" ricavate dallo stesso, non rilevando, al riguardo, la disposizione di cui all'art. 1148 cod. civ., la quale limita temporalmente l'obbligo restitutorio dei frutti per il possessore in buona fede con decorrenza dal giorno della domanda giudiziale» (Cass., 10.10.2013, n. 23035, in *Giust. civ. Mass.*, 2013).

¹⁵⁸ Spesso la giurisprudenza, come visto sopra, non è molto chiara al riguardo e per lo più discorre di risarcimento e restituzione dei frutti in termini quasi intercambiabili.

¹⁵⁹ Sul tema dei dati personali come "beni" si dibatte da tempo in dottrina e la letteratura è divenuta vastissima. Per una ricostruzione puntuale ci si limita a richiamare, per tutti, G. ALPA, *La "proprietà" dei dati personali*, in M. D'AURIA (a cura di), *op. cit.*, 22 ss. Secondo la ricostruzione dell'A., i due orientamenti contrapposti al riguardo potrebbero descriversi come uno liberista, l'altro garantista: il primo è volto a consentire la liberalizzazione della circolazione dei dati e quindi la loro configurazione come "bene" passibile di essere trasferito e scambiato; il secondo si preoccupa di tutelare la persona anche contro la sua stessa volontà e di controllare l'acquisizione e il trattamento dei dati e a limitare quindi il loro mercato.

¹⁶⁰ S. PAGLIANTINI, *L'interferenza ascosa*, cit., 2221; G. VERSACI, *Contratti di fornitura*, cit., 2252.



piens di una “cosa” indebitamente ricevuta. Si è già sostenuto che la natura non rivale dei dati sembra attenere più al loro trattamento a norma del GDPR che al loro sfruttamento economico, il quale può assumere carattere di rivalità a seconda del momento, del tipo di dato e del soggetto che lo sfrutta¹⁶¹. In questa prospettiva, si potrebbe addirittura giungere a classificare il dato come un bene in grado di produrre frutti che spettano al suo titolare, così da estendere la tutela del proprietario al consumatore-interessato tanto nel caso di alienazione del dato a terzi, quanto di suo indebito sfruttamento economico. Forse, a tal fine sarebbe necessaria una prospettiva *de iure condendo*¹⁶², nell’ottica di un intervento normativo che regoli lo sfruttamento economico dei dati per definirne e circoscriverne il carattere di rivalità¹⁶³, oltre che per consentire agli individui di acquisire maggiore consapevolezza circa il reale potere economico dei propri dati¹⁶⁴.

Alternativamente, alla proposta estensione applicativa si potrebbe giungere interpretando l’art. 2038 c.c. in senso ampio, non limitato, cioè, solo alle ipotesi di alienazione di una “*res*” in senso stretto, come in qualche modo già la giurisprudenza di legittimità mostra di considerare quando applica la norma, ad esempio, alle ipotesi di risoluzione di contratti di investimento. Si tratterebbe, come osservato dalla Cassazione¹⁶⁵, di legare la norma non tanto alla sola ipotesi di acquisti *a non domino*, ma in generale alla violazione di un potere di disposizione¹⁶⁶ che può riguardare diverse ipotesi di trasferimento di “diritti”, avallando l’idea che persino un diritto relativo (il credito) può ritenersi oggetto di “appartenenza”¹⁶⁷.

6.3. Arricchimento senza causa

Da ultimo, qualora nessuna delle menzionate vie rimediali fosse percorribile, si porrebbe la questione dell’esperibilità dell’azione generale di arricchimento ex artt. 2041 e 2042 c.c. per ottenere la restituzione del profitto ottenuto tramite l’inadempimento. A tale proposito, dovrà verificarsi il rispetto di tutti i requisiti stabiliti dalle suddette norme, in particolare: (i) la sussidiarietà dell’azione; (ii) l’ingiustizia dell’arricchimento; (iii) la correlazione tra impoverimento e arricchimento.

¹⁶¹ Cfr. *supra*, par. 5.

¹⁶² S.A. ELVY, *op. cit.*, 1425 ss. evidenzia taluni possibili *gap* regolatori nella legislazione esistente, soprattutto con riferimento al possibile sfruttamento negoziale di talune vulnerabilità da parte delle imprese nel mercato digitale.

