



# Accademia

Rivista dell'Associazione Civilisti Italiani

Direttore: *Vincenzo Cuffaro*

numero **sette** Gennaio - Aprile 2025

• **CONFRONTI**

*Liliana Rossi Carleo, Aurelio Gentili, Carmelita Camardi,  
Franco Trubiani, Edoardo Bacciardi, Cristiano Cicero,  
Gregorio Pacini*

• **ORIENTAMENTI**

*Marco Rizzuti, Stefania Pia Perrino, Valentina Di  
Gregorio, Mirko Faccioli*

• **OPINIONI**

*Cesare Trapuzzano, Rolando Quadri, Giuseppe Guizzi,  
Massimo D'Auria, Roberto Carleo*

• **INTERSEZIONI**

*Gaetano Silvestri, Maria Rosaria Ferrarese, Marco  
Ruotolo, Mauro Grondona*

• **OSSERVATORI**

*Florence George*

**Direttore editoriale/Editor-in-chief:**

Vincenzo Cuffaro – Università di Roma Tre

**Vicedirettore/Deputy director:**

Claudio Scognamiglio – Università di Roma Tor Vergata

**Comitato Editoriale/Editorial Board:**

Giuseppe Amadio – Università di Padova

Maria Astone – Università di Messina

Angelo Barba – Università di Siena

Francesca Bartolini – Università Link di Roma

Elena Bargelli – Università di Pisa

Ettore Battelli – Università di Roma Tre

Elena Bellisario – Università di Roma Tre

Claudia Benanti – Università di Catania

Valentina Calderai – Università di Pisa

Carmelita Camardi – Università Ca' Foscari di Venezia

Francesca Cristiani – Università di Pisa

Massimo D'Auria – Università di Siena

Tommaso dalla Massara – Università di Roma Tre

Andrea Dalmartello – Università di Milano Statale

Matteo Dellacasa – Università di Pavia

Valentina Di Gregorio – Università di Genova

Chiara Favilli – Università di Pisa

Fulvio Gliotti – Università Magna Graecia di Catanzaro

Mauro Grondona – Università di Genova

Enrico Minervini – Università di Napoli Federico II

Filippo Nappi – Università di Napoli Parthenope

Riccardo Omodei Salè – Università di Verona

Stefano Pagliantini – Università di Siena

Teresa Pasquino – Università di Trento

Enrico Quadri – Università di Napoli Federico II

Francesco Ricci – Università LUM G. Degennaro

Nicola Rizzo – Università di Pavia

Francesco Sangermano – Università di Roma Tor Vergata

Pietro Sirena – Università Bocconi di Milano

Anna Scotti – Università di Napoli Federico II

**Comitato di Redazione/Editorial Staff:**

Edoardo Bacciardi – Università di Pisa

Anna De Bellis – Università Ca' Foscari di Venezia

Guglielmo Bevivino – Università di Milano Bicocca

Luigi Buonanno – Università Bocconi di Milano

Francesca Cerea – Università di Bergamo

Francesca Degl'Innocenti – Università eCampus

Martina D'Onofrio – Università di Milano Bicocca

Andrea Maria Garofalo – Università di Trento

Donato Maria Matera – Università LUM G. Degennaro

Mario Natale – Università di Foggia

Susanna Sandulli – Università di Roma Tre

Daniela Santarpia – Università di Siena

Elisa Stracqualursi – Università di Pisa

Franco Trubiani – Università di Napoli Parthenope

**Comitato dei Garanti per la valutazione scientifica/Referee Committee:**

Guido Alpa – Università di Roma La Sapienza

Aurelio Gentili – Università di Roma Tre

Gianni Iudica – Università Bocconi di Milano

**Valutatori/Referee**

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

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

© Copyright 2025 – Accademia Rivista dell'Associazione Civilisti Italiani

Iscrizione al R.O.C. n. 6269

Rivista online in open access periodicità quadrimestrale  
ISSN 2974-8755

Direzione e Redazione:

Roma

*Produzione e distribuzione*

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

**Sommario** p. 5

## CONFRONTI

- LILIANA ROSSI CARLEO, Guido Alpa e i 20 anni del Codice del consumo | *Guido Alpa and the 20th Anniversary of the Consumer Code* » 7
- AURELIO GENTILI, Andrea Belvedere, ovvero dell'analisi fine del diritto civile | *Andrea Belvedere, or the fine analysis of private law* » 13
- CARMELITA CAMARDI, Verso un modello europeo di responsabilità civile? | *Towards a European model of civil liability?* » 19
- FRANCO TRUBIANI, I “tipi” di consumatore tra categorie tradizionali e nuove qualificazioni | *Types of consumer between traditional categories and new qualifications* » 43
- EDOARDO BACCIARDI, La Corte di giustizia e il consumatore euristico: (non) tutto ciò che è reale è razionale | *The ECJ and the heuristic consumer: what is real is (not necessarily) rational* » 63
- CRISTIANO CICERO, Per una rinnovata successione necessaria | *In favour of a renewal of the necessary succession* » 87
- GREGORIO PACINI, Riflessioni sulla proposta di riforma in ordine al sistema di tutela dei legittimari | *Reflections on the proposed reform regarding the system of protection of forced heirs* » 97

## ORIENTAMENTI

- MARCO RIZZUTI, La successione necessaria al cospetto della Corte EDU | *Reserved shares of inheritance and the European Court of Human Rights* » 117
- STEFANIA PIA PERRINO, Responsabilità sanitaria e copertura assicurativa: le polizze conformi a d.m. 232/2023 e l'autoassicurazione ospedaliera | *Medical Malpractice and Insurance: Decree no. 232/2023-Compliant Insurance Policies and Hospital Self-Retention* » 125

VALENTINA DI GREGORIO, Circolazione dei dati e innovazione tecnologica   <i>Data circulation and technological innovation</i>	»	145
MIRKO FACCIOLI, Criterio di imputazione e risarcimento del danno nella responsabilità civile per illecito trattamento di dati personali   <i>Criterion of imputation and compensation in civil liability for unlawful processing of personal data</i>	»	167

## OPINIONI

---

CESARE TRAPUZZANO, La rinuncia abdicativa della proprietà immobiliare all'esame delle Sezioni unite   <i>The abdicative renunciation of ownership under examination by the Supreme Court</i>	»	197
ROLANDO QUADRI, Il notaio e la rinuncia alla proprietà immobiliare   <i>The notary and the renunciation of the real estate property</i>	»	215
GIUSEPPE GUIZZI, Chiose a margine di un seminario sulla rinuncia alla proprietà immobiliare aspettando le Sezioni Unite   <i>Notes from a seminar on giving up real estate ownership pending the decision of the United Sections of the Italian Supreme Court</i>	»	225
MASSIMO D'AURIA, Sulla tutela dei creditori particolari del legittimario pretermesso   <i>On the protection of the pretermitted heir's creditors</i>	»	237
ROBERTO CARLEO, Abuso del farmaco e responsabilità del produttore per difetto di informazione   <i>Drug Abuse and Producer's Liability for Defective Information</i>	»	253

## INTERSEZIONI

---

GAETANO SILVESTRI, Drittwirkung	»	279
MARIA ROSARIA FERRARESE, Il diritto privato e il suo ruolo nelle tecniche di governo "alternative"   <i>Private law and its role in 'alternative' governance techniques</i>	»	293
MARCO RUOTOLO, Il potere, tra pubblico e privato   <i>Public and private: the definition of power</i>	»	305
MAURO GRONDONA, Vittorio Colesanti e l'eterno ritorno della giurisprudenza creativa (tra consapevolezza storica e fiducia ordinamentale)   <i>Vittorio Colesanti and the eternal return of creative jurisprudence (between historical awareness and legal confidence)</i>	»	317

---

## OSSERVATORI

---

FLORENCE GEORGE, La réforme du droit de la responsabilité civile extra-contractuelle en Belgique | *The reform of extra-contractual civil liability law in Belgium*

» 325



## SOMMARIO

Guido Alpa aveva suggerito di aprire il primo numero del 2025 di *Accademia* con la segnalazione della ricorrenza dei venti anni del codice del consumo e la proposta era stata prontamente raccolta affidando a Liliana Rossi Carleo il festeggiamento dell'anniversario; il dialogo che veniva così instaurato appare ora velato di mestizia per la scomparsa di colui cui viene giustamente riconosciuta la paternità dell'importante testo normativo.

Il dialogo con gli amici scomparsi segna anche le pagine dedicate alla figura di Andrea Belvedere, cui la civilistica è debitrice di una preziosa lezione di metodo, come ben illustra la acuta riflessione di Aurelio Gentili sulla portata ed il valore teorico del metodo analitico-linguistico nel rapporto tra diritto e linguaggio.

Il diritto di matrice europea, a maggior ragione nel tempo presente, continua ad essere al centro dell'attenzione e ne offrono significativa testimonianza non solo le attente considerazioni che Carmelita Camardi, nella sezione **CONFRONTI**, dedica ai modelli regolativi della responsabilità civile adottati nell'ordinamento europeo, ma anche le serrate analisi che, nella medesima sezione, Franco Trubiani e Edoardo

Bacciardi – prendendo spunto dalla sentenza 14 novembre 2024, causa C-646/22 e riprendendo le fila di un dibattito avviato già nel primo numero di *Accademia* – svolgono sulla nozione di consumatore medio qual è delineata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Alla giurisprudenza della CEDU ha invece riguardo lo scritto che, nella sezione **ORIENTAMENTI**, Marco Rizzuti dedica all'illustrazione di due decisioni nelle quali la Corte affronta il tema, suggestivo e ricco di reminiscenze storiche, del possibile pregiudizio dei diritti umani, nella specie prospettata con riferimento alla vita privata e familiare ed al pacifico godimento dei propri beni, derivante da una programmazione successoria adottata in base ad una legislazione aliena dal riconoscere i diritti dei legittimari. La risposta negativa offerta dalla Corte di Strasburgo vale così ad illuminare il tema della posizione dei legittimari nei singoli ordinamenti nazionali.

Sul medesimo tema possono leggersi, ancora nella sezione **CONFRONTI**, i due aggiornati contributi che Cristiano Cicero e Gregorio Pacini dedicano al dibattito, ricorrente, di riforma della successione necessaria. In una

prospettiva in qualche modo limitrofa, Massimo D'Auria, nella sezione **OPINIONI**, illustra invece i termini della questione che l'ordinanza della seconda sezione, 2 gennaio 2025, n. 23, ha proposto di rimettere all'esame delle Sezioni unite circa il possibile esperimento dell'azione surrogatoria da parte del creditore del legittimario pretermesso, per stabilire quale rilievo sia da attribuire all'inerzia del legittimario nell'esercizio dell'azione di riduzione.

In questo numero di *Accademia* sulla materia delle successioni a causa di morte si raccolgono dunque numerose analisi, ma non meno ricco è il versante degli studi dedicati alla responsabilità civile.

Al già ricordato saggio di Carmelita Camardi si aggiungono i contributi di Stefania Pia Perrino, Valentina Di Gregorio, Mirko Faccioli, e Roberto Carleo nei quali, con accenti diversi e da differenti prospettive, il tema è declinato con riferimento a specifici settori dell'esperienza giuridica. La responsabilità delle strutture sanitarie, la responsabilità per illecito trattamento dei dati personali, la responsabilità del produttore di farmaci sono tutti ambiti nei quali il profilo dell'illecito assume valenze particolari, messe ben a fuoco nelle pagine dedicate all'analisi dei testi normativi e dei contributi giurisprudenziali.

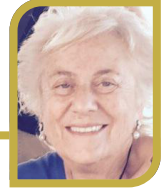
Sul medesimo tema *Accademia*, fedele al programma di offrire al lettore un quadro aggiornato del dibattito anche internazionale, ospita nella sezione **OSSERVATORI** l'interessante testo di Florence George che illustra la recente

riforma del codice civile belga sulla responsabilità extracontrattuale. Le Sezioni unite della cassazione saranno presto chiamate a pronunciare sulla questione di indubbio rilievo teorico (e non solo) della rinuncia alla proprietà immobiliare. La questione, ancora una volta posta direttamente da giudici di merito ai sensi dell'art. 363-bis c.p.c., tocca da vicino il 'terribile diritto': le **OPINIONI** che Cesare Trapuzzano, Rolando Quadri e Giuseppe Guizzi sviluppano in un appassionato confronto consentono di valutare il profilo dogmatico e costituzionale dell'atto di rinuncia ed insieme di cogliere le matrici storiche e ideologiche che, sottese al principio della sovranità dello Stato sui beni rilasciati dal privato, rendono effettivamente discutibile la pretesa di sindacato sull'atto abdicativo. Il medesimo fascino che accompagna il diritto di proprietà segna l'idea del potere, del quale a ben vedere la proprietà è appunto espressione nei rapporti privati. Questa concomitanza se non sovrapposizione di prospettive ha suggerito di anticipare alcune relazioni discusse in occasione del Convegno annuale dell'Associazione su 'Costituzione e diritto privato'. Nella sezione **INTERSEZIONI**, compaiono gli importanti interventi che Gaetano Silvestri, Maria Rosaria Ferrarese e Marco Ruotolo hanno dedicato agli aspetti pubblicistici della *governance*, alle metamorfosi del potere, sino al ruolo attuale da assegnare alla *Drittwirkug*, ponendo interrogativi cui sarebbe ingiustificato il rifiuto di rispondere da parte dei civilisti. Buona lettura!





### Guido Alpa e i 20 anni del Codice del Consumo



*Liliansa Rossi Carleo*

Prof. emerito dell'Università Roma Tre

**SOMMARIO:** 1. Il padre del codice del consumo. – 2. L'età dei codici di settore. – 3. La persona del consumatore. – 4. I diritti del consumatore.

#### 1. Il padre del codice del consumo

L'instancabile e incomparabile operosità di Guido Alpa ha donato a molti di noi anche il privilegio di coniugare il rapporto di affettuosa colleganza con proficui incontri di lavoro. Tra le numerose occasioni di impegno comune è stata per me particolarmente significativa l'esperienza di partecipazione alla Commissione ministeriale che ha portato, nel 2005, all'approvazione del codice del consumo. Una ricorrenza che, purtroppo, non abbiamo potuto celebrare insieme.

Guido Alpa aveva già manifestato l'intenzione di festeggiare l'importante anniversario dei venti anni del codice del consumo, per il quale è purtroppo venuto a mancare l'apporto materiale e immediato della voce più autorevole e importante. Seppure è assente la persona ci consola, tuttavia, la convinta consapevolezza che sempre ci accompagnerà, viva e presente, la sua personalità.

Non è certo possibile neppure tentare di ripercorrere il valore dello straordinario apporto alla materia, qui solo affidato alla scheda bibliografica dei suoi studi che conferma un legame profondo con il testo del codice e che consente di riconoscere in Guido Alpa la figura di padre del codice del consumo.

Guardare al futuro del codice del consumo attraverso la prospettiva che Guido Alpa stesso aveva scelto – quella della centralità della persona umana – è forse il modo migliore per rendergli omaggio.

Si è già detto in altre occasioni che, sebbene i concetti di persona e consumatore non coincidano del tutto – poiché i diritti essenziali del consumatore presentano peculiarità che li distinguono dai diritti fondamentali della persona – non vi è dubbio che il

consumatore sia titolare di diritti che, nel contesto di una società sempre più interconnessa, contribuiscono a tutelare la persona umana.

In questa prospettiva desidero ricordare la nascita di un codice che ruota attorno a una figura soggettiva in continua evoluzione. Oggi, infatti, la figura del consumatore appare sempre più “aggettivata”, arricchita cioè da qualificazioni che ne evidenziano il carattere mutevole a seconda del contesto, dell’ambito di attività e delle intersezioni con altre discipline. Questo dinamismo conferisce al consumatore una natura sfaccettata, che merita di essere approfondita analizzandola in relazione ai diversi contesti in cui opera, con la conseguente ricerca di un nuovo ordine sistematico.

## 2. L’età dei codici di settore

Il codice nasce nell’epoca delle codificazioni settoriali, in un contesto in cui, come è stato sottolineato con particolare riguardo al codice del consumo, si è assistito al passaggio dalla codificazione sistematica alla decodificazione, al riordino e quindi alla codificazione di settore.

La complessità del contesto in cui interviene il legislatore porta al superamento dell’aspirazione a una codificazione unitaria e all’emergere di una nuova matrice regolatoria, che traspare anche da questo riassetto e che trova nella complementarità un profilo essenziale.