¹⁶³ Ad esempio, concependo un sistema in cui la concessione dello sfruttamento economico del dato non è un diritto illimitato, definendo la durata dello sfruttamento e il numero di persone cui poter concedere tale diritto contemporaneamente, così come stabilendo un meccanismo di produzione di frutti o “interessi” prodotti dal dato, in modo da proiettare nel tempo il suo valore economico.

¹⁶⁴ G. MALGIERI e B. CUSTERS, *Pricing Privacy – The Right to Know the Value of Your Personal Data*, in *Comp. L. Secur. Rev.*, 2018, 34, 289 ss. sottolineano come spesso gli utenti tendano a sottovalutare il valore economico dei propri dati personali.

¹⁶⁵ Cass. n. 7867/2017, cit.

¹⁶⁶ A. NICOLUSSI, *op. cit.*, 86 ss.

¹⁶⁷ In questo senso, M. AMBROSOLI, *op. cit.*, 37.



Per quanto riguarda la sussidiarietà dell'azione di cui all'art. 2042 c.c., non potendosi dare conto in questa sede del vastissimo dibattito sul punto, si prenderà a riferimento il recente insegnamento delle Sezioni Unite¹⁶⁸: «ai fini della verifica del rispetto della regola di sussidiarietà di cui all'art. 2042 c.c., la domanda di arricchimento è proponibile ove la diversa azione, fondata sul contratto, su legge ovvero su clausole generali, si riveli carente *ab origine* del titolo giustificativo. Viceversa, resta preclusa nel caso in cui il rigetto della domanda alternativa derivi da prescrizione o decadenza del diritto azionato, ovvero nel caso in cui discenda dalla carenza di prova circa l'esistenza del pregiudizio subito, ovvero in caso di nullità del titolo contrattuale, ove la nullità derivi dall'illiceità del contratto per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico».

È noto che la *ratio* di tale massima risiede nell'esigenza di evitare che l'impovertito, attraverso l'azione di arricchimento, consegua a sua volta un'ingiustificata locupletazione, ottenendo più volte, a titolo diverso, la riparazione dello stesso pregiudizio¹⁶⁹, così come che possa giovare della propria colpevole inerzia nell'esercizio di un diritto¹⁷⁰. In altri termini, la sussidiarietà – sia essa in astratto o in concreto¹⁷¹ – tende a impedire che l'esercizio dell'azione di arricchimento divenga strumento di abuso del diritto.

¹⁶⁸ Cass., S.U., 5.12.2023, n. 33954, in *Foro it.*, 2024, 1, I, 120. Si vedano i commenti di D. CARUSI, *Autorità (talvolta fuorviante) del precedente giudiziale e «volontà del legislatore»: la sussidiarietà dell'azione di arricchimento dopo la sentenza delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 2, 435 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento ingiustificato: le indicazioni delle Sezioni Unite*, *ivi*, 438 ss.; E. BELLISARIO, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento dopo le Sezioni Unite*, *ivi*, 430 ss.; D. ACHILLE, *La sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa, nihil sub sole novum*, *ivi*, 374 ss.; R. FORNASARI, *Le Sezioni Unite consacrano la residualità «in concreto» dell'azione di arricchimento senza causa*, in *Resp. civ. prev.*, 2024, 1, 88 ss.; S. GATTI, *La sussidiarietà in astratto secondo le Sezioni Unite: meriti e zone d'ombra di un approccio casistico*, *ivi*, 96 ss.

¹⁶⁹ *Ex multis*, P. SIRENA, *La gestione d'affari altrui*, *cit.*, 148; ID., *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 116; ID., *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 403 ss.

¹⁷⁰ E. BELLISARIO, *op. cit.*, 432.

¹⁷¹ In estrema sintesi, secondo la concezione della sussidiarietà in astratto – tradizionalmente seguita dalla giurisprudenza – l'azione di arricchimento sarebbe preclusa da qualsiasi valutazione intorno all'astratta possibilità per l'impovertito di esperire una diversa azione prevista dall'ordinamento, senza la necessità di indagare se, nel caso concreto, essa fosse concretamente esperibile per ragioni processuali o di merito. Una concezione della sussidiarietà “in concreto” – promossa dalla dottrina – consentirebbe, invece, di accedere al rimedio restitutorio anche qualora quello risarcitorio non risultasse più fruibile, ad esempio, per prescrizione o decadenza, favorendo così il concorso alternativo tra le azioni anche quando il diritto concorrente non esiste più o non può più essere esercitato. Sul punto, cfr. per tutti P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano 1962, 42; E. BELLISARIO, *op. cit.*, 430; CARUSI, *Il concorso dei rimedi restitutori con quello risarcitorio (e il problema dell'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto)*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, I, 387, 393; A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, 338; A. GAMBARO, *Occupazione acquisitiva*, in *Foro it.*, 1993, V, 389, 420. Nel dibattito dottrinale che ha commentato le recenti Sezioni Unite non sembra esservi univocità di visioni sulla presa di posizione della Corte al riguardo, ma parrebbe propendere verso una concezione della sussidiarietà in astratto “temperata”.



to, attribuendo diritti dove altre norme giuridiche li escludono¹⁷² e alterando così l'equilibrio giuridico-patrimoniale stabilito da altre norme ritenute imperative¹⁷³.

Nell'ipotesi di profitto da inadempimento e *disgorgement* "proprio", v'è da chiedersi se l'eventuale impossibilità di risarcire il danno (in quanto i principi che regolano il risarcimento del danno contrattuale impediscono la condanna a risarcimenti extra-compensativi, oppure perché di danni non vi è traccia) e di accedere al rimedio restitutorio di cui all'art. 2038 c.c. (perché, ad esempio, non si tratta dell'alienazione di una *res*) consenta di ritenere soddisfatto il requisito della sussidiarietà.

Da un lato, è pur vero che non sussisterebbe *ab origine* un rimedio concorrente che permetta di conseguire quel *surplus* di valore collegato al profitto netto tratto dall'inadempimento; dall'altro, tale arricchimento sarebbe pur sempre derivato da un inadempimento, per il quale un'azione a tutela dei relativi pregiudizi esiste, e l'assenza di tali pregiudizi potrebbe risultare come un abuso dell'attore che tenti così di ottenere un'utilità che altre norme giuridiche non gli consentirebbero di ottenere, ovvero come un'inerzia collegata alla mancata prova del relativo pregiudizio¹⁷⁴. È evidente che, specialmente in connessione con l'azione risarcitoria, si porrebbe anche un problema di cd. concorso "integrativo", nella misura in cui si dovrebbe accettare l'idea che l'azione di arricchimento possa completare la tutela del singolo per quella percentuale che l'azione risarcitoria non riesce a coprire¹⁷⁵.

Sul carattere dell'ingiustizia dell'arricchimento le Sezioni Unite hanno scientemente deciso di non pronunciarsi, se non limitatamente alla constata-

¹⁷² P. GALLO, *L'azione di arricchimento può ancora considerarsi sussidiaria?*, in *Accademia*, 2023, 3, 957.

¹⁷³ D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, Napoli, 2005, 359.

¹⁷⁴ Le Sezioni Unite hanno precisato che «se viceversa, incontestata o dimostrata l'esistenza del contratto, il rigetto sia derivato dalla mancata prova da parte del contraente del danno derivante dall'altrui condotta inadempiente, la domanda di arricchimento resta preclusa in ragione della clausola di cui all'art. 2042 c.c.».

¹⁷⁵ In dottrina si è sostenuto che il soggetto tutelato possa scegliere di esercitare l'azione di arricchimento senza causa non solo in concorso "alternativo" con altre azioni – cioè, in alternativa di un altro rimedio ugualmente spettantegli – ma anche "complementariamente" all'esercizio di queste, nel caso in cui la riparazione del pregiudizio patrimoniale subito non sia stata integrale. In quest'ultimo caso, si tratterebbe di un concorso "integrativo", con cui in pratica l'impoverito potrebbe ottenere la differenza tra arricchimento e risarcimento. In questi termini, P. SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento*, cit., 78. Sul rapporto risarcimento-arricchimento, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2008, 696 ss., 715 osserva che quando il medesimo fatto sia fonte sia di responsabilità sia di arricchimento, e l'arricchimento supera il danno, la differenza che la responsabilità civile non consente di recuperare si colloca per definizione oltre quest'ultima e, quindi, cade perfettamente entro il cerchio dell'azione di arricchimento che, riferendosi a un oggetto diverso, può essere preteso perché si fonda su una diversa *causa petendi*.