Gli echi dei tanti interessanti dibattiti su questa evoluzione non sono ancora spenti e non è certo questa la sede per rievocare le accese discussioni, anche se è interessante constatare che l’unità totalizzante del sistema codicistico, entrata in crisi dall’avvio dell’età della decodificazione e dalla progressiva settorializzazione degli ambiti del diritto, pone il codice del consumo come un tassello importantissimo in un intreccio di codici settoriali, orizzontali e verticali, e di interventi sparsi di natura miscelanea. In questo scenario, il nostro “festeggiato” si presenta come un “silos orizzontale” che, oltre a regole specifiche, raccoglie principi trasversali a più settori, intersecandosi con “silos verticali” che regolano le attività di mercato, in cui la figura del consumatore assume connotazioni specifiche.

L’opera di riordino ha avuto la funzione di razionalizzare la normativa, un obiettivo che, sebbene da molti avvicinato a quello di un testo unico, o, ancor peggio, ridotto ad un “copia ed incolla”, a tutt’oggi, a distanza di vent’anni, mostra tutta la sua carica innovativa. Ci si trovava allora di fronte a una pluralità di leggi che apparivano come pezzi di un puzzle da ricomporre, ma senza una cornice chiara in cui collocarli.

La Commissione ha discusso a lungo i criteri di riordino, come testimoniato dai primi commenti, ma ciò che conta sottolineare è come il codice sia riuscito a trasformare un insieme di frammenti slegati in un quadro coerente e innovativo. Le disposizioni sono state riorganizzate, infatti, secondo una sequenza logica e temporale, strutturando la disciplina attorno al percorso compiuto dall’atto di consumo.

Il tema della qualità della regolazione e della semplificazione è peraltro quanto mai attuale e costituisce oggi uno degli obiettivi strategici individuati dalla Commissione Europea.

Nel dibattito anche europeo, il modello codicistico è di nuovo guardato con interesse, anche perché è al sistema continentale europeo che si torna a tendere, dopo Brexit. La nostra tradizione nasce e si forma sui codici e in funzione della persona umana e dei suoi diritti. Dunque, in linea astratta, il codice in sé rappresenta un esempio di tecnica normativa basata su principi anche di ispirazione europea. Ciò a differenza ad esempio dei testi unici nei settori regolati, di matrice anglosassone, che guardano alla esigenza di regolamentazione dei mercati.

Da questo angolo visuale l'impressione è che il Codice del Consumo abbia in qualche misura percorso i tempi e si presenti al compleanno in forma, come si addice a un ventenne.

### 3. La persona del consumatore

Dopo vent'anni, l'impostazione seguita nel 2005 ha favorito l'emersione chiara di una molteplicità di principi generali. Malgrado le addizioni e sottrazioni di un codice volutamente aperto, resta intatta la sua capacità di valorizzare i principi trasversali. Possiamo dunque affermare che esso mantiene la sua vitalità, anche di fronte alla crescente complessità e specificazione della figura del consumatore.

La scelta del legislatore delegante ha individuato nella persona del consumatore il criterio di unificazione della materia, costruendo intorno ad essa un sistema di regole e principi che è concepito come una disciplina orizzontale.

In effetti, il consumatore rappresenta il fulcro attorno a cui si è ricomposto l'intero sistema, determinandone l'ambito di applicazione. Sebbene tecnicamente non possa definirsi uno "status" in senso stretto, questa qualità soggettiva assume un ruolo centrale. Se ci soffermiamo sulla persona fisica, che secondo l'art. 3 identifica il consumatore/utente, ne cogliamo la dinamicità e la complessità.

Oggi il consumatore è, come si diceva, sempre più "aggettivato", ovvero accompagnato da qualifiche che ne accentuano il carattere mutevole, in funzione dell'ambito di attività e della connessione con altre discipline. Questi aggettivi caratterizzanti accentuano il carattere dinamico della figura declinandola in funzione del contesto e determinando quell'intersecarsi tra silos orizzontali, quali quello del consumo, e silos verticali, cui abbiamo fatto cenno, che disciplinano specifici settori di mercato.

Il consumatore, che viene descritto come frastagliato, mercatizzato, frammentato o, come detto, aggettivato e specificato, è oggetto di crescente attenzione dottrinale. Tuttavia, a ben vedere, è il codice stesso che offre strumenti all'interprete per ricondurre a un qualche tipo di ordine con valenza sistematica la pluralità di interpretazioni della dottrina. Si parte dalla necessità di tutelare la persona-consumatore, intesa come l'ultimo anello della catena che collega i diversi attori del mercato, fino ad arrivare alla protezione dei suoi diritti essenziali.

I "mobili confini" del codice del consumo, ma più in generale del diritto dei consumatori, che nel rincorrere una realtà in vertiginosa evoluzione è oggetto di continui interventi normativi per adattare il diritto alla realtà, sembrano ritrovare proprio nei diritti fondamentali un *fil rouge* che ne definisce la portata effettiva; secondo le finalità e l'oggetto richiamati nell'art. 1 delle disposizioni generali del codice, in conformità e, ovviamente, nel rispetto delle fonti sovraordinate.

## 4. I diritti del consumatore

Giova ricordare, ancora una volta, che l'attenzione ai diritti fondamentali dei consumatori traspare comunque già nel lavoro di riaggregazione sistematica che ha condotto al codice del consumo, come si ricorda nella relazione che ha accompagnato la sua introduzione, e che la diversa opzione sistematica prescelta non ha posto nell'ombra, come si evince dall'inserimento nelle disposizioni generali del codice del consumo dell'art. 2 e come confermano gli aggiustamenti ad esso apportati. In questa prospettiva, che si pone nel solco dell'art. 169 del trattato, le cui radici si rinvergono già nella risoluzione del 14 aprile 1975 (GUCE 25 aprile 1975, n C 92/1), va letto l'art. 2 che riproduceva pressoché testualmente l'art. 1 della l. 281/1998, orgogliosamente definita "*Bill of Rights*" dei consumatori.

Proprio in questo solco troviamo le radici che hanno consentito di abbandonare la logica paternalistica del consumerismo delle origini. Grazie alla crescente affermazione anche come diritto positivo del diritto all'educazione, volto a promuoverne una sempre maggiore consapevolezza critica, si è delineata la figura di un consumatore avveduto, capace di partecipare attivamente al dialogo tra i soggetti del mercato.

Il consumatore aggettivato è quindi espressione di un sistema complesso, a sua volta espressione di una società complessa. Il valore aggiunto dato dal codice non può limitarsi alla individuazione di una serie di regole, quasi fosse un microsettore indipendente, seppure collegato. Al contrario, esso deve essere interpretato come il tentativo di ricostruire un sistema unitario basato su principi condivisi, che supera l'astrattezza del soggetto come delineato nel codice civile, per recuperare la dimensione sociale dell'individuo-persona, in linea con le fonti sovraordinate.

La funzionalizzazione delle regole alla protezione della persona-consumatore e alla tutela dei suoi diritti essenziali è dunque la cifra del codice del consumo che, in virtù di questa impostazione valoriale, non solo sopravvive ai suoi venti anni ma si pone sulla linea più avanzata dei modelli di regolazione dell'economia.

Il consumatore è uno stakeholder dell'impresa, un attore della società civile a cui deve essere garantita protezione sia dai rischi che dai fallimenti del mercato che possono colpire l'individuo nei suoi diritti essenziali.

Se si pensa, ad esempio, all'evoluzione determinata dalla tecnologia e all'attuale centralità dei dati, si coglie con evidenza che il consumatore torna ad essere non tanto e non solo un contraente debole, quanto una *persona* debole, anzi tanto debole da essere vulnerabile. Ma la sua debolezza non è strutturale, data cioè dall'asimmetria di posizione con il professionista e superabile con iniezioni di informazioni: è una debolezza che può persino fiaccare la sua capacità di autodeterminazione come singolo, e non come appartenente a una categoria protetta. La persona consumatore deve essere tutelata nella sua essenza, nella sua identità ed è nella sua stessa capacità di gestire i dati che lo riguardano che la normativa europea più recente trova la risposta più efficiente alla prevenzione dei rischi.

In questa prospettiva i principi capisaldi del codice del consumo, *in primis*, e mi piace ribadirlo dopo le tante polemiche e perplessità iniziali, l'educazione al consumo, lo rendono quanto mai attuale.

L'importante, ci pare opportuno ripeterlo, è che del Codice si guardi non tanto alle regole minute quanto alla valenza sistematica dei principi in esso contenuti, capaci di oltrepassare i confini settoriali e conformare l'attività delle imprese e dei mercati.

## Opere di Guido Alpa in tema di diritto dei consumatori

Strategie d'impresa e tutela del consumatore. Per una critica del fenomeno «consumerism», in *Pol. dir.*, 1974, 3-4, pp. 485-494.

Vendite al consumatore e controllo dei contratti standard nella disciplina del supply of goods (implied terms) act del 1973, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, pp. 283-302.

Con M. BESSONE, La «Carta Europea dei consumatori», in *Riv. soc.*, 1974, 5, pp. 827-837.

Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore, Giuffrè, Milano, 1975.

Aspetti e problemi di diritto comunitario in materia di responsabilità del produttore, in *Riv. soc.*, 1976, pp. 1236-1243.

La responsabilità del produttore nei progetti di diritto uniforme, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1977, 2, pp. 339-350.

Profili attuali della responsabilità del produttore nell'esperienza nord-americana, in *Riv. soc.*, 1977, pp. 503-517.

Contratti di massa, clausole di garanzia e informazione dei consumatori (Appunti su Magnuson-Moss Warranty Act, 1975), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 4, pp. 1660-1681.

Come tutelare il consumatore?, in *Pol. dir.*, 1979, 5, pp. 619-628.

Consumatore (tutela del), in *Noviss. Dig. it.*, App. II, Utet, Torino, 1980, pp. 516-543.

Consumatore, in *Contr. impr.*, 1987, 1, pp. 313-324.

Il ruolo dell'informazione nella tutela del consumatore, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pp. 815-831.

Consumatore (protezione del) nel diritto civile, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., III, Utet, Torino, 1988, pp. 542-548.

L'attuazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore. Tecniche e modelli a confronto, in *Contr. impr.*, 1988, 2, pp. 573-595.

Credito al consumo, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., V, Utet, Torino, 1989, pp. 22-24.

Profili attuali della tutela del consumatore, in *Corr. giur.*, 1990, 12, pp. 1297-1302.

Contratti standard dei consumatori: una proposta di direttiva comunitaria, in *Contr. impr.*, 1991, 2, pp. 885-896.

Le clausole abusive nei contratti dei consumatori, in *Corr. giur.*, 1993, 6, pp. 635-646.

L'attuazione della direttiva sul credito al consumo, in *Contr. impr.*, 1994, 1, pp. 6-13.

Il sovrindebitamento del consumatore, in *Econ. dir. terz.*, 1995, 1, pp. 473-478.

Il diritto dei consumatori, Laterza, Bari, 1995.

Il sovrindebitamento del consumatore: l'esperienza francese, in *Contr. impr. Eur.*, 1996, 2, pp. 896-902.

L'incidenza della nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sul diritto comune, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 1, pp. 237-247.

The implementation of the EC directive on unfair contract terms in Italy, in *European Review of Private Law*, 1997, 2, pp. 181-184.

- La legge sui diritti dei consumatori, in *Corr. giur.*, 1998, 9, pp. 997-1000.
- La nuova disciplina dei diritti dei consumatori, in *Studium iuris*, 1998, II, pp. 1310-1316.
- Gli usi del termine «consumatore» nella giurisprudenza, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, II, pp. 4-11.
- L'applicazione della normativa sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori: primo bilancio, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 4, pp. 1173-1200.
- Contratti a distanza. Prime considerazioni, in *Contr.*, 1999, 8-9, pp. 845-852.
- Codice del consumo e del risparmio, Giuffrè, Milano, 1999.
- Ancora sulla definizione di consumatore, in *Contr.*, 2001, 2, pp. 205-208.
- Nuove prospettive della protezione dei consumatori, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 3, pp. 101-105.
- Il codice del consumo, in *Contr.*, 2005, 11, pp. 1017-1060.
- Con L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Esi, Napoli, 2005.
- Introduzione al diritto dei consumatori, Laterza, Bari, 2006.
- I diritti dei consumatori e il "codice del consumo" nell'esperienza italiana, in *Rass. for.*, 2006, 1, pp. 57-94.
- Il diritto dei consumatori: un laboratorio per i giuristi, in *Econ. dir. terz.*, 2008, 1, pp. 7-49.
- La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 6, pp. 241-250.
- L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 2, pp. 379-393.
- I rimedi di diritto privato nella normativa di derivazione comunitaria, in *Econ. dir. terz.*, 2010, 1, pp. 7-19.
- Gli interessi diffusi: una categoria rivisitata, in *Econ. dir. terz.*, 2014, 3, pp. 167-197. (a cura di), *I contratti del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2014.
- The Making of Consumer Law and Policy in Europe and Italy, in *European Business Law Review*, 2018, 4, pp. 589-611.
- Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea, in *Contr. impr.*, 2019, 2, pp. 825-830. (a cura di), *La responsabilità del produttore*, Giuffrè, Milano, 2019.
- Clausole vessatorie e nullità del contratto. Il monologo della Corte di giustizia dell'Unione Europea, in *Contr. impr.*, 2024, 3, pp. 565-575.

## ABSTRACT

Il saggio dopo aver messo a fuoco il ruolo svolto da Guido Alpa per la redazione del codice del consumo, traccia le linee essenziali del codice.

*The essay, after examining Guido Alpa's contribution to the preparation of the Consumer Code, outlines its essential structure and main legal provisions.*



### Andrea Belvedere, ovvero dell'analisi fine del diritto civile\*



Aurelio Gentili

Prof. emerito dell'Università di Roma Tre

**SOMMARIO:** 0. Premessa: i civilisti e la loro fama, in vita e postuma. – 1. Lo stile di Andrea Belvedere. – 2. Il metodo di Andrea Belvedere. – 3. Conclusione.

#### 0. Premessa: i civilisti e la loro fama, in vita e postuma

Le parole dei giuristi sono scritte sulla sabbia. Pochi anni e un nome ammirato scivola sempre più di rado in qualche nota in calce. La memoria si appanna. Altri autori occupano, ma solo per qualche tempo, il posto che era stato di chi sembrava incarnare la voce della dottrina. E sopravvivono a ripetere quanto già era stato detto, ma con una fama altrettanto effimera.

Non a caso, del resto, un nostro caustico filosofo del diritto ha scritto in un libro di qualche anno fa che per solito sono considerati grandi giuristi coloro che ripetono cose già dette molte volte<sup>1</sup>. Questa sembra essere la chiave della loro fama in vita. Ma questo, ammesso che sia vero, non li preserva dal venire grado a grado cancellati da altri che quelle cose ripeteranno dopo di loro.

La fama postuma sembra invece obbedire ad una legge inversa. Oggi ricordiamo soprattutto coloro che hanno detto qualcosa di diverso: Rudolf von Jhering con la sua teoria dello scopo nel diritto, Hans Kelsen, con la sua dottrina pura, Herbert Hart, con la sua *analytical jurisprudence*, Ronald Dworkin, con il suo diritto come integrità, Tullio

\* Il testo riproduce l'intervento a *Omaggio ad Andrea Belvedere – Prove di ritratto*, tenutosi a Pavia, Collegio Ghislieri, il 16 gennaio 2025.

<sup>1</sup> JORI, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa, 2010.

Ascarelli, con il suo sistema incompleto, Stefano Rodotà, con i suoi studi di frontiera, per fare degli esempi. Per tutti gli altri la fama degrada presto in oblio.

Curioso destino. A ben vedere non c'è nessuna ragione per questa fama effimera. Il nostro codice ha ottantatré anni, la costituzione settantasette, e se qualcosa è cambiato molto è rimasto uguale. Eppure le pagine di chi ne scrisse trenta o cinquanta anni fa, che spesso sarebbero ancora attuali, di rado sono ancora lette, se non in occasione di qualche rievocazione, sostituite da altre simili scritte di recente che ne ripetono i contenuti.

Ma se è vero che è il tratto di originalità che assicura ad un giurista una fama postuma, le pagine di Andrea Belvedere sono destinate a restare, a non essere dimenticate. E non solo per questo merito. Altri due, capitali, infatti ne sorreggono la durata: l'eleganza, che dall'uomo, modello di signorilità, si trasmetteva allo scritto; e la lucidità, che impediva che quell'originalità si sviasse in stravaganza, conservandola sempre come un modo più acuto di vedere le cose.

Il programma mi assegna di dire di Andrea Belvedere civilista. Ne sono felice e per questo ho accettato subito l'invito dei cortesi organizzatori di questo incontro, che ringrazio. Ma non dirò – come forse ci si può attendere – del merito della sua opera, delle tesi, cioè, che nella sua attività di studioso ha asseverato quando si è occupato di definizioni legali, di linguaggio giuridico, di *drafting*, di atti giuridici, di documento, di forma, di frode, di legittimazione, di rappresentanza, di obbligazioni, di causalità, di invalidità, di mercato. Del resto, non ce ne sarebbe il tempo.

Pure, meriterebbe parlarne. Per dire: la teoria dell'interpretazione che A.B. ha sviluppato in vari suoi scritti è una delle più brillanti e delle meglio fondate tra quante, in una letteratura assai ampia, sono state elaborate dalla civilistica italiana. Le pagine sulla nullità nella legislazione speciale anticipano molte delle cose che solo successivamente una letteratura dilagante ha creduto di constatare sulle c.d. nullità speciali. E quelle su contratto e mercato avevano messo meglio a fuoco una prospettiva che al suo esordio aveva fatto sensazione, ma era più eclatante che corretta. E molto altro ci sarebbe da dire.

Ma, conscio dei limiti del tempo, non è tanto di questo che scelgo di occuparmi. Penso infatti che nel parlare di un autore non sia sui temi da lui trattati che ci si debba soffermare. Questi appartengono a lui quanto agli altri che ne trattano. E se è giusto segnalare il suo specifico apporto, è più giusto guardare piuttosto al suo modo di affrontare un tema: non a cosa ha trattato ma a come. È questa la cifra che distingue l'autore, al di là dei risultati cui è pervenuto.

Mi soffermerò dunque sullo stile e sul metodo di A.B.

## 1. Lo stile di Andrea Belvedere

Lo stile di A.B. si dice in tre parole: piano, limpido, fluido.

**1.1. Piano.** Di contro ad un uso invalso presso certi civilisti, dal periodare debordante, dalla prosa aggrovigliata, dalla sintassi fortemente ipotattica, il cui procedere è una marcia trionfale dei gerundi e dei participi, lo stile di B. è invece paratattico. Le frasi si



svolgono sempre in un arco breve. Raramente superano le quattro righe. E si succedono linearmente. La seguente o sviluppa un punto della precedente, o esprime un chiarimento, o un limite, o una eccezione. Il tutto in modo semplice e sobrio. Poche subordinate si collegano alla proposizione reggente. L'«a capo» è alquanto frequente e dà ritmo ai capoversi. Un ritmo che riproduce nella scrittura il progredire dell'argomentazione.

Sottesa, sta una certa geometria del pensiero che si manifesta nella scansione delle proposizioni. E questo consente al lettore una lettura scorrevole, e una comprensione immediata, scevra da quei fastidiosi ritorni indietro necessari a penetrare una frase oscura che non si concede alla comprensione se non con sforzo.

**1.2. Limpido.** B. non è mai stato tra quei giuristi che paiono voler rinnovare i fasti del *trobar clus* dei poeti provenzali del XII secolo. Giuristi che – io dico ‘purtroppo’ – vanno per la maggiore, passando per reputati maestri. Non solo da oggi, del resto, certi scrittori oscuri sono a volte considerati grandi pensatori non da chi li capisce, quanto da chi non li capisce e pensa a torto che sia colpa sua.

A.B. non è di questi. Il suo pensiero si concede facilmente. Non esiste lettore che non lo capisca. E il valore di tale pensiero non è mai lo sconsolato giudizio di chi si arrende all'incomprensione supponendo nel testo profondità insondabili, ma la constatazione indubbia di una assoluta evidenza.

Questa limpidezza nasce dal dominio della materia. Che, poi, questo dominio assoluto sia stato acquisito attraverso uno studio intenso, innumerevoli letture e molta fatica, nel testo non traspare. Anzi, tutto appare così chiaro, ovvio, logico, che un lettore malaccorto potrebbe pensare che ci sarebbe potuto arrivare facilmente da sé, se si fosse applicato.

**1.3. Fluido.** La prosa di B. scorre con una naturalezza che se non è di tutti nel discorso comune è di pochi nel discorso scientifico. Questo, infatti, per la sua complessità, per i suoi tecnicismi, per gli inevitabili garbugli che accompagnano i suoi passaggi più difficili, per la fatica di venir fuori da problemi aggrovigliati, raramente consente di esprimersi in scioltezza. Nella pagina di A.B. invece le asperità sono appianate. Gli sforzi per sormontarle superati. Tutto sembra facile.

Sembra, ma non è. Il lettore ingenuo potrebbe pensare che tanta naturalezza sia spontanea, e che discenda dal fatto che le cose da dire erano ovvie, e non c'era che da dirle, così come si presentavano alla mente. Opinione infondata. Quella scioltezza è invece il frutto di duro lavoro. Nasce solo quando la fatica di ricondurre una materia renitente ad ordine, del pensiero e del linguaggio, è compiuta, e l'autore può finalmente trarre le conclusioni ed esprimerle con una padronanza che fa dimenticare lo sforzo.

Per arrivare a questa naturalezza dell'eloquio bisogna volerlo, e impegnarsi molto. Lungi dall'essere spontanea tale naturalezza è frutto di consumata abilità. Insomma, come diceva Oscar Wilde, la naturalezza è la posa più difficile.

**1.4.** Questo, mi pare, lo stile di A. B. e questo il retroterra da cui nasce. Ma c'è ancora una cosa da dire: questo stile piano non è mai piatto. Non lo è perché lo impedisce

l'eleganza sobria del periodare. E non lo è perché – tratto che io ammiro particolarmente – lo arricchisce di quando in quando il fuoco inatteso dell'ironia, come tra poco meglio vedremo parlando del metodo.

## 2. Il metodo di Andrea Belvedere

Il metodo di A.B. è stato plurimo. Plurimo ma non eclettico. Intendo dire che nel suo approccio egli ha praticato più di un metodo, ma non ora questo ora quello, bensì una combinazione dei diversi metodi, effettuata in una maniera originale, che merita di essere imitata.

**2.1.** Negli scritti su persona, obbligazioni, responsabilità, contratto, il metodo dell'Autore è basilarmente dogmatico. Ma qui 'dogmatico' non vuol dire fedele ai dogmi della tradizione. Anzi, quanto a questo B. è spregiudicatamente critico.

Porto un esempio: analizzando<sup>2</sup> l'opera classica di Alfredo Fedele – che fu suo maestro – su nullità e inesistenza, intrisa del risalente dogma della nullità come negazione del negozio, A.B. conduce con un tratto di ironia una corrosiva critica dell'idea. Scrive:

«Che dire della tranquillità con cui i giuristi parlano (spesso) di negozio inesistente di fronte a realtà in cui purtuttavia riconoscono un (determinato tipo di) negozio? Dobbiamo forse rassegnarci all'idea che abbiano volto le spalle alla filosofia di Kant per abbracciare quella di Peter Pan? Niente affatto; i giuristi hanno soverstito non la logica ma la semantica: in materia negoziale, precorrendo i genetisti e le loro tecniche di manipolazione cellulare, hanno sostituito il DNA semantico del termine 'inesistenza' – da sempre identificato (sia tra i filosofi che tra la gente comune) in un 'non-essere' – con un diverso significato, collegato ad una idea non di assenza, ma di difettosità (particolarmente grave) e conseguentemente di invalidità»<sup>3</sup>.

'Dogmatico' qui vuol dire invece che il metodo praticato è all'incontro di due atteggiamenti: il primo è l'assoluta fedeltà al dettato legale, il secondo è il rigore dell'argomentazione.

Quanto al primo punto, B. non preferisce mai i frutti della sapienza giuridica a ciò che si evince dalla legge. Non esita a smentire un concetto consolidato in favore di una scelta legislativa da esso difforme. Per lui la legge è sempre vincolante, non solo per il cit-

---

<sup>2</sup> Nel suo *L'inesistenza negoziale tra dogmatica e semantica*, ora in BELVEDERE, *Scritti giuridici*, II, *Persona, obbligazioni, responsabilità, contratto*, 2016, 977 ss., spec. 979 ss.

<sup>3</sup> BELVEDERE, *op. ult. cit.*, 983.

tadino, ma prima ancora per l'interprete. La sua nota tesi dell'efficacia vincolante anche delle definizioni<sup>4</sup> ne fa prova.

Quanto al secondo, la sua fedeltà alla logica è incorruttibile, ed egli rifugge sempre dal malvezzo, invece diffuso, di sostenere tesi che logicamente non tengono ricorrendo allo spompato argomento che "quella è la logica giuridica"<sup>5</sup>. E questo non certo perché la tecnica sapienziale gli fosse estranea: basta un superficiale sguardo alla bibliografia per constatare la sua vasta conoscenza della letteratura italiana e tedesca.

Come dicevo, se questa è la base del metodo dell'A. non è però l'intero: a questo metodo dogmatico B. sapeva aggiungere quando opportuno il profilo storico, o quello economico, e talvolta quello filosofico. Ne risulta una visione a tutto tondo del problema e delle ragioni della soluzione. Così solida argomentativamente che spesso quella di A.B. sul tema è restata l'ultima parola, e chi vi è ritornato non ha potuto che farla sua.

**2.2.** Negli scritti sull'interpretazione e sul linguaggio giuridico il metodo concretamente usato è un po' diverso: qui B. seppure non declama, integralmente pratica il metodo dell'analisi del linguaggio<sup>6</sup>. E lo pratica con piena conoscenza dei suoi procedimenti e con piena conoscenza dei suoi fautori. Lo pratica e ne trae brillantemente conclusioni che ancor oggi resistono. Il valore del pensiero di B. è infatti dimostrato – ammesso che ce ne sia bisogno – dal fatto che sui temi sui quali è intervenuto, dopo di lui nessuno è sopravvenuto a smentire le sue conclusioni.

Questa adesione di fatto all'analisi linguistica mi fa pensare che essa sottintenda un convincimento teorico: concedo che l'adesione sia qui in parte motivata dal tema (chiunque scriva di interpretazione deve assumere il testo e il suo significato come oggetto del suo esame, con inevitabile accostamento ai modi dell'analisi del linguaggio); ma penso che non si possa aderire al metodo analitico-linguistico senza essere convinti dello speciale rapporto del diritto con il linguaggio.

Sono più esplicito: non si può farlo senza essere convinti che ciò che di specifico vi è nel diritto non è tanto nel fatto (gli atti degli uomini, le loro volontà, le prassi sociali): questa è piuttosto sociologia, o economia, quanto nel discorso (del legislatore, dei giudici, dei privati): questo è interamente e specificamente giuridico. E se è così trovo una particolare vicinanza dell'approccio dell'A. a quanto i teorici dell'analisi del linguaggio (e, se posso dirlo, io fra loro) hanno sempre pensato.

<sup>4</sup> Cfr. «La definizione rappresenta un aspetto della tecnica legislativa, poiché costituisce uno strumento per formulare regole giuridiche» (BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, ora in *Scritti giuridici*, I, cit., 1 ss., a 130).

<sup>5</sup> Cfr. «La forza delle argomentazioni kantiane non può certo essere controbattuta facendo ricorso a qualche illusoria specificità del sapere giuridico» (BELVEDERE, *op. ult. cit.*, 981).

<sup>6</sup> D'ADDA, *Gli scritti giuridici di Andrea Belvedere e il metodo analitico di un civilista*, in *Pol. dir.*, 2018, 111 ss.

### 3. Conclusione

Sono queste caratteristiche, a mio avviso, che assicurano la fama in vita e postuma di A.B.

Quanto essa sarà duratura non so dire. Petrarca nei Trionfi ci mostrava che se la fama vince sulla fine della vita, alla lunga il tempo vince anche sulla fama.

Ma seppure non sarà duratura la fama di A.B. resta singolare, per un'altra caratteristica, davvero rara. Perché la fama è (rubando le parole a Carmen) 'un oiseau rebelle': molti l'hanno cercata e non l'hanno trovata; pochi l'hanno cercata e l'hanno trovata.

A.B., uomo sobrio e discreto, l'ha trovata. Ma non l'ha cercata.

#### ABSTRACT

Il saggio tratta dello stile e del metodo di Andrea Belvedere. Il suo stile era piano, limpido, fluido. Il suo metodo era basilariamente dogmatico, ma negli scritti sull'interpretazione aperto ad usare l'analisi del linguaggio. Ciò assicura la fama postuma di questo Autore.

*The essay deals with Andrea Belvedere's style and method. His style was plain, clear, fluent. His method was basically dogmatic, but in his writings on interpretation he was open to using analysis of language. This ensures the posthumous fame of this Author.*



### Verso un modello europeo di responsabilità civile?\*



Carmelita Camardi

Già prof. ord. dell'Università Ca' Foscari Venezia

**SOMMARIO:** 1. Ordinamento europeo e costruzione dei modelli normativi. La pluralità dei regimi fra *accountability* e *liability*. – 2. Il modello del GDPR. – 3. Il modello risultante dalla convergenza tra le discipline della responsabilità per danni da prodotti e la disciplina dell'intelligenza artificiale. – 4. segue. I contenuti della Direttiva *Product Liability*. Pillole di disciplina. – 5. segue. Il cosiddetto “Pacchetto AI”. – 6. La responsabilità delle piattaforme digitali di *hosting*. – 7. Il danno climatico. Altre prospettive ed una considerazione di chiusura.

#### 1. Ordinamento europeo e costruzione dei modelli normativi. La pluralità dei regimi fra *accountability* e *liability*

La costruzione di un modello europeo di responsabilità civile è operazione ermeneutica profondamente segnata – con ogni evidenza – dalle caratteristiche strutturali della normativa unionale nel contesto dei Trattati e della prassi degli organi UE. Nonché – vorrei aggiungere – dal tramonto dell'idea che almeno a breve termine l'UE possa pervenire ad un traguardo di unificazione o uniformazione degli ordinamenti dei vari Stati membri su di un numero di materie tali da permettere poi di ricavare una sistematica dotata di quegli attributi di coerenza, razionalità e logica che la tradizione vorrebbe assegnare a questa branca della conoscenza giuridica.

---

\* Il presente saggio rielabora la relazione tenuta in occasione della presentazione del volume dell'Enciclopedia del Diritto, i Tematici – *Responsabilità civile* –, a cura di C. SCOGNAMIGLIO, Giuffrè 2024, tenutasi il 10 febbraio 2025.

Piuttosto, anche nell'ampio settore della responsabilità civile si registra quell'andamento tipico dell'ordinamento UE, tutt'altro che casuale certo, che sviluppa normative anche assai complesse su talune materie, talvolta molto ampie e articolate come nel diritto dei consumi<sup>1</sup>, senza tuttavia raggiungere quel livello (minimo) di astrattezza e generalità che consente poi all'interprete di configurare un modello tendenzialmente unitario suscettibile di applicazione estesa.

Ciò è vero in maniera ancor più accentuata per la responsabilità civile, atteso che anche nel recinto domestico l'istituto non risponde ad un modello unitario, ma conosce da sempre una pluralità di tecniche di allocazione del rischio e della responsabilità, motivate dalla diversità dei conflitti di interessi che con essa si vogliono amministrare; nonché una pluralità di modelli di valutazione degli interessi la cui lesione si vuole sanzionare attraverso la clausola generale dell'ingiustizia del danno, o con altre tecniche. Fatta salva una costante, che tendenzialmente connota qualunque modello di responsabilità, a presidio della sua funzione primariamente rimediabile e compensativa di un danno, e cioè il nesso di causalità giuridica tra il fatto/comportamento e il danno<sup>2</sup>.

Già a partire da questa premessa, si configura la possibilità di discorrere di una pluralità di modelli europei di responsabilità civile, ciascuno riferibile ad una materia specifica, pur nella costanza degli obiettivi UE legati alla costruzione dei pilastri del mercato unico attraverso il superamento della frammentazione normativa.

A rafforzare questa tendenza si aggiungano poi altri elementi.

Il primo è dato dal principio di effettività della tutela<sup>3</sup>, che anima la giurisprudenza della Corte di Giustizia e delle Corti nazionali, e che le spinge a diversamente costruire

<sup>1</sup> Vedi al proposito lo studio, già dal titolo assai significativo, di PAGLIANTINI *Il consumatore "frastagliato"*, Pisa, 2021, in particolare 33, 213 ss.