Sul tema del concorso integrativo Cass., S.U. n. 33954/2023, cit. non sembrano avere preso una posizione netta, pur confermando che l'azione di arricchimento può essere proposta nel medesimo giudizio in via subordinata a quella risarcitoria, purché l'azione principale risulti priva di causa *ab origine*. Già in precedenza era stata ritenuta ammissibile l'azione di arricchimento in concorrenza o in pendenza dell'azione primaria, sino anche al deposito delle memorie ex art. 183 c.p.c. (Cass., S.U., 13.9.2018, n. 22404, in *Foro it.*, 2019, 3, I, 989), in via riconvenzionale o dopo il rigetto dell'azione contrattuale. Sul punto, E. BELLISARIO, *op. cit.*, 431.



zione per cui l'arricchimento non deve essere ingiusto, bensì ingiustificato, ossia carente di una qualsivoglia ragione giustificatrice. In precedenza, la Cassazione aveva precisato al riguardo che l'assenza di causa deve riferirsi alla carenza di una ragione che consenta all'arricchito di trattenere quanto ricevuto¹⁷⁶. In dottrina si è ulteriormente precisato che l'assenza di causa corrisponde a un trasferimento senza corrispettivo e senza intenzione liberale, sicché la mancanza di causa è esclusa dall'esistenza di una valida fattispecie contrattuale¹⁷⁷.

Per quanto riguarda l'inadempimento, è dubbio se l'arricchimento derivante da esso possa ritenersi privo di causa in quanto, pur essendo anti-giuridica, una causa in realtà esisterebbe¹⁷⁸. Qualora, poi, si trattasse di un danno da risoluzione, ad essere messa in discussione sarebbe di nuovo la sussidiarietà, in quanto in questi casi si porrebbe un problema più di ripetizione di indebito che di ingiustificato arricchimento¹⁷⁹. A conti fatti, per rispettare il requisito dell'assenza di causa si dovrebbe accreditare l'idea che essa coincida, sostanzialmente, con l'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c., e quindi con la semplice lesione dell'altrui diritto¹⁸⁰, sganciando quindi l'ingiustizia dal requisito "fumoso" dell'assenza di causa¹⁸¹.

Il maggiore ostacolo alla sussunzione del *disgorgement* "proprio" entro il paradigma dell'azione generale di arricchimento sembra risiedere nel requisito del depauperamento. La giurisprudenza anche recente, infatti, pende decisamente verso la conferma che, tra i requisiti essenziali dell'azione di arricchimento, vi sia la dimostrazione di un concreto depauperamento dell'istante¹⁸² e che tale depauperamento trovi diretta correlazione causale con un simmetrico arricchimento del convenuto¹⁸³. Qualora, dunque, non sia possibile dimostrare un pregiudizio, né nell'eventuale azione principale né in quella di arricchimento, quest'ultima – ancor prima che improponibile per mancanza di sussidiarietà – sarà semplicemente infondata perché assorbita dal rigetto della domanda principale¹⁸⁴. Sebbene qualche apertura sia stata

¹⁷⁶ Cass., 15.2.2019, n. 4659, in *Dir. fam.*, 2019, 2, I, 574.

¹⁷⁷ P. GALLO, *L'arricchimento senza causa*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2024, 64.

¹⁷⁸ Cfr. R. SACCO, *op. cit.*, 134, quando osservava che «il profitto conseguito in modo anti-giuridico sarà forse privo di una causa *secundum ius*, ma non è privo di una causa qualsiasi».

¹⁷⁹ P. GALLO, *L'azione di arricchimento*, cit., 953 osserva che quando a un contratto è stata data esecuzione – anche solo parziale – si pone un problema di restituzioni più che di arricchimento.

¹⁸⁰ ID., *L'arricchimento senza causa*, cit., 58.

¹⁸¹ R. SACCO, *op. cit.*, 132.

¹⁸² Cass., 27.5.2024, n. 14735, in *Guida dir.*, 2024, 31.