<sup>2</sup> A parte il fondamentale contributo di RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, ristampa inalterata, 2023 (con prefazione di ALPA); e poi Napoli, 2024, con *Introduzione di PROCIDA MIRABELLI DI LAURO*; questo carattere 'plurale' della disciplina si vede già – limitandoci alle citazioni trattatistiche – nell'impostazione del volume di TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2019; ma anche in quella coeva di CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, seppur nell'evidente avversione dell'A. rispetto alla moltiplicazione delle soluzioni rimediabili prodotte dalla giurisprudenza nazionale, e dalla dottrina che la legittima, alle quali si affiancherebbero poi le Corti europee, in un movimento comune (da "sicofanti del progresso", scrive l'A. nella Prefazione) che avrebbe profondamente compromesso la linea di demarcazione tra legislazione e giurisprudenza. Un quadro completo si può ricostruire da ultimo attraverso le voci del volume *Responsabilità civile*, a cura di SCOGNAMIGLIO, in *Enc. del Diritto, I Tematici*, Milano, 2024, dalla lettura del quale traggono origine le considerazioni presentate in questo contributo.

<sup>3</sup> Principio pilastro dell'ordinamento europeo (art.19 TUE; art.47 Carta di Nizza; art. 24 Cost.), che permea di sé tutta la giurisprudenza europea e nazionale. Basti leggere i più recenti pronunciamenti della Corte di Giustizia, Sentenza, 30/01/2025, n. 510/23, in materia di pratiche commerciali scorrette; e sentenza 30/01/2025, n. 511/23, in materia di concorrenza; sentenza 25/04/2024, n. 561/21 in materia di obbligo per gli Stati membri di garantire l'effettività dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione; o della Suprema Corte, Cass. civ., 01/08/2024, n. 21749 e 29/07/2024, n. 21154, in materia di ripetizione di indebito da parte del cittadino nei confronti dell'E-

il rapporto tra normativa UE e normative nazionali anche a seconda dell'efficacia del rimedio nei confronti del danneggiato. Mi riferisco ad esempio al tema dei danni lungolatenti derivanti dall'uso di farmaci, per i quali il “cantiere delle Corti” ha sperimentato una concorrenza tra la normativa sul danno da prodotti difettosi e la normativa sul danno da attività pericolosa ex art. 2050, da gestire non tanto in base ad un astratto principio di primazia del diritto comunitario, piuttosto che di concorrenza complementare, quanto in relazione all'efficacia del relativo rimedio: in questo caso con riguardo alla prescrizione, troppo breve nella disciplina UE per tutelare i danneggiati da effetti nocivi lungolatenti di taluni farmaci<sup>4</sup>.

Il secondo elemento che conferisce alla pluralità dei modelli un particolare rilievo ermeneutico, peraltro assegnando alla giurisprudenza che ne deve applicare la disciplina una fisiologica discrezionalità, è dato dalla tendenza della UE ad orientare la sua attività normativa verso i grandi temi e le grandi questioni che agitano la società, non solo europea, peraltro salvaguardando l'ambito della propria competenza non solo sul territorio del mercato unico, ma sulle attività di chiunque vi operi, pur non essendovi stabilito<sup>5</sup>. Intendo riferirmi al fatto per cui la UE tende a normare in maniera forte ed incisiva rispetto alle questioni la cui rilevanza sociale, economica e politica è di specifica intensità, se non altro per il coinvolgimento della sicurezza e della integrità delle persone, i cui diritti fondamentali rappresentano per l'UE una frontiera invalicabile.

Tali questioni, peraltro, sono connotate dalla presenza costante dell'elemento “tecnologia”, dalla presenza cioè del fattore scientifico quale fattore trainante, e per molti aspetti ineliminabile, sia dal panorama della crescita economica, come da quello del benessere sociale e individuale. Circostanza che rende necessario amministrare con equilibrio e proporzionalità la doppia valenza della tecnologia: l'effetto di progresso e benessere da una parte, e insieme l'effetto di rischio e danno sociale dall'altra. Di qui – come si comprende – la complessità e la flessibilità con la quale l'UE ha inteso governare i grandi processi tecnologici: quello concernente l'elaborazione dei dati personali, quello che vede l'applicazione diffusa dell'intelligenza artificiale, quello che vede le grandi imprese operare nelle catene globali del valore potenzialmente pregiudicando i diritti fondamentali e la dignità delle persone, il clima e l'ambiente; e poi quello che vede la crescita della società digitale governata dai grandi intermediari, oggi rappresentati dalle cosiddette

---

rario; e ripercorrere la letteratura, segnatamente, per tutti, BIANCA, *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, 1, Milano, 2002; NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017; VETTORI, *Effettività fra legge e giudizio*, Milano, 2020; LIPARI, *Per un diritto secondo ragione*, in *Riv. Dir. civ.*, 2018, 1427.

<sup>4</sup> Vedi per tutti quanto scrive RUMI, *La product liability nell'era dell'AI. Riflessi sul sistema della responsabilità civile*, Napoli, 2024, 35, 36 ss.; LEPORRE, *La decorrenza della prescrizione e i crediti risarcitori per danni lungolatenti*, in *Giur. It.*, 2022, 2793.

<sup>5</sup> Ad esempio, l'art. 3, c. 2, del GDPR stabilisce che “...Il presente regolamento si applica al trattamento dei dati personali di interessati che si trovano nell'Unione, effettuato da un titolare del trattamento o da un responsabile del trattamento che non è stabilito nell'Unione...”.

piattaforme giganti. Ma già – primo fra tutti – quello che riguarda la circolazione di prodotti difettosi.

In questi, come in altri settori, lo schema tipico della responsabilità civile come rimedio compensativo diretto a riparare *ex post* un danno che si è prodotto nella sfera individuale, patrimoniale e non, delle persone, viene arricchito dalla nuova visione – figlia della imperante tecnologia – offerta dal principio di precauzione, meglio dal principio di prevenzione, analisi e mitigazione del rischio, la cui applicazione produce il noto connubio tra *accountability* e *liability*, la nuova cifra della complessa disciplina della responsabilità dei grandi agenti sociali digitali nei confronti dei singoli soggetti interessati.

Il GDPR, il sistema di regolazione dell'AI Act, i regolamenti del mercato digitale (il Digital Service Act – DSA – principalmente, il Digital Market Act – DMA – e il data Act), come l'insieme composito delle norme sulla sostenibilità oggi culminate nella Direttiva *Due diligence* del 2024, adottano il cosiddetto approccio basato sul rischio, e realizzano dunque una nuova commistione tra regole di responsabilità e regole di organizzazione, dove l'operare delle prime è comunque connesso alla *compliance* alle seconde, con modalità che cambiano nei vari plessi normativi e che il cantiere delle Corti ha a sua volta rielaborato<sup>6</sup>.

Fatte queste premesse, mi limiterei in questa sede a verificare a campione, e molto sinteticamente, in qualcuno dei settori indicati quali caratteristiche abbia assunto, nella prospettiva europea, il modello di responsabilità civile adottato. Una rassegna in “orizzontale”, che si offre al lettore come cornice per sviluppare nelle sedi appropriate, e con appropriata metodologia, il necessario approfondimento.

## 2. Il modello del GDPR

L'art.82 del regolamento detta espressamente la regola di responsabilità, nella prospettiva del danneggiato e non del danneggiante: “Chiunque subisca un danno...ha diritto di ottenere il risarcimento...etc.”. Ciò che evidenzia una ratio protettiva dei diritti del singolo<sup>7</sup> del tutto coerente con la prospettiva generale delle carte dell'Unione, ma non per questo assoluta, atteso che, se per un verso il danno risarcibile copre le lesioni a carattere patrimoniale e non patrimoniale, tuttavia il presupposto della responsabilità è la violazione delle norme del regolamento: una scelta che colloca la rilevanza della condotta

---

<sup>6</sup> Oltre che le fonti indicate, basti consultare i documenti che compongono la Strategia europea per il futuro digitale al link <https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/policies/strategy-data>; e quelli elaborati dalla Commissione di studio italiana sull'IA, al link <https://innovazione.gov.it/notizie/articoli/strategia-italiana-per-l-intelligenza-artificiale-2024-2026/>.

<sup>7</sup> Vedi da ultimo Cass. civ., 11/12/2024, n. 31859, in *One legale*, la cui massima recita che “Il diritto alla deindicizzazione, al pari del diritto all'oblio, è strettamente funzionale alla tutela dell'identità personale, alla sua corretta affermazione nonché alla protezione della stessa nella sfera sociale dell'individuo”.



illecita del danneggiante nel contesto delle norme di *accountability* prescritte ai titolari del trattamento ai fini della possibilità stessa di realizzare la raccolta e l'elaborazione dei dati. Si è di recente osservato<sup>8</sup>, e sul punto si dovrebbe riflettere evidentemente in altra sede, che a fronte di tale previsione è del tutto inutile usare gli stilemi della dogmatica domestica e chiedersi se si tratti di una nuova declinazione della responsabilità extra-contrattuale o da inadempimento. In una prospettiva di dogmatica europea – vorrei aggiungere – ciò che conta è individuare la regola operativa sia dal punto di vista dei criteri di imputazione, che da quello della individuazione del danno risarcibile.

Ed infatti, dal primo punto di vista, il GDPR omette il precedente riferimento all'art. 2050 del cod. civ., senza per ciò negare il carattere pericoloso dell'attività di trattamento (come risulta dai considerando sui possibili danni e da tutte le regole di *accountability*<sup>9</sup>); e individua il soggetto responsabile in ragione della sua posizione oggettiva, in quanto esercente di un'attività i cui rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche devono essere valutati, organizzati e mitigati nel rispetto di precise regole organizzative che permettano ai soggetti interessati di mantenere sempre il controllo della circolazione dei propri dati e di essere garantiti in ordine alla loro sicurezza<sup>10</sup>.

Detto questo, si comprende il contenuto della prova liberatoria: *il responsabile è esonerato "se dimostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile"*. Ciò implica che il titolare possa esibire certificazioni o documentazioni già in suo possesso – come suggerisce il considerando 74 – concernenti l'adozione di tutte le misure tecniche di sicurezza intese a prevenire l'evento dannoso lamentato dall'interessato, sulla base di una previa valutazione della probabilità del rischio. Sicché, allegati dall'interessato la violazione della regola, il danno e il relativo nesso causale, il titolare risponderà dei danni derivanti dalla mancata adozione di (anche altre) misure tecnicamente possibili e proporzionate alle risultanze di quella valutazione, e non risponderà dei danni che erano stati esclusi da quella valutazione, se correttamente svolta, in quanto non prevedibili o altamente improbabili o non rimediabili allo stato dell'arte. Egli dunque non risponde del fortuito, classicamente inteso (ad esempio, un attacco hacker grave e generalizzato), e nemmeno – sembra di poter ritenere – degli eventi dannosi non previamente stimabili sulla base di una corretta elaborazione dell'approccio basato sul rischio condotta su parametri oggettivamente apprezzabili e proporzionati alla dimensione della sua attività<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> CUFFARO, voce *Risarcimento del danno e trattamento dei dati personali*, in *Responsabilità civile*, cit., 1360, 1366 ss.

<sup>9</sup> Sul principio di *accountability* si veda da ultimo CARLEO, *Il principio di accountability nel GDPR: dalla regola alla autoregolazione*, in *Nuovo dir. civ.*, 2021, 359 ss.

<sup>10</sup> Per le essenziali indicazioni del caso concernenti i formanti della dottrina e della giurisprudenza, ci permettiamo di rinviare al nostro *Note critiche in tema di danno da illecito trattamento dei dati personali*, in *Jus civile*, 2020, 786 ss.; nonché al *Codice della privacy e data protection*, a cura di D'ORAZIO, FINOCCHIARO, POLLICINO e RESTA, Milano, 2021.

<sup>11</sup> Sulla responsabilità del titolare vedi da ultimo LOCATELLO, *Adeguate gestione del rischio e prevenzione di colpa nell'imputazione del danno da illecito trattamento di dati personali*, in *Contr. e im-*

Quanto al danno risarcibile, scontata la rilevanza del danno patrimoniale, il regolamento non manca di esplicitare le tipologie di danno non patrimoniale potenzialmente generate da condotte illecite del titolare del trattamento, e molte di queste rispondono al modello tipico del danno non patrimoniale connesso alla lesione dei diritti della persona costituzionalmente protetti o fondamentali, come esplicitato nei considerando 75 e 85 del GDPR<sup>12</sup>. Dal punto di vista ermeneutico, se si accoglie l'idea per la quale la normativa del regolamento debba essere interpretata nella prospettiva del diritto europeo, e non in quella dei diritti nazionali, e che pertanto il testo dell'art. 82 debba essere letto alla luce dei principi europei e della interpretazione che di essi dà la Corte di Giustizia (in tal senso peraltro testualmente il considerando 146), allora nella individuazione dei danni risarcibili, non solo cade il requisito codicistico dell'ingiustizia: concetto inesistente nel contesto settoriale specifico del GDPR; ma cade anche la possibilità di risarcire il danneggiato allorché questi allegghi come fonte di danno la mera lesione del diritto, in quanto tale o *in re ipsa*. Come ha ribadito la Corte di Giustizia in una importante decisione<sup>13</sup>, dal testo dell'art. 82 emerge una fattispecie di responsabilità costituita dalla presenza di tre condizioni cumulative, la cui ricorrenza è necessaria per giustificare un diritto al risarcimento. Esse sono: la violazione di una norma del GDPR, l'esistenza di un danno patito e il nesso di causalità tra violazione e danno. Se ne desume che il testo della norma non consente di ritenere che la mera violazione del GDPR, non accompagnata dall'allegazione di uno specifico evento di danno, sia sufficiente a legittimare la richiesta del risarci-

---

*presa*, 2024, 1215; BRIGNOLO, *Violazione dei dati personali: responsabilità e danni risarcibili*, in *Danno e Resp.*, 2024, 566; ALONZO, *Il risarcimento del danno per violazioni del GDPR (art. 82 Reg. UE 2016/679). la tutela della persona nelle logiche del diritto privato regolatorio?*, in *Nuove Leggi Civili Comm.*, 2024, 601.

<sup>12</sup> I quali menzionano discriminazioni, furto o usurpazione d'identità, perdite finanziarie, pregiudizio alla reputazione, perdita di riservatezza dei dati personali protetti da segreto professionale, o dei dati personali che rivelano l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, nonché dati genetici, dati relativi alla salute o i dati relativi alla vita sessuale, etc.

<sup>13</sup> Corte di Giustizia, 4 maggio 2023, causa C-300/21, per il cui testo e commento vedi CAMARDI, *Illecito trattamento dei dati e danno non patrimoniale. Verso una dogmatica europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 1136 ss., ed ivi altre indicazioni; CALABRESE, *Il danno da "perdita di controllo dei dati personali" nel pensiero della Corte di Giustizia UE*, ibidem, 1112; altri commenti si leggono in *Foro it.*, 2023, IV, 268 ss., con note di PALMIERI, PARDOLESI, *Mai futile il danno non patrimoniale da violazione della privacy (purché lo si provi!)*; PAGLIANTINI, *Un altro palcoscenico della "guerra" tra le corti: il danno (immateriale) bagatellare dell'art. 82 Gdpr*; FEDERICO, *"La tempesta perfetta": ultime dalla Corte di Lussemburgo su danno (non patrimoniale) da illecito trattamento dei dati personali e possibili risvolti in tema di tutela collettiva*; sulla giurisprudenza europea in generale, si veda SALANITRO, *Illecito trattamento dei dati personali e risarcimento del danno nel prisma della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 426 ss. e da ultimo BALDINI, *Responsabilità da trattamento illecito dei dati personali: verso uno statuto unionale*, in *Danno e resp.*, 2025, 49; SCOGNAMIGLIO, *Danno e risarcimento nel sistema del Rgpd: un primo nucleo di disciplina eurounitaria della responsabilità civile?*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2023, 1150, 1152 ss.

mento: violare una norma non significa danneggiare, se il danno non assume una sua autonoma e distinta configurazione. Contestualmente poi, la Corte precisa che al quesito se sia compatibile con il diritto dell'Unione la tesi secondo cui il presupposto per il riconoscimento di un danno immateriale è la presenza di una conseguenza o di un effetto della violazione di un diritto avente almeno un certo peso e che vada oltre l'irritazione provocata dalla violazione stessa, debba darsi risposta negativa, e che pertanto la gravità o meno della lesione è irrilevante ai fini del risarcimento. Una tesi che, come noto, supera gli orientamenti domestici intesi a fissare una soglia di risarcibilità minima, secondo i parametri della gravità della lesione e della serietà del danno: con esclusione dunque di quei danni bagatellari che invece la Corte di giustizia ammette al risarcimento, purché siano provati<sup>14</sup>.