¹⁸³ Cass., 22.10.2021, n. 29672, in *Giust. civ. Mass.*, 2021: «requisito essenziale è costituito dall'arricchimento di un soggetto e dalla diminuzione patrimoniale di un altro collegati da un nesso di causalità». Trib. Roma, 22.2.2018, n. 4002, in *Guida dir.*, 2018, 28, 70: «l'azione di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c. postula un depauperamento di una parte e un simmetrico arricchimento dell'altra parte».

¹⁸⁴ In questi termini, D. CARUSI, *Il principio di restituzione degli arricchimenti ingiustificati e la sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 3, 421: «nei casi in cui il rigetto della «domanda alternativa» dipenda «dalla carenza di prova circa l'esistenza del pregiudizio subito», l'azione di arricchimento formulata in subordine non è affatto – come affermato in passato e come le parole sopra riportate tornano ad affermare – «improponibile» per effetto dell'art. 2042 c.c., ma semplicemente infondata: assorbita nel

segnalata in dottrina con riferimento all'applicazione dell'art. 2041 c.c. in casi di sfruttamento di risorse o beni immateriali altrui, in cui non potrebbe discorrersi di un vero e proprio depauperamento¹⁸⁵, appare in ogni caso difficile superare il dato letterale della norma: l'arricchito è tenuto a indennizzare l'impoverito «della correlativa diminuzione patrimoniale». Ciò significa che la disciplina *de qua* consente la restituzione solo del minor valore tra impoverimento e arricchimento¹⁸⁶.

In definitiva, occorre forse prendere atto della circostanza per cui il sistema delineato dagli artt. 2041 e 2042 c.c. lascia che il profitto permanga nel patrimonio di colui che ha commesso l'atto illecito¹⁸⁷, poiché esso si concentra sull'esigenza di indennizzare l'impoverito piuttosto che vietare, in linea generale, che chi si arricchisce a spese di altre trattenga tale profitto¹⁸⁸. Ciò appare ancor più evidente in relazione al carattere di specialità dell'art. 2038 c.c. che deroga ai principi generali della restituzione dell'arricchimento. D'altronde, Rodolfo Sacco aveva già intuito che il problema dell'illecito lucrativo – in cui al profitto non necessariamente corrisponde un simmetrico danno – non avesse nulla a che fare con la materia dell'arricchimento senza causa, ove all'incremento patrimoniale di un soggetto corrisponde sempre un correlativo depauperamento del controinteressato¹⁸⁹.

7. Conclusioni

L'analisi condotta ha evidenziato, in primo luogo, come il fenomeno dell'inadempimento opportunistico continui a rivestire un ruolo significativo nelle odierne dinamiche negoziali, e come le risposte offerte dal diritto privato – come frequentemente accade – varino in funzione del sistema giuridico di riferimento. Nei contesti in cui la fattispecie in esame ha conosciuto un concreto sviluppo nel diritto vivente, lo strumento elaborato come risposta rimediabile ha assunto presto una propria specifica denominazione, *disgorgement*, entrato a pieno titolo – sebbene con talune delimitazioni – nel lessico giuridico di *common law*.

merito dall'esito della domanda principale proprio perché il pregiudizio o impoverimento non risulta accertato».

¹⁸⁵ P. GALLO, *L'arricchimento senza causa*, cit., 56. A ben guardare, però, in questi casi alla perdita, seppure momentanea o parziale, del proprio potere di disposizione sul bene può in qualche modo attribuirsi un impoverimento economico in senso lato, corrispondente al mancato godimento.

¹⁸⁶ Cass., 16.12.2024, n. 32696, in *Dir. giust.*, 2024, 17 dicembre; Cass., 22.8.2018, n. 20884, in *Giust. civ. Mass.*, 2018; Cass., 13.9.2016, n. 17957, in *Guida dir.*, 2016, 49-50, 71; Cass., 27.1.2012, n. 1216, in *Giust. civ. Mass.*, 1012, 1, 85.

¹⁸⁷ P. SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento*, cit., 82.

¹⁸⁸ Tale principio generale – a differenza di altri ordinamenti, come la Germania e nei paesi di *common law*, in cui l'arricchimento ingiustificato viene restituito a prescindere da un correlativo danno, essendo sufficiente la mera lesione di un interesse – non è presente nel sistema giuridico italiano, che fonda l'azione di arricchimento sulla correlazione danno-arricchimento. Sul punto, P. GALLO, *L'arricchimento senza causa*, cit., 45 ss.