### 3. Il modello risultante dalla convergenza tra le discipline della responsabilità per danni da prodotti e la disciplina dell'intelligenza artificiale

Un altro settore nel quale misurare le componenti di un possibile modello europeo di responsabilità è quello che – ad oggi – risulta dalla convergenza di diverse discipline, alcune meno recenti ed altre più direttamente legate all'affermazione e dominanza di un nuovo modello di sviluppo dell'economia. Mi riferisco, in generale, al pacchetto di direttive e regolamenti che negli ultimi 10 anni l'UE ha dedicato alla regolazione del mercato

<sup>14</sup> Ci si consenta su questo delicatissimo punto di rinviare al nostro *Illecito trattamento dei dati e danno non patrimoniale. Verso una dogmatica europea*, cit., 1143 ss., ove si ribadisce la perplessità, altrove manifestata, che la difesa dei diritti e delle libertà *fondamentali* della persona necessiti della prova del danno conseguenza. Laddove invece, e già alla stregua delle Carte europee, i diritti della persona mantengono la loro configurazione di diritti inviolabili, protetti da un comando generale rivolto ai terzi affinché si astengano da ogni interferenza, sicché – violata la regola di non interferenza – il danno consiste proprio nella *offesa alla persona*, e non si può richiedere altro da provare, perché questo danno è al tempo stesso *evento e conseguenza*. In senso contrario si esprime di recente PARENZO, *La profilazione algoritmica nel prisma dell'autonomia privata*, Napoli, 2024, 387 ss., principalmente sull'argomento per il quale, proprio con riferimento al caso di cui alla nota precedente, la falsificazione dell'identità dovuta ad una profilazione errata non sempre può reputarsi dannosa. Ad esempio, una profilazione errata ma non offensiva (attribuzione di titolo di studio non posseduto), o non ritenuta tale dal soggetto interessato, non potrebbe generare alcun danno risarcibile, in assenza di un "fastidio o irritazione" specificamente fatti valere dal soggetto leso. L'argomento, di stampo pragmatico, non è probante in punto teorico di costruzione del concetto di identità personale, perché introduce criteri esterni (e arbitrari) di rilevanza della lesione dell'identità della persona, privandola del diritto ad un risarcimento ragionevole per la diffusione di un'immagine comunque distorta seppur non offensiva della propria identità. Peraltro, proprio da un punto di vista pragmatico non si comprende in cosa consista la prova del fastidio o dell'irritazione, se non in un argomento/affermazione retorica automaticamente risultante dalla proposizione della domanda.

e dell'economia digitali, e che tocca diversi aspetti: dalla riorganizzazione dei rapporti in rete tra gli intermediari fornitori dei servizi e gli utenti; all'utilizzo ad ampio raggio di sistemi di intelligenza artificiale, sia nella fabbricazione di prodotti tecnologicamente avanzati, sia nell'organizzazione di servizi dalle imprese agli utenti e consumatori. Più esplicitamente mi riferisco alla revisione della disciplina della responsabilità per la circolazione dei prodotti difettosi<sup>15</sup> – d'ora in avanti direttiva PL; alla introduzione del Regolamento sull'intelligenza artificiale<sup>16</sup> (AI ACT); ma anche alla proposta di Direttiva relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale, del 28 settembre 2022<sup>17</sup>. Quest'ultima è stata ritirata dal programma di lavoro 2025 della Commissione Europea, con la motivazione per la quale “*No foreseeable agreement - the Commission will assess whether another proposal should be tabled or another type of approach should be chosen*”<sup>18</sup>. Di tale proposta si dirà comunque qualcosa, se non altro ai fini di delineare – ormai in termini di confronto – il quadro della responsabilità civile europea ad oggi.

A questi atti non può non aggiungersi il Regolamento 2023/988 relativo alla sicurezza generale dei prodotti.

Prima di entrare brevemente nel merito dei contenuti precettivi degli atti sopra indicati, non si può non sottolineare il contesto nel quale è maturata la convergenza di questi provvedimenti. Mi affido perciò alle parole del considerando 3 della direttiva PL, secondo il quale:

*“La direttiva 85/374/CEE ha rappresentato uno strumento efficace e importante, ma dovrebbe essere rivista alla luce degli sviluppi legati alle nuove tecnologie, compresa l'intelligenza artificiale (IA), ai nuovi modelli imprenditoriali dell'economia circolare e alle nuove catene di approvvigionamento globali, che sono fonte di incoerenze e di incertezza giuridica, specialmente in relazione al significato del termine «prodotto». L'esperienza maturata con l'applicazione di tale direttiva ha dimostrato inoltre che per il danneggiato è difficile ottenere il risarcimento del danno a causa sia delle limitazioni alla possibilità di presentare domande di risarcimento sia della difficoltà di raccogliere elementi di prova per dimostrare la responsabilità, soprattutto alla luce della crescente complessità tecnica e scientifica. Ciò riguarda anche le domande di risarcimento del danno in relazione alle nuove tecnologie. La revisione di tale direttiva promuoverebbe pertanto la diffusione e l'adozione di tali nuove tecnologie, compresa l'IA, riconoscendo nel contempo all'attore il medesimo livello di protezione indipendentemente dalla tecnologia interessata e a tutte le imprese maggiore certezza del diritto e condizioni di parità”.*

<sup>15</sup> Direttiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2024.

<sup>16</sup> Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024.

<sup>17</sup> Proposta 28.9.2022 COM(2022) 496 final, 2022/0303 (COD).

<sup>18</sup> Così si legge nel Programma di lavoro COM(2025) 45 final dell'11 febbraio 2025, 25 Annex IV, 26, reperibile al link [https://commission.europa.eu/publications/2025-commission-work-programme-and-annexes\\_en](https://commission.europa.eu/publications/2025-commission-work-programme-and-annexes_en).

La strategia regolativa non smentisce le premesse dell'UE nell'affrontare mercati e tecnologie all'insegna di una pluralità di obiettivi, o quantomeno di una duplicità di obiettivi destinati a tradursi in principi soggetti a bilanciamento: la spinta verso l'innovazione, in questo caso la piena digitalizzazione dell'economia anche e soprattutto con l'apporto dell'AI; e contestualmente la conferma di un approccio antropocentrico, in questo caso di piena protezione della persona eventualmente danneggiata, la cui tutela risulta via via compromessa dalle nuove tecnologie.

Più chiare in questa direzione erano le parole di presentazione della (ormai ritirata) Proposta di direttiva sulla responsabilità da AI:

*Nella proposta di legge sull'IA la Commissione ha elaborato norme volte a ridurre i rischi per la sicurezza e a tutelare i diritti fondamentali. Sicurezza e responsabilità sono due facce della stessa medaglia ... Le norme volte a garantire la sicurezza e a tutelare i diritti fondamentali ridurranno i rischi ... Nelle sue politiche in materia di IA la Commissione adotta un approccio olistico alla responsabilità proponendo adeguamenti alla responsabilità del produttore per danno da prodotti difettosi a norma della direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi<sup>19</sup>.*

Si delinea(va) così una visione che aspirava ad essere sistematica, in ragione della quale alla Direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi si affidava la disciplina della responsabilità oggettiva del produttore per prodotti difettosi, che determina un risarcimento per alcuni tipi di danni subiti principalmente da persone fisiche. Alla Direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale si affidava invece la disciplina delle azioni di responsabilità a livello nazionale, principalmente per colpa di una persona, nell'ottica di risarcire qualsiasi tipo di danno e qualsiasi tipo di danneggiato. I due atti erano concepiti come complementari nel quadro di un sistema generale di responsabilità civile efficace ed effettivo<sup>19</sup>; il quale adesso lascia interamente alla Direttiva PL la competenza regolativa in materia risarcitoria per i danni derivanti da sistemi di AI incorporati in prodotti che risultino qualificabili come difettosi; mentre rimane affidata alle legislazioni nazionali la tutela dei soggetti danneggiati da servizi basati sull'AI, pur se la complessità, l'opacità e l'autonomia del dispositivo di AI possono rendere difficile impostare l'azione di responsabilità, per la difficoltà di individuare il responsabile e dare la prova di un'azione o di un'omissione illecita (cosiddetto effetto *black box*).

Per maggior chiarezza espositiva, conviene dunque partire da una breve sintesi delle principali innovazioni introdotte con la Direttiva sui prodotti difettosi.

---

<sup>19</sup> Vedi il testo della Proposta di Direttiva AI Liability di cui in nota 17, 3.

## 4. segue. I contenuti della Direttiva *Product Liability*. Pillole di disciplina

In esordio, la Direttiva<sup>20</sup> dispone al considerando 2 che la responsabilità oggettiva degli operatori economici per i difetti dei prodotti messi in circolazione e per i danni causati alle persone fisiche, rimane l'unica soluzione adeguata per affrontare il problema di una giusta ripartizione del rischio inerente alla produzione tecnologica moderna. Un principio già collaudato, che adesso governa anche la responsabilità per i difetti riportati dai prodotti digitali<sup>21</sup>.

Ciò posto segnaliamo “in pillole” le seguenti novità.

a) Gli operatori economici responsabili del danno da prodotti difettosi non sono solo i fabbricanti del prodotto o di un suo componente, ma anche – se il fabbricante è stabilito fuori UE – l'importatore, il rappresentante o il fornitore di logistica (art. 8 Direttiva PL); e se questi sono stabiliti fuori UE lo è il distributore. Anche le piattaforme on line sono responsabili ai sensi del par. 4 dell'art. 8 e dell'art. 6 DSA, p. 3., quando consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con operatori commerciali, e in modo tale da indurre un consumatore medio a ritenere che le informazioni, o il prodotto o il servizio oggetto dell'operazione, siano forniti dalla piattaforma stessa<sup>22</sup>.

Con attenzione al permanente “cantiere” delle Corti, va menzionata a proposito dell'allargamento della platea dei potenziali responsabili, la giurisprudenza europea sul produttore apparente<sup>23</sup>, alla luce della quale “*deve essere ritenuto responsabile alla stregua del produttore il fornitore che, pur non apponendo il proprio nome, marchio o altro segno distintivo sul prodotto, utilizzi un nome, marchio o segno distintivo che sia in tutto o in parte uguale a quello del produttore*”.

<sup>20</sup> Sulla disciplina in esame, e sulla Direttiva, quando era ancora in fase di proposta, vedi gli interessanti contributi di RUMI, *La product liability*, cit., 25 ss.; BELLISARIO, voce *Responsabilità per i prodotti difettosi*, volume *Responsabilità civile*, cit., 1240; SIMONINI, *La responsabilità del fabbricante nei prodotti con sistemi di intelligenza artificiale*, in *Danno e resp.*, 2023, 435, 437 ss.; DI MARTINO, *Sulla natura della responsabilità per danno da prodotto difettoso*, ibidem, 2023, 363; DE PAMPHILIS, *Prodotti difettosi - Prodotto difettoso e responsabilità del fornitore*, in *Giur. it.*, 2024, 41.

<sup>21</sup> Nella nuova definizione di prodotto, di cui all'art.4, compaiono adesso anche l'elettricità, i file per la fabbricazione digitale, le materie prime e il software; mentre il file per la fabbricazione digitale è definito come “una versione digitale di un bene mobile o un modello digitale per un bene mobile contenente le istruzioni funzionali necessarie per produrre un bene tangibile consentendo il controllo automatizzato di macchine o strumenti”.

<sup>22</sup> In argomento, RUMI, *La product liability*, cit., 50 ss.; BELLISARIO, voce *Responsabilità*, cit., 1248, 1274 ss., e più specificamente DE MENECH, *Mercato digitale e danno da prodotti*, in *Jus civile*, 2024, 512.

<sup>23</sup> CGE, 7.7.2022, C-264/21 e ora 19 dicembre 2024, C-157/23, in *One legale*. Vedi anche l'ordinanza di Cass., 6 marzo 2023, n. 6568, che rimette alla Corte la relativa questione, in *Giur. It.*, 2024, 41, con commento di DE PAMPHILIS, *Prodotto difettoso*, cit., 42, e in *Resp. civ. prev.*, 2023, 1161, con nota di CIONI, *Il produttore apparente: alcuni spunti critici attendendo la Corte di Giustizia*. In argomento, anche FUSCO, *Questioni attuali sulla figura del «produttore apparente»*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2023 1415.

b) Il difetto rilevante (art. 7). Un prodotto è considerato difettoso se non offre la sicurezza che un consumatore può legittimamente attendersi o che è prevista dal diritto dell'Unione o nazionale<sup>24</sup>. Nella versione finale della Direttiva, scompare il riferimento al grande pubblico, ai fini della individuazione del parametro di difettosità, e resta quello al semplice consumatore<sup>25</sup>. In più, ai fini della sicurezza si può tenere conto di una serie di circostanze (art. 7, co. 2, lett. a - i), tra le quali meritano una menzione specifica quella che valorizza gli effetti sul prodotto della sua capacità di continuare a imparare o acquisire nuove funzionalità dopo la sua immissione sul mercato o messa in servizio (lett. c): circostanza che include i prodotti supportati da algoritmi intelligenti; e quella che tiene conto del momento in cui il prodotto è stato immesso sul mercato o messo in servizio oppure, qualora il fabbricante mantenga il controllo sul prodotto dopo tale momento, il momento in cui il prodotto è uscito dal controllo del fabbricante (lett. e): circostanza che rende più agevole il risarcimento dei danni lungolatenti, come adesso diremo.

Si inserisce in questo contesto anche il controverso tema della responsabilità per il danno generato da prodotti conformi agli standard normativi e ciononostante tali da produrre conseguenze pregiudizievoli sulle persone: si tratta della casistica dei danni da vaccini e dispositivi medici in generale, per i quali è frequente l'argomento, che trova la sua matrice nei postulati dell'analisi economica del diritto, inteso a far valere anche in questi casi la regola della *strict liability*, quale incentivo a superare i limiti della regola della diligenza consistente nella mera osservanza della regolamentazione pubblica. La giurisprudenza della Corte di giustizia e quella nazionale sui danni da vaccini, corredano spesso la regola di responsabilità con il criterio della evidenza statistica e scientifica e del *più probabile che non*, per costruire oggettivamente il nesso di causalità, senza incedere nella mera valorizzazione degli elementi del caso concreto<sup>26</sup>.

c) Esenzione dalla responsabilità (art. 11). La norma riporta le tradizionali esimenti legate alla non immissione o messa a disposizione del prodotto sul mercato, o alla non esistenza del difetto in tali momenti; ma la lett. e sull'esimente "rischio da sviluppo" fa sì che l'operatore economico debba darne la prova con riferimento non solo al momento dell'immissione del prodotto sul mercato o della messa in servizio, ma anche a tutto il

<sup>24</sup> BELLISARIO, voce *Responsabilità*, cit., 1252.

<sup>25</sup> Su questo aspetto, come su altri, ampiamente RUMI, *La product liability*, cit., 41, 43 ss., che valorizza l'effetto di oggettività che tale parametro potrebbe conferire alla valutazione di difettosità.

<sup>26</sup> In argomento RUMI, *La product liability nell'era dell'AI*, cit., 46-49, con ampie citazioni di giurisprudenza; nonché CIONI, *L'influenza indiretta del diritto europeo: il caso dei danni cagionati dai prodotti pericolosi. Spunti per una riscoperta dell'articolo 2050 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 956, 961 ss.; FUSARO, *Il danno da vaccino (difettoso): prova scientifica e libero convincimento del giudice*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 912, in commento a Cass., 18 novembre 2022, n. 34027, sulla distinzione tra vaccino pericoloso e vaccino difettoso; CORRADO, *Dalla "causalità generica" alla "causalità specifica" per la prova del danno da vaccino. Il controverso ricorso agli elementi indiziari*, in *Danno e resp.*, 2023, 291, in commento alla medesima decisione.

periodo in cui il fabbricante ha mantenuto il controllo sul prodotto. Mentre il comma 2 estende la responsabilità dell'operatore, sospendendo l'esimente del rischio da sviluppo, se il carattere difettoso di un prodotto è dovuto a uno degli elementi indicati dalla norma, a condizione che il prodotto sia sotto il controllo del fabbricante<sup>27</sup>. Infine, l'art.18 rende possibile agli Stati mantenere o inserire la deroga all'esonero da responsabilità basato sui rischi di sviluppo.

d) Onere della prova a carico del danneggiato. L'art.10 introduce talune novità nella disciplina dell'onere della prova, classicamente attribuita all'attore quanto al difetto, al danno e al nesso di causalità, ma alleggerita attraverso la previsione di una serie di presunzioni sia del carattere difettoso del prodotto, che del nesso di causalità tra difetto e danno. L'alleggerimento dell'onere probatorio è peraltro legato alla nuova disciplina sull'obbligo di divulgazione degli elementi di prova posto a carico del convenuto dal precedente art. 9. Il nuovo assetto probatorio funziona nel modo che segue.

Si presume il carattere difettoso del prodotto se l'attore dimostra la mancanza dei requisiti legali di sicurezza, ovvero il malfunzionamento dello stesso in condizioni ordinarie e secondo l'uso ragionevolmente prevedibile (co. 2, lett. b, c); ma anche se il convenuto omette di divulgare i pertinenti elementi di prova (lett. a).

Si presume invece il nesso di causalità “nel caso in cui sia stato provato che il prodotto è difettoso e che la natura del danno cagionato è compatibile con il difetto in questione”.

Infine, il co. 4 dell' art. 10 prevede che – nonostante la divulgazione –, il giudice possa presumere il difetto e/o il nesso di causalità se: a)l'attore incontra difficoltà eccessive, in particolare a causa della complessità tecnica o scientifica, nel provare il carattere difettoso del prodotto o il nesso di causalità tra il carattere difettoso e il danno o entrambi; e b)l'attore dimostri che è probabile che il prodotto sia difettoso o che esista un nesso di causalità tra il carattere difettoso del prodotto e il danno, o entrambi<sup>28</sup>.

La nuova disciplina porta a compimento l'indirizzo assunto in materia probatoria dalla celebre decisione della Corte di giustizia nel caso Sanofi Pasteur<sup>29</sup>, nella quale la

<sup>27</sup> Precisamente questi elementi: a) un servizio correlato; b) software, compresi aggiornamenti o migliorie; c) la mancanza degli aggiornamenti o delle migliorie del software necessari per mantenere la sicurezza; d) una modifica sostanziale del prodotto.

<sup>28</sup> Sull'utilizzo processuale delle presunzioni si veda, per un'impostazione generale, il volume *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità*, a cura di PATTI e POLL, Torino, 2022, in particolare i due contributi introduttivi dei curatori, 3, 26; e il saggio di TASSONE, *Lo standard probatorio del “più probabile che non” e il ragionamento presuntivo*, 323. Sulle presunzioni nella disciplina del danno da prodotti vedi poi BELLISARIO, voce *Responsabilità*, cit., 273, 1276 ss.; RUMI, *La product liability*, cit., 63 ss.; e da ultimo BENNACCHIO, *L'Unione Europea e il diritto privato*, Padova, 2024, 259 ss.; BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Padova, 2024, 647 ss.; e per applicazioni specifiche MARSICO, *Profili ricostruttivi e dogmatici in tema di responsabilità civile nella filiera agroalimentare*, in *Danno e Resp.*, 2024, 671.

<sup>29</sup> Sentenza del 21 giugno 2017, causa C-621/15, in *Danno e resp.*, 2017, 668, con nota di BITETTO MURGOLO, riferita anche a Cass., 25 luglio 2017, n. 18358, *ibidem*, 675.



Corte stabilisce che in caso di assenza di consenso scientifico circa il nesso tra la somministrazione del vaccino e l'insorgere della malattia (nello specifico la distrofia muscolare) il giudice di merito, chiamato a pronunciarsi su una richiesta di risarcimento danni, può, nell'esercizio del suo libero apprezzamento, ritenere che alcuni elementi invocati dal ricorrente costituiscano indizi gravi, precisi e concordanti circa l'esistenza di un nesso di causalità tra il difetto del vaccino e l'insorgere della malattia, senza che ciò costituisca una violazione dell'art. 4 della direttiva 85/374/CEE. Tuttavia, i giudici nazionali devono assicurarsi che l'applicazione che danno di tale regime non violi l'onere della prova che, in base al su richiamato art. 4, grava sul danneggiato<sup>30</sup>.

e) Divulgazione degli elementi di prova a carico del convenuto (Art. 9). Innovativa nel nuovo modello di alleggerimento della posizione dell'attore danneggiato, questa previsione introduce la cosiddetta *discovery*, un diritto di accesso alle informazioni utili a vantaggio di chi *“ha presentato fatti e prove sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda di risarcimento”* ed a carico del convenuto, *“tenuto a divulgare i pertinenti elementi di prova a sua disposizione”*, fatte salve le condizioni di cui allo stesso articolo. Queste ultime si condensano nelle regole della necessità e proporzionalità della divulgazione (par. 3), e nella protezione delle informazioni riservate e dei segreti commerciali (par. 4). Ove il convenuto ometta la richiesta divulgazione, scatta la presunzione di difettosità del prodotto (art. 10, par. 2, lett. a)<sup>31</sup>.

f) Prescrizione e scadenza. Nella consapevolezza della difficoltà di esercitare l'azione di risarcimento, specie in presenza di danni cosiddetti lungolatenti, gli artt. 16 e 17 disciplinano sia la prescrizione dell'azione, il cui termine triennale decorre dal giorno in cui il danneggiato ha avuto o avrebbe ragionevolmente dovuto avere conoscenza del danno, del difetto e dell'identità del responsabile; sia la scadenza definitiva dell'azione, fissata in 10 anni dalla data in cui il prodotto è stato immesso o messo a disposizione sul mercato, o da quella in cui un prodotto modificato è stato messo a disposizione sul mercato a seguito della modifica sostanziale; e in 25 anni per i danni personali lungolatenti<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Sulla decisione della Corte, la prima in questa materia, vedi i commenti di FUSARO, *Il danno da vaccino (difettoso)*, cit., 914 ss.; PUCCELLA, *Danno da vaccini, probabilità scientifica e prova per presunzioni*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1810; BITETTO, *Prova del difetto (del vaccino) e presunzione nella responsabilità del produttore*, in *Foro it.*, 2017, IV, 535. Una efficace sintesi in RUMI, *La product liability*, cit., 48 ss., tutti con vari accenti critici sul tema della discrezionalità dei giudici nell'apprezzamento degli indizi.

<sup>31</sup> Sulla nuova regola, e sulla discrezionalità introdotta dalla formula generica della *“plausibilità”* della domanda di risarcimento, vedi BELLISARIO, voce *Responsabilità*, cit., 1279; RUMI, *La product liability*, cit., 62.

<sup>32</sup> Sulla questione dei danni lungolatenti vedi da ultimo JACINTO, *La prescrizione del risarcimento per i danni da somministrazione di talidomide (ovvero della “probatio diabolica”)*, in *Danno e Resp.*, 2024, 469, in commento a Cass., 24 gennaio 2024, n. 2375 (per la quale il termine di prescrizione del diritto al risarcimento dei danni subiti nella fase di vita prenatale del danneggiato, a causa dell'assunzione da parte

## 5. segue. Il cosiddetto “Pacchetto AI”

Sono ben noti e condivisi gli elementi caratteristici dei sistemi di AI che incidono sulla funzionalità dell'istituto della responsabilità civile, e che sinteticamente riguardano l'opacità, l'autonomia e la loro imprevedibilità circa gli output rilasciati a seguito dell'autoapprendimento<sup>33</sup>. Circostanze che rendono assai problematica e incerta la ricerca del soggetto responsabile lungo il ciclo di vita del prodotto. Questa consapevolezza ha indotto l'UE – prima del recente ritiro della Direttiva AI – a strutturare il meccanismo di protezione delle persone e dei loro diritti lungo un doppio binario di responsabilità<sup>34</sup>:

- una responsabilità oggettiva – per così dire – *ex ante* costruita sul principio di *accountability*, in ragione della quale il soggetto responsabile dei danni generati da sistemi ad alto rischio è quello che ha il controllo della sicurezza del prodotto nel momento in cui il danno si produce, cioè la persona in grado di minimizzare i rischi proporzionalmente al controllo esercitato. Questo binario è ancora formalizzato attraverso la complementarità tra il Regolamento AI Act e la Direttiva PL, l'uno in quanto fonte degli obblighi di organizzazione e condotta dei gestori dei sistemi di AI, l'altra in quanto fonte della responsabilità oggettiva anche per i difetti dei prodotti supportati da AI. Saranno le Corti a gestire la combinazione delle norme dei due atti<sup>35</sup>.

---

della gestante di farmaci ad effetti teratogeni contenenti talidomide, decorre, di regola, dalla presentazione della domanda amministrativa di erogazione dell'indennizzo di cui all'art. 1, L. n. 229 del 2005, salvo che il danneggiante provi, anche in via presuntiva, che la consapevolezza del danneggiato circa il nesso causale tra l'assunzione del farmaco e la condizione di disabilità o la menomazione era maturata in epoca anteriore); nonché GOBBI, *Illecito e danno lungolatente*, in *Contratto e impresa*, 2024, 424; LEPORE, *La decorrenza della prescrizione e i crediti risarcitori per danni lungolatenti*, in *Giur. It.*, 2022, 2793.

<sup>33</sup> Ciò è quanto ufficialmente si legge(va) nella già presentata e ora ritirata Proposta di Direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale, Considerando n. 3. In letteratura, vedi *ex multis* CARNAT, voce *Intelligenza artificiale e responsabilità civile*, in *Enc. del Diritto, I Tematici, Responsabilità civile*, Milano, 2024, 655, 658 ss.; BELLISARIO, *Responsabilità per prodotti difettosi*, cit., 1277; MONATERI, *Il walzer degli algoritmi e la responsabilità civile nell'era digitale*, in *Danno e resp.*, 2024, 269; SCOTTO DI CARLO, *La responsabilità connessa all'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale*, in *Danno e resp.*, 2024, 421; SIMONINI, *La responsabilità del fabbricante nei prodotti con sistemi di intelligenza artificiale*, ibidem, 2023, 435; DI GREGORIO, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile: quale paradigma per le nuove tecnologie?*, ibidem, 2022, 51; GENTILI, *Regole per l'intelligenza artificiale*, in *Contr. e impresa*, 2024, 1043; BELLISARIO, *Il pacchetto europeo sulla responsabilità per danni da prodotti e da intelligenza artificiale. Prime riflessioni sulle Proposte della Commissione*, in *Danno e resp.*, 2023, 153; D'ALESSANDRO, *Danni «da robot» (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 805; CAROCCIA, *Ancora su responsabilità civile e uso delle intelligenze artificiali*, in *Contr. e impresa*, 2022, 408; e da ultimo i saggi di BAZZONI, IPPOLITI MARTINI e CEVOLANI, contenuti nel volume *La volontà macchinica*, con *Presentazione* di DALLA MASSARA e AL MUREDEN, Pisa, 2024, rispettivamente a 69, 103, 141.

<sup>34</sup> CARNAT, *Intelligenza artificiale*, cit., 663 ss.

<sup>35</sup> Sul regolamento AI Act, rimandiamo per una serie di commenti avanzati prima della emanazione al volume *La via europea per l'Intelligenza artificiale*, a cura di CAMARDI, Milano, 2022; e poi a CAROTTI, *Le finzioni dell'intelligenza senza corpo, o dell'AI Act*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2025, 31

- una responsabilità *ex post* per colpa costruita sul principio della negligenza, per tutti i danni che non possono essere coperti dalla responsabilità oggettiva, entro i contorni di un regime di responsabilità non basato su difetti del prodotto, e quindi in grado di superare i confini del danno risarcibile previsti dalla Direttiva PL. Da questa combinazione scaturivano i contenuti della Proposta di direttiva AI del 2022 COM(2022) 496 final, poi ritirata, diretti ad un alleggerimento dell'onere probatorio posto a carico dell'attore danneggiato<sup>36</sup>.

Le regole previste concernevano, ancora una volta sulla scia della Direttiva PL, la divulgazione di elementi di prova relativi a sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio, intesa a consentire all'attore in un'azione civile di responsabilità extracontrattuale per colpa (mancato rispetto degli obblighi di diligenza richiesti dalla normativa UE o da quella nazionale) di motivare adeguatamente la domanda di risarcimento del danno; e più in generale una semplificazione dell'onere della prova attraverso la tecnica delle presunzioni (art. 1).

Ed infatti, per un verso l'art. 3 della proposta disciplinava la possibilità per il giudice di ordinare al fornitore o all'utente la divulgazione degli elementi di prova pertinenti di cui dispone in relazione a un determinato sistema di IA ad alto rischio che si sospetta abbia cagionato il danno, e ciò su richiesta dell'attore<sup>37</sup>; dall'altro, la stessa norma prevedeva che la mancanza di *compliance* all'ordine di divulgazione generasse presunzione di colpa<sup>38</sup>. Inoltre, in base all'art. 4 il giudice presume il nesso di causalità tra colpa e danno, anche nel caso in cui già la colpa sia stata presunta alla stregua del precedente articolo, allorchè si verificano alcune circostanze, alcune delle quali probabilistiche, ed altre basate sulla mera prova anche di una sola omissione delle condotte dovute dai soggetti volta a volta convenuti, dal fornitore al *deployer*, allorchè sia la stessa normativa dell'AI Act a prevederle e ad imporle ai gestori dei sistemi ad alto rischio<sup>39</sup>.

Ma tale proposta di normativa, nel contesto della quale una presunzione è idonea a generarne un'altra, non sarà al momento diritto positivo. Le ragioni del ritiro non sono state esplicitate, ma riflettendo anche soltanto nell'ottica del raggio amplissimo di applicazione della normativa europea sui dati personali e sull'economia digitale se ne possono intuire alcune. Ad esempio, quelle legate al richiamo di un possibile eccesso di deterrenza indotto da una disciplina severa, che inevitabilmente incide con altrettanta forza sulla libertà di azione dei grandi agenti del digitale, spesso nemmeno stabiliti nell'Unione, e sulla competitività degli operatori più piccoli. Insomma, una crepa nella visione netta-

<sup>36</sup> Su questi punti, RUMI, *Product liability*, cit., 74, 87 ss.

<sup>37</sup> Il quale deve presentare a sostegno di tale richiesta fatti e prove sufficienti a sostenere la *plausibilità* della domanda di risarcimento del danno.

<sup>38</sup> "L'organo giurisdizionale nazionale presume, in particolare nelle circostanze di cui all'articolo 4, paragrafo 2 o 3, la non conformità a un pertinente obbligo di diligenza da parte del convenuto, che gli elementi di prova richiesti erano intesi a dimostrare ai fini della domanda di risarcimento del danno". Così al par. 5.

<sup>39</sup> Espone bene queste previsioni RUMI, *La product liability*, cit., 88, 90 ss.

mente antropocentrica già sancita dall'AI Act e un cedimento ad istanze maggiormente liberiste. Ciò non significa, ovviamente, che le fattispecie di danno provocate da condotte e circostanze non rientranti nell'ambito di applicazione della Direttiva PL resteranno senza rimedio: si applicheranno infatti le discipline nazionali della responsabilità civile, e in Italia, a seconda dei casi, anche quelle basate su criteri oggettivi di imputazione della responsabilità, dall'art. 2049 in poi<sup>40</sup>, come pure le altre discipline all'uopo evocabili, come quella sui dati personali. Così dandosi luogo ad un modello misto nelle fonti e nelle soluzioni<sup>41</sup>.