¹⁸⁹ R. SACCO, *op. cit.*, 2.



L’approccio casistico adottato – oltre a risultare funzionale a illustrare i più recenti sviluppi della materia – ha consentito di enucleare alcuni modelli, al fine di verificare se essi trovino (o possano trovare) riscontro nell’ordinamento italiano, con riferimento, da un lato, alle possibili funzioni del *disgorgement* e, dall’altro, alle finalità perseguite dai diversi rimedi previsti dal diritto positivo in caso di inadempimento contrattuale in relazione a fattispecie negoziali tradizionali e nuove.

Il sistema rimediabile consegnatoci dal Codice civile non appare del tutto estraneo ai meccanismi del *disgorgement*, seppure emerga con nitore ancora una netta preferenza verso le situazioni di appartenenza proprietaria (e di adempimento di obbligazioni pecuniarie) rispetto alle ipotesi di mero inadempimento, tanto che, anche quando formalmente la tutela appare rafforzata in situazioni di inadempimento contrattuale, a prevalere pare essere in realtà la dinamica proprietaria ad esse sottesa. Ciò però non significa che, con taluni adattamenti interpretativi, non sia possibile avvicinarsi ad un sistema che, oltre alla centrale funzione di tutela dei danneggiati, si faccia promotore anche di un efficace apparato di disincentivi all’inadempimento e di un clima di fiducia tra i contraenti¹⁹⁰. Il punto di partenza sarebbe, chiaramente, stabilire se si intenda privilegiare un asserito “diritto all’inadempimento”¹⁹¹ del debitore – secondo meccanismi di inadempimento efficiente e, dunque, di migliore distribuzione delle risorse produttive¹⁹² – ovvero, al contrario, il diritto del creditore all’adempimento.

Così, attraverso l’applicazione di forme di *disgorgement* “improprio” diverrebbe possibile attuare quella polifunzionalità della responsabilità contrattuale, cui la giurisprudenza mostra gradualmente di aderire, pur sempre mantenendo la funzione riparatoria del risarcimento contrattuale quale punto focale della tutela. Con ciò non si intenderebbe ribaltare i termini del discorso adottando una prospettiva puramente rimediabile, ma si attribuirebbe pur sempre il primato all’individuazione del diritto soggettivo leso¹⁹³, cui poi far

¹⁹⁰ P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 88.

¹⁹¹ Concezione richiamata da C.J. GOETZ e R.E. SCOTT, *op. cit.*, 558, come fondante il moderno diritto dei contratti, secondo cui «contractual obligation is not necessarily an obligation to perform, but rather an obligation to choose between performance and compensatory damages».

¹⁹² P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 514.

¹⁹³ L. NIVARRA, *I nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*, Torino, 2015, 18. Il riferimento riecheggia il dibattito intorno al primato del diritto vs. il primato del rimedio, di cui il primo viene generalmente ricondotto all’approccio dei sistemi di *civil law* mentre il secondo agli ordinamenti di *common law*. Si vedano, per tutti, DI MAJO, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e diritto processuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 363 ss.; S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 585 ss. Sul punto, cfr. G. BELLANTUONO, *Due buone ragioni per la prospettiva rimediabile*, in U. IZZO (a cura di), *Il diritto fra prospettiva rimediabile e interpretazione funzionale*, Napoli, 2023, 96 ss., che descrive tali approcci “monisti”, seppure in possibile coesistenza nel medesimo ordinamento e persino tra loro integrati, in contrapposizione con uno “dualista”, che vede la netta separazione tra diritto e rimedio. Secondo l’approccio monista del primato del diritto sul rimedio, l’operatività del rimedio presuppone pur sempre la previa identificazione di un diritto o situazione giuridica già tutelati. Si veda A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 341 ss.; M. BARCELLONA, *L’ottica rimediabile e la morte della legge*, in G. GRISI (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 2019, 681 ss.



corrispondere un rimedio effettivo nell'ottica di fornire, nel contempo, un adeguato incentivo all'adempimento. Infatti, il principio di effettività dei rimedi è strettamente connesso a quello di dissuasività, nell'ottica cioè di scoraggiare future violazioni privando il responsabile dei benefici tratti dall'inadempimento¹⁹⁴.

Quando si tratta di *disgorgement* “proprio”, è lo stesso dettato legislativo a enfatizzare la disparità di trattamento ancora esistente tra tutela della proprietà e tutela del credito. L'esigenza, però, di tutelare situazioni giuridicamente e concretamente assimilabili all'appartenenza proprietaria, così come di dare la stura all'ingresso di “nuovi beni”¹⁹⁵ – come i dati personali – entro il paradigma proprietario (o, in alternativa, di sganciare definitivamente la definizione di “beni” ex art. 810 c.c. dal paradigma proprietario¹⁹⁶) potrebbe stimolare nuove (e, a nostro avviso, possibili) vie ermeneutiche che attribuiscono la ricchezza ottenuta indebitamente dallo sfruttamento in mala fede di diritti di disposizione altrui ai loro legittimi titolari.

In entrambi i casi – sia che si tratti di interpretare evolutivamente le norme in materia di risarcimento, sia che si intraprenda un'interpretazione estensiva dell'art. 2038 c.c. – sotto l'egida del principio di effettività del rimedio l'interprete potrebbe spingersi ad attribuire rilievo ad interessi non compresi letteralmente nelle relative fattispecie legali ma compatibili con la loro *ratio*¹⁹⁷ e concretamente emergenti (e diffusi) nella odierna realtà economico-sociale, senza con ciò scadere in forme di “rimedialismo” spinto¹⁹⁸. Si tratta, invece, di guardare all'effettività del rimedio come principio rivolto all'interprete che, nell'esaltazione del diritto come scienza pratica, deve

¹⁹⁴ F. CAFAGGI e P. IAMICELI, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*, in *ERPL*, 2017, 3, 579.

¹⁹⁵ Sul punto, cfr. A.C. NAZZARO, *Nuovi beni tra funzione e dogma*, in *Contr. impr.*, 2013, 4-5, 1016 ss. L'A. osserva che il problema della disciplina dei cd. “nuovi beni” – tra cui i software, le banche dati, il *Know how*, i siti web, i nomi a dominio, le invenzioni biotecnologiche, le opere del disegno industriale, la cubatura – e, quindi, della loro sussunzione entro il paradigma dell'art. 810 c.c. deriva dalla caratteristica del bene tanto di essere “cosa” quanto “oggetto di diritti”. La prima sfocia nella materialità, ma è anche stata la prima a cedere il passo di fronte all'emersione dei beni immateriali. La seconda è legata per lo più al bene come oggetto del diritto di proprietà, sebbene si sia sviluppata la tendenza a ritenere bene giuridico qualunque entità che soddisfi un interesse meritevole di tutela.

¹⁹⁶ S. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 173. Cfr. anche P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 333.

¹⁹⁷ G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, 12. Sul tema dell'effettività dei rimedi, cfr., senza pretesa di esaustività, N. TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'“azione” nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo. Parte prima – Parte seconda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 1-2, 35 ss., 439 ss.; G. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Ann. X, 2017, 381 ss.; ID., *Contratto e rimedi*, Milano, 2017, 73 ss.; F. CAFAGGI e P. IAMICELI, *The Principles of Effectiveness*, cit., 575 ss.; P. IAMICELI, *Effettività delle tutele e diritto europeo: il ruolo del giudice nel prisma della Carta dei diritti fondamentali*, in EAD. (a cura di), *Effettività delle tutele e diritto europeo: un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, Napoli, 2020, 1 ss.;

¹⁹⁸ A. PLAIA, *Giurisprudenza per principi ed effettività delle tutele*, in S. MAZZAMUTO e L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, 157, secondo cui il “rimedialismo radicale” rischia di adottare soluzioni che riflettono interessi da proteggere anche in assenza di specifiche previsioni legislative. Cfr. anche G. BELLANTUONO, *Due buone ragioni*, cit., 104.



«impegnarsi affinché il quadro degli interessi programmato nella disposizione trovi compiuta rispondenza nel quadro degli effetti ricavato dall'applicazione della disposizione»¹⁹⁹.

¹⁹⁹ S. MAZZAMUTO, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italiano*, in *Jus Civile*, 2019, 6, 732.