Sul piano applicativo, pertanto, dovrà inserirsi in questo composito quadro anche lo spinoso tema della profilazione, attività sempre considerata ad alto rischio secondo i dettami dell'AI Act, quando non vietata se contrasta con la presunzione di innocenza<sup>42</sup>. Ad esempio, casi come quello trattato dalla Corte di Giustizia Europea in una recente decisione in tema di calcolo del *credit scoring* attraverso l'adozione di tecniche che ricorrono all'ausilio dell'intelligenza artificiale, e che si sono correttamente inquadrate nell'art.22 del GDPR, adesso dovranno inquadarsi nella regolazione dei sistemi di AI ad alto rischio, ma senza l'ombrello di una disciplina uniforme della responsabilità per danni<sup>43</sup>. Ugualmente per i casi riconducibili al cosiddetto *rating* reputazionale, che la nostra

<sup>40</sup> Vedi RUMI, *La product liability*, cit., 95 ss. Più in generale si veda poi SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile ed intelligenza artificiale: quali soluzioni per quali problemi?*, in *Resp. civ e previdenza*, 2023, 1073; PROIETTI, *Definire L'indefinibile? I sistemi di intelligenza artificiale alla ricerca di un inquadramento sistematico*, in *Contr. e impresa*, 2024, 882; SCOTTO DI CARLO, *La responsabilità connessa all'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale*, cit.; ARNAUDO e PARDOLESI, *Ecce robot. Sulla responsabilità dei sistemi adulti di intelligenza artificiale*, in *Danno e Resp.*, 2023, 409; SIMONINI, *La responsabilità del fabbricante nei prodotti con sistemi di intelligenza artificiale*, *ibidem*, 435; FACCIOLE, *Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2023, 732.

<sup>41</sup> A queste soluzioni rimane dunque sottoposta la complessa materia della responsabilità per la circolazione di veicoli driverless, sulla quale vedi RUMI, *La product liability*, cit., 105 ss.; CALABRESI, AL MUREDEN, *Driverless cars. Intelligenza artificiale e futuro della mobilità*, Bologna, 2021; AL MUREDEN, voce *Responsabilità da circolazione di veicoli*, in *Responsabilità civile*, cit., 1052. Più in generale, poi, D'ADDA, *Danni "da robot" (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 805.

<sup>42</sup> Art. 6, par. 3 AI Act. Sul tema della classificazione dei sistemi di AI, ampiamente, CARNAT, *Intelligenza artificiale*, cit., 668 ss.; e sulla profilazione PARENZO, *La profilazione algoritmica*, cit., 21 ss.

<sup>43</sup> Corte di Giustizia, 7 dicembre 2023, Causa C-634/21, che reca la seguente conclusione: "il calcolo automatizzato, da parte di una società che fornisce informazioni commerciali, di un tasso di probabilità basato su dati personali relativi a una persona e riguardanti la capacità di quest'ultima di onorare in futuro gli impegni di pagamento costituisce un "processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche", ai sensi di tale disposizione, qualora da tale tasso di probabilità dipenda in modo decisivo la stipula, l'esecuzione o la cessazione di un rapporto contrattuale con tale persona da parte di un terzo, al quale è comunicato tale tasso di probabilità". Si veda al proposito il commento di D'ORAZIO, *Il credit scoring e l'art. 22 del GDPR al vaglio della Corte di giustizia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 410. Più in generale, DI SABATO, *Tecnologia algoritmica e attività negoziale smart*, in *Contratto e impresa*, 2024, 360, 362 ss.

Corte di Cassazione reputa lecito quando l'interessato abbia avuto conoscenza delle modalità del procedimento e prestato un valido e libero consenso al suo utilizzo<sup>44</sup>.

## 6. La responsabilità delle piattaforme digitali di *hosting*

Altro interessante settore di analisi, di rilievo ai fini della costruzione dei modelli europei di responsabilità civile, è quello della responsabilità delle piattaforme digitali, non per i difetti dei prodotti dei quali consentono lo scambio, bensì specificamente per il transito e l'hosting dei contenuti che veicolano.

Dalla prima fase di regolazione europea dell'economia del web, quella del Commercio elettronico e dei cosiddetti intermediari di servizi elettronici – ISP –, all'attuale fase di regolazione del più complesso mercato digitale con discipline uniformi, la nozione che viene in rilievo è quella di *piattaforma on line*, definita dal DSA come un *servizio di memorizzazione di informazioni che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde informazioni al pubblico*<sup>45</sup>.

Nel limitato contesto del ragionamento che qui si propone, l'elemento da notare è quello per cui, sebbene il DSA abbia introdotto una logica di *accountability* assai pronunciata nei rapporti verticali tra la piattaforma e gli utenti, ed abbia dunque regolato puntualmente obblighi di condotta e di *disclosure* da reclamare in un contesto di responsabilità contrattuale<sup>46</sup>; per quanto concerne invece la responsabilità verso i terzi per i contenuti illegali eventualmente trasportati od ospitati e memorizzati, la logica dell'UE è tendenzialmente garantista e liberale. La preoccupazione della Commissione è stata infatti sempre quella, sin dalla prima direttiva del 2000, di prendere le distanze dal principio della responsabilità oggettiva – tanto rafforzato nelle materie prima indicate – e di

<sup>44</sup> Cass., sez. I – ordinanza 10 ottobre 2023, n. 28358, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 408, con Commento di BRUTTI, *Mito del consenso e rating reputazionale*, 402. Sull'utilizzo professionale dello *scoring* vedi anche BATTELLI, *Insurtech ed evoluzione dell'offerta di polizze sanitarie: tra innovazione tecnologica e nuovi servizi assicurativi in campo medico*, in *Contr. E impresa*, 2022, 52.

<sup>45</sup> Art. 6, lett. i, REGOLAMENTO (UE) 2022/2065 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali). Sulle piattaforme on line vedi, fra i tanti, SCROFANI, *Il ruolo e la responsabilità degli Internet Service Provider nella "Post-Truth Era"*, in *Danno e resp.*, 2024, 553; CACCIOPPO, *Personalità (Diritti della) - Osservazioni in chiave pubblicistica sui provvedimenti restrittivi delle piattaforme digitali*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2023, 816; BUTTARELLI, *La regolazione delle piattaforme digitali: il ruolo delle istituzioni pubbliche*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2023, 116; CAMARDI, *"Gigantismo" e disuguaglianze nell'economia dei dati. Appunti sulla governance europea delle relazioni digitali*, in *Ianus Diritto e Finanza*, 2023, 59 ss., e già, ID., *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Jus civile*, 2021, 870 ss.; SOLINAS, *Responsabilità civile e piattaforme digitali*, in *Enc. Del diritto, volume Responsabilità civile*, cit., 964.

<sup>46</sup> SAAVEDRA SERVIDA, *La responsabilità degli internet service provider: dal safe harbour al principio di accountability*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2024, 135; SOLINAS, *Responsabilità civile e piattaforme digitali*, cit., 968.

evitare di attribuire alle piattaforme il potere di controllare ed eventualmente censurare o rimuovere i contenuti illegali. Si conferma così nel DSA – artt. 4, 5,6 – la tecnica certamente non limpida di esenzione da responsabilità, piuttosto che quella più normale di definizione dei presupposti della eventuale responsabilità, per il trasporto di contenuti illegali, e ciò alla luce del principio di cui all'art.8, significativamente denominato *Assenza di obblighi generali di sorveglianza o di accertamento attivo dei fatti che indichino attività illegali*. Il principio opera nei confronti dei terzi danneggiati dalla circolazione dei contenuti illegali caricati dai destinatari dei servizi delle piattaforme, introducendo semmai dispositivi di responsabilità soggettiva per colpa<sup>47</sup>.

Vi è tuttavia una novità che relativizza questo assetto. Ed è la previsione della cosiddetta *attività di moderazione dei contenuti* a carico delle piattaforme nei confronti dei destinatari titolari dei contratti. L'art. 3 lett. t, definisce questa attività nei seguenti termini: *le attività, automatizzate o meno, svolte dai prestatori di servizi intermediari con il fine, in particolare, di individuare, identificare e contrastare contenuti illegali e informazioni incompatibili con le condizioni generali, forniti dai destinatari del servizio, comprese le misure adottate che incidono sulla disponibilità, sulla visibilità e sull'accessibilità di tali contenuti illegali o informazioni*. Come è stato giustamente sottolineato<sup>48</sup>, questa attività si riverbera sulle clausole dei contratti di servizio tra fornitore e destinatario della piattaforma di cui alla lett.u del richiamato art. 3, e all'art. 14 del DSA<sup>49</sup>, introducendo forme di intervento e di eventuale restrizione dei contenuti caricabili *on line*; mentre l'art. 16 prevede che i prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni predispongano meccanismi per consentire a qualsiasi persona o ente di notificare loro la presenza nel loro servizio di informazioni specifiche che tale persona o ente ritengono costituiscano contenuti illegali, introducendo un meccanismo di *notice and action*. Il par. 3 aggiunge che *“Si considera che le segnalazioni di cui al presente articolo permettono di acquisire una conoscenza o consa-*

<sup>47</sup> In argomento, per tutti, ampiamente, PIRAINO, *La responsabilità dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti online*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 146; ASTONE, *Digital services act e nuovo quadro di esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari: quali prospettive?*, in *Contr. e Impresa*, 2022, 1050; RICCIO, *Responsabilità delle piattaforme e sistemi di filtraggio: quale destino per la normativa italiana sul diritto d'autore?*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2022, 1032; SOLINAS, *Responsabilità civile e piattaforme digitali*, cit., 972 ss.

<sup>48</sup> Ancora, intelligentemente, SOLINAS, *Responsabilità civile e piattaforme digitali*, cit., 979 ss.

<sup>49</sup> Il par. 1 dell'art. 14 dispone che *“I prestatori di servizi intermediari includono nelle loro condizioni generali informazioni sulle restrizioni che impongono in relazione all'uso dei loro servizi per quanto riguarda le informazioni fornite dai destinatari del servizio. Tali informazioni riguardano tra l'altro le politiche, le procedure, le misure e gli strumenti utilizzati ai fini della moderazione dei contenuti, compresi il processo decisionale algoritmico e la verifica umana, nonché le regole procedurali del loro sistema interno di gestione dei reclami. Sono redatte in un linguaggio chiaro, semplice, comprensibile, facilmente fruibile e privo di ambiguità e sono disponibili al pubblico in un formato facilmente accessibile e leggibile meccanicamente”*. Sul punto, GRAZZINI, *Piattaforme e content moderation - Fake news e disinformazione*, in *Giur. It.*, 2024, 491; AMIDEI, *Piattaforme e content moderation - Vecchi e nuovi problemi in tema di motori di ricerca, tra oblio e informazione*, *ibidem*, 466.

pevolezza effettiva ai fini dell'articolo 6 in relazione alle specifiche informazioni in questione qualora consentano a un prestatore diligente di servizi di memorizzazione di informazioni di individuare l'illegalità della pertinente attività o informazione senza un esame giuridico dettagliato".

Nella sostanza, tali segnalazioni incrementano di fatto i casi in cui il prestatore di servizi di hosting viene a conoscenza della presenza di contenuti illegali, e può pertanto essere considerato responsabile se non agisce di conseguenza, ai sensi dell'art. 17, adottando nei confronti del destinatario le misure che lo stesso articolo prevede gli debba comminare con adeguata motivazione<sup>50</sup>.

Questa normativa, accentuata nei confronti delle cosiddette piattaforme di grandi dimensioni (art. 33 ss. DSA), indirettamente farebbe dell'intermediario un soggetto incaricato di governare la legalità della rete<sup>51</sup>; sebbene questo ruolo non risulti corredato della disciplina della sua responsabilità nei confronti dei terzi, che rimane disciplinata "in negativo" dall'art. 6 DSA, e retta dal citato principio di cui all'art. 8, che esclude l'esistenza di un obbligo generale di sorveglianza.

In questo contesto, è motivo di interesse il considerando n. 18 del DSA, il quale prevede che l'esenzione da responsabilità non dovrebbe applicarsi allorché, "anziché limitarsi a una fornitura neutra dei servizi mediante un trattamento puramente tecnico e automatico delle informazioni fornite dal destinatario del servizio, il prestatore di servizi intermediari svolga un ruolo attivo atto a conferirgli la conoscenza o il controllo di tali informazioni". Un'allusione alla posizione del cosiddetto *hosting provider* attivo, figura controversa di intermediario non neutrale, già elaborata dalla giurisprudenza della CGE e poi dalla giurisprudenza nazionale proprio allo scopo di restringere le ipotesi di esonerazione da responsabilità verso i terzi<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> E precisamente: a) eventuali restrizioni alla visibilità di informazioni specifiche fornite dal destinatario del servizio, comprese la rimozione di contenuti, la disabilitazione dell'accesso ai contenuti o la retrocessione dei contenuti; b) la sospensione, la cessazione o altra limitazione dei pagamenti in denaro; c) la sospensione o la cessazione totale o parziale della prestazione del servizio; d) la sospensione o la chiusura dell'account del destinatario del servizio.

<sup>51</sup> Così SOLINAS, *Responsabilità civile*, cit., 981.

<sup>52</sup> Il riferimento è a Corte di giustizia UE, 7 agosto 2018, C-521/17, Corte giust. UE, 23.3.2010, cause riunite C-236/08 e C-238/08, e Corte giust. UE, 12.7.2011, causa C-324/09. Mentre in Italia la sentenza pilota è Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, in *Giur. it.*, 2019, p.2604, con nota di BOCCHINI, *La responsabilità civile plurisoggettiva, successiva ed eventuale dell'ISP*, il quale ricorda come la figura del provider attivo sia stata elaborata a seguito del caso RTI contro Yahoo, con il quale veniva affermato il principio secondo cui l'associazione di messaggi pubblicitari ai contenuti immessi in rete dagli utenti, i cui proventi concorrono a finanziare l'attività del prestatore di servizi, dovevano essere qualificati come servizi di hosting attivo, così ` esorbitando da qualsiasi posizione di pretesa neutralità del prestatore e rendendo inapplicabile la disciplina di cui all'art. 16, D. Lgs. n. 70/2003. Altre attività, quali l'indicizzazione dei contenuti, la selezione ed organizzazione dei contenuti, il filtraggio e la profilazione dell'utente, integrerebbero la figura dell'hosting attivo. Esprime invece perplessità per questo orientamento TORMEN, *La linea dura della Cassazione in materia di responsabilità dell'hosting provider (attivo e passivo)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1039, sul presupposto

## 7. Il danno climatico. Altre prospettive... ed una considerazione di chiusura

Un ultimo tema al quale faccio un brevissimo riferimento di chiusura, è quello del danno climatico, evocato in un recente studio<sup>53</sup>, nel quale si mettono a fuoco in chiave critica sia lo stesso tema del danno climatico, figura definita *catastrofale* e ritenuta non assimilabile a quella del danno ambientale<sup>54</sup>, sia le esperienze della *climate change litigation*, ritenute non adeguate rispetto alle specifiche caratteristiche del danno climatico. Quest'ultimo, invero, in quanto danno globale, a temporalità intergenerazionale, di natura incrementale, *diveniente* e non futuro, irrisarcibile, non si presta ad essere formalizzato nelle maglie della responsabilità civile basata sulla soddisfazione di diritti soggettivi "appropriativi" lesi da una condotta illecita determinata. Anzi, proprio l'abbandono della dogmatica appropriativa, più esattamente l'evasione dalla prigione appropriativa, costituisce, nella riflessione di questo A., il punto di partenza per ripensare il danno climatico. La ricostruzione avviene alla luce di una categoria nuova, quella dei "diritti trans-soggettivi", l'azione del cui titolare non ritorna su se stesso, ma si collega a forme di godimento plurimo e di esperienza collettiva<sup>55</sup>, altresì postulando un rimedio non risarcitorio, nel senso tradizionale, quanto piuttosto un rimedio *rigenerativo*. Un rimedio tramite il quale, nella logica già espressa dall'art. 2058 cod. civ., il convenuto potrà essere condannato ad un "fare", precisamente potrà/dovrà attivare un piano di mitigazione del rischio, eliminare le immissioni nocive, investire in tecnologie alternative etc. Insomma: interrompere il precedente ciclo distruttivo<sup>56</sup>.

---

che il principio di esenzione da responsabilità svolge la funzione cruciale di favorire lo sviluppo di uno spazio libero di comunicazione e di informazione. Sul punto vedi anche SOLINAS, *Responsabilità civile*, cit., 976, 982, 983 ss., secondo la quale quella del provider sarebbe un'ipotesi di responsabilità per colpa, la cui fattispecie costitutiva si troverebbe fuori del DSA, e precisamente nel diritto nazionale, nell'art. 2043 del nostro codice.

<sup>53</sup> FEMIA, voce *Responsabilità civile e climate change litigation*, nel volume *Responsabilità civile*, cit., 847 ss.

<sup>54</sup> Per tutti, SALANITRO, voce *Danno ambientale e responsabilità civile*, *ibidem*, 200 ss. Il modello di responsabilità introdotto dalla Direttiva del 21 aprile 2004, n. 2004/35 è di tipo oggettivo – salve alcune esimenti – per i danni causati alle specie e agli habitat protetti, alle acque e al terreno, da un'attività professionale pericolosa per l'ambiente; ed è poi per colpa se i danni derivano da attività non pericolosa ed a seguito di comportamenti colposi o dolosi dell'agente.

<sup>55</sup> FEMIA, voce *Responsabilità civile*, cit., 867 ss.

<sup>56</sup> FEMIA, voce *Responsabilità civile*, cit., 872 ss., ove l'A. evoca il magistero e la scuola di Gunther Teubner per una riflessione più attentamente dedicata ai risvolti processuali di questa (suggestiva e forse anche visionaria) ricostruzione. Sul danno climatico vedi anche CONTE, *Per una teoria civilistica del danno climatico. Interessi non appropriativi, tecniche processuali per diritti trans-soggettivi, dimensione intergenerazionale dei diritti fondamentali*, in DPCE online, 2023, 669; GHIENELLI, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso climatico: c'è un giudice per il clima?*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2021, 1273 ss.; MONTEROSSO, *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile*, Pisa, 2020, 84, 111, 289 ss.



Ora, che questa visione – per così dire rovesciata – della responsabilità civile possa imputarsi alle logiche impresse alle strategie del *Green deal* dell'UE<sup>57</sup>, è questione tutta da verificare. Un elemento che va a tal fine attentamente considerato, pertanto, nell'ottica di delineare il modello, o i modelli europei, di responsabilità civile, attiene ancor più radicalmente alla sufficienza della responsabilità quale dispositivo idoneo a garantire l'effetto perseguito della mitigazione dei cambiamenti climatici, attraverso la predisposizione di rimedi reattivi, e comunque tipicamente *ex post*. Il dubbio è se accanto ad un siffatto dispositivo rimediale non debba affiancarsi anche in questo caso un potente strumentario di *accountability*, in una logica di precauzione/prevenzione fortemente incentrata sull'imposizione di obblighi di fare in capo ai soggetti la cui attività genera rischi di danno climatico.

A dire il vero, ciò è quanto sembrerebbe emergere dai contenuti della nuova Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2024/1760, del 13 giugno 2024, relativa al *Dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità*. Essa pone a carico delle società individuate nell'art. 2 e seguenti<sup>58</sup> una serie di "obblighi":

- rispetto agli impatti negativi sui diritti umani e agli impatti ambientali negativi, siano essi effettivi o potenziali;
- rispetto all'adozione e attuazione di un piano di transizione per la mitigazione dei cambiamenti climatici volto a garantire, con il massimo impegno possibile, la compatibilità del modello e della strategia aziendali della società con la transizione verso un'economia sostenibile e con la limitazione del riscaldamento globale a 1,5 °C.

Tutti gli obblighi incombenti sulle società e sui partner che costituiscono le relative catene di attività sono dettagliatamente normati negli articoli da 7 a 16, e includono tutti gli adempimenti che afferiscono al dovere di vigilanza e di diligenza basato sul rischio in materia di diritti umani e di ambiente: mappatura dei rischi, valutazione d'impatto, scale di priorità, prevenzione, attenuazione, riparazione degli impatti negativi, monitoraggio, dialogo con stakeholders, etc.<sup>59</sup>. Sono previsti strumenti di controllo e sanzione per l'eventuale violazione dei suddetti doveri: meccanismi di reclamo, sanzioni di un'Autorità controllo e vigilanza, e una disciplina della responsabilità per violazione dei doveri di vigilanza, configurata come responsabilità per colpa.

La Direttiva segue il modello della legge francese n. 2017-399 del 27 marzo 2017 relativa "*au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*"<sup>60</sup>, che

<sup>57</sup> Che si leggono al link <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/european-green-deal/>.

<sup>58</sup> Le società di una certa dimensione o fatturato (più di 1 000 dipendenti e un fatturato netto a livello mondiale superiore a 450.000.000 EUR), ovvero le società capogruppo, o le società che hanno concluso accordi di franchising o di licenza nell'Unione in cambio di diritti di licenza con società terze indipendenti, tutte ascrivibili alla medesima catena del valore.

<sup>59</sup> Tutte le attività, come si vede, già fatte oggetto di quel risarcimento rigenerativo postulato dalla dottrina ora esposta.

<sup>60</sup> Per altre informazioni vedi ADDANTE, *Obblighi di Due diligence per le imprese multinazionali francesi nel difficile bilanciamento fra profitto e responsabilità*, in *Diritti comparati*, al link <https://www.diritticomparati.it/obblighi-di-due-diligence-per-le-imprese-multinazionali-francesi-nel-difficile->

introduce il cosiddetto “Piano di Vigilanza”, finalizzato a garantire l’espletamento dell’obbligo di diligenza su tutte le operazioni delle filiere di società controllanti e controllate, comprese quelle extra territoriali, obbligate a introdurre “*les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l’environnement*”. L’obbligo di redazione del piano è corredato da peculiari strumenti di reazione all’eventuale inadempimento dei soggetti obbligati.

La questione sollecitata da tali previsioni, dunque, pertiene tipicamente al fenomeno di complessificazione della normativa, a fronte della progressiva insufficienza dei dispositivi attuali del diritto a governare processi dannosi le cui conseguenze non sono tecnicamente rimediabili con dispositivi di tipo compensativo, né a favore di singoli individui danneggiati (attesa la natura del danno climatico e dello stesso “clima” come bene tutelato). In altre parole, al pluralismo dei modelli di responsabilità si affianca così un ulteriore pluralizzazione dei modelli di *accountability*, intesi a prevenire il danno e governare i rischi.

Ed infatti, mentre nel regolamento sulla circolazione e tutela dei dati personali, l’approccio basato sul rischio si coniuga con l’eventuale responsabilità del titolare nella misura in cui il soggetto destinatario delle misure di *accountability* ne può dimostrare il rispetto in sede di richiesta di risarcimento, e così costruire le sue difese; la nuova Direttiva *Due diligence* compie un passo in avanti. Fatte salve le normative di recepimento che dovranno intervenire nei prossimi mesi, da essa emerge la scelta di configurare il dovere di vigilanza posto a carico delle società destinatarie e le non indifferenti prestazioni che lo riempiono di contenuto, come oggetto di un’obbligazione primaria nascente dalla legge, che si contraddistingue per la sua soggezione ad un regime di adempimento coatto, attivabile da parte un’Autorità regolatrice, ovvero anche su iniziativa di soggetti qualificati da uno specifico interesse ad agire, e fra questi anche soggetti collettivi dotati di legittimazione processuale<sup>61</sup>. Sembrano prendere vigore così due regimi di responsabilità, l’uno per la violazione dei doveri di vigilanza indipendentemente dal danno, inteso alla adozione “forzata” del piano di vigilanza; l’altro per l’eventuale danno prodotto a seguito della violazione dei doveri.

---

*bilanciamento-fra-profitto-e-responsabilità*/; PARANCE, GROULX, *Devoir de vigilance - Regards croisés sur le devoir de vigilance et le duty of care*, in *Journal du droit international*, Janvier 2018, doct. 2, 21; LYON CAËN, *Verso un obbligo legale di vigilanza in capo alle imprese multinazionali*, in *Riv. giur. del lavoro e prev. Soc.*, 2018, 240 ss.

<sup>61</sup> La Direttiva prevede un meccanismo di reclamo accessibile, trasparente e prevedibile da parte di persone fisiche, portatori di interessi, sindacati e associazioni esperte nei settori collegati a quelli in cui si ha legittimo timore circa gli impatti negativi delle attività della società o delle sue filiazioni o partner commerciali nella catena di attività (art. 14). La norma prevede che, quando il reclamo risulta fondato, l’impatto negativo che ne costituisce l’oggetto sia considerato individuato ai sensi dell’articolo 8 e la società adotti le misure adeguate conformemente agli articoli 10, 11 e 12. Gli artt. 24, 25, 27 disciplinano invece i poteri dell’Autorità di vigilanza, che può ordinare misure di cessazione dell’attività e di riparazione.

Argomentare una simile nuova sistemazione della normativa sui processi di danno ad estesa dimensione sarà possibile a due condizioni, non ancora realizzate al momento presente. La prima richiede di attendere l'attuazione della Direttiva e la positiva configurazione dei doveri di vigilanza. La seconda richiede di ripensare il sistema delle obbligazioni derivanti dalla legge al di fuori dello schema binario rigidamente costruito sulla previa individuazione del debitore e del creditore, al fine di rendere possibile formalizzare l'attuazione coattiva dell'obbligo/dovere violato. Richiede cioè di attivare anche nella materia dell'obbligazione una prospettiva pluralistica accettabile ed efficace<sup>62</sup>.

All'esito di questa rassegna volutamente orizzontale e parziale delle discipline europee della responsabilità civile, ed al netto della sensazione di disordine che mi auguro il lettore abbia superato, rimane un messaggio da formulare ai fini di un tentativo di sistemazione della materia nel rispetto della pluralità dei modelli che la pur incompleta analisi ha restituito (e non solo in questo campo). Le alternative invero non sono poche, e dipendono dall'approccio che il giusprivatista decide di seguire nello stabilire rapporti e connessioni tra diritto europeo e diritto interno, oltre che tra i vari modelli.

Come in parte si è accennato, una prima variante concerne l'importanza che si riconosce al principio della primazia del diritto europeo, il quale – se portato alle sue conseguenze – implica il superamento anche della dogmatica interna e la disponibilità a ricostruire diverse categorie concettuali di diritto europeo.

Una seconda variante concerne il rapporto che si intende delineare tra i vari modelli. Per un verso, l'interprete aduso ad una certa sistemazione delle discipline in chiave gerarchica e dicotomica (norme generali *vs.* norme speciali, ovvero norme astratte di sistema *vs.* norme di sottosistema, e così via) può essere tentato dall'idea di confermare a fronte della pluralità di discipline una qualche prospettiva riordinatoria gerarchica, e perciò conferire potenzialità applicative in senso analogico soltanto alle norme sovraordinate, e non alle altre. Se si sposasse questo atteggiamento, si potrebbe anche alterare il rapporto tra diritto interno a valenza generale e supportato da una dogmatica consolidata, e diritto europeo plurale, parcellizzato e a-dogmatico, con evidente indebolimento del principio indisponibile della primazia del diritto europeo.

Per altro verso, l'interprete potrebbe essere spinto dalla valorizzazione di altre premesse analitiche e di principio (prima fra tutte quella della effettività della tutela dei diritti) ad abbandonare la prospettiva gerarchica, o a relativizzarla, a favore di una prospettiva di “rete”, orizzontale e paritaria, nel contesto della quale, ed al netto della indisponibile primazia dei valori e dei diritti fondamentali, tutti i modelli sarebbero dotati della normale potenzialità espansiva derivante dai meccanismi dell'analogia, con il beneficio di una altrettanto potenziale completezza del complesso ordinamentale prodotto dalle varie fonti.

<sup>62</sup> Chi scrive ha compiuto un tentativo in tal senso nel saggio “*Natura delle trattative e responsabilità precontrattuale. Modelli dogmatici e “tertium non datur”*”, in *Annuario del contratto*, 2021, diretto da D'ANGELO e ROPPO, Torino, 2022, 40 ss.

Chi scrive è tentata dal praticare quest'ultima via. Ma evidentemente non in questa sede<sup>63</sup>.

#### ABSTRACT

Il saggio si propone di illustrare i contenuti di alcuni dei modelli regolativi della responsabilità civile presenti nell'ordinamento europeo, con l'obiettivo di delineare i contorni di un sistema pluralistico di discipline connotato da caratteri propri, e in una prospettiva ordinamentale non gerarchica.

*The essay aims to briefly illustrate the contents of some of civil liability models present in the European legal system; it also aims to outline a pluralistic system of disciplines with particular characteristics, in a non-hierarchical regulatory perspective.*

---

<sup>63</sup> Un tentativo in tal senso si legge nei saggi *Discipline della sopravvenienza contrattuale, buona fede e pluralismo normativo. Premesse per una discussione*, in *Le clausole generali nel diritto privato Il ruolo della giurisprudenza e i limiti alla discrezionalità dei giudici*, a cura di ARRIGO e PINORI, Genova, 2024, 323; *Le conseguenze dell'inadempimento dell'obbligazione pecuniaria fra risarcimento e sanzione*, in *La disciplina generale del rapporto obbligatorio attualità e prospettive*, a cura di DE CRISTOFARO e FINESSI, Pisa, 2024, 167; *Pluralismo e statuto giuridico delle persone*, in *Jus civile*, 2023, 64; ed in quello in corso di pubblicazione per i tipi della Pacini, *Fonti di obbligazioni tra legge e contratto. Una prospettiva pluralistica nel diritto delle obbligazioni*, nel volume *Le obbligazioni. Un dialogo intergenerazionale*.



# I “tipi” di consumatore tra categorie tradizionali e nuove qualificazioni



Franco Trubiani

Ricercatore dell'Università di Napoli “Parthenope”

**SOMMARIO:** 1. Note introduttive. – 2. Una recente tendenza del postmodernismo giuridico e la decisione della Corte UE. – 3. Condizionamenti cognitivi del consumatore e pratiche di c.d. *neuromarketing*. – 4. Verso una nuova configurazione della nozione di consumatore?

## 1. Note introduttive

La pronuncia della Corte di Giustizia UE del 14 novembre 2024<sup>1</sup> rappresenta l'occasione per tornare ad occuparsi dell'annosa questione relativa all'interpretazione della nozione di “consumatore medio” e quella relativa alle “vendite abbinata” di prodotti assicurativi<sup>2</sup>.

La Corte di Giustizia UE si è pronunciata su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 267 TFUE<sup>3</sup> per cinque questioni che riguardavano, in via princi-

<sup>1</sup> Corte Giust. UE, 14 novembre 2024, C-646/22) in *Foro it.*, I, 2025, 30 ss., con nota di BONA e BONINI, *Una formidabile partita a scacchi: Consiglio di Stato, Corte di giustizia e pratiche commerciali sleali*; in *Contr.*, 2025, 108 ss.

<sup>2</sup> Il riferimento va agli articoli 8 e 9 della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005 (relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno, nonché dell'articolo 24, paragrafo 3, della direttiva (UE) 2016/97 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 gennaio 2016, sulla distribuzione assicurativa).

<sup>3</sup> Cons. Stato, 10 ottobre 2022, n. 8650, in *Foro it.*, III, 2022, 529 ss., con nota di BONA e BONINI, *Tutela del consumatore e nuovi paradigmi scientifici (scienze cognitive e neuroscienze varcano la soglia di Palazzo Spada)*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 781 ss., con nota di SPOSINI, *Dal consumatore medio alla razionalità limitata nella direttiva 29/2005/CE*.

Sulle questioni interpretative oggetto del rinvio si vedano anche PAGLIANTINI, *Quando il rinvio pre-*

pale, l'interpretazione della nozione di consumatore medio destinata ad incidere sulla corretta qualificazione di quella pratica commerciale, relativa alle c.d. vendite abbinat<sup>4</sup>, per cui in conseguenza del c.d. incorniciamento (*framing*) delle informazioni offerte al consumatore, la scelta di consumo operata da quest'ultimo rischia di apparire obbligata e senza alternative<sup>5</sup>, come descritto dal disposto di cui all'art. 6, par. 1, dir. 2005/29/UE che considera ingannevole una pratica commerciale che in qualsiasi modo inganni o possa ingannare il consumatore medio “*anche nella sua presentazione complessiva*”.

Giova ricordare brevemente il contesto da cui era derivato il rinvio pregiudiziale: il quesito giuridico era stato presentato nell'ambito di una controversia tra la *Compass Banca SpA* e l'*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)* in merito alle decisioni di quest'ultima relative ad una pratica commerciale posta in essere dalla Compass nei confronti dei propri clienti e che aveva portato ad una sanzione da parte dell'AGCM per una pratica commerciale scorretta ex art. 24 cod. cons.<sup>6</sup>.

---

giudiziale è “dottrinale”: vendita abbinata ex art. 120-quinquies cod. ass., pratica aggressiva e razionalità limitata del consumatore medio, in *Pactum*, 2023, 15 ss.; ID., Irrazionalità del consumatore medio. Pratiche aggressive e regole di tutela, in *Liber amicorum per Paolo Zatti*, I, Napoli, 2023, 467 ss.; CAMILLERI, Pratiche commerciali scorrette, safety net e nuove vulnerabilità: prospettive e limiti, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 197 ss.; FERRETTI, *The consumer image under EU law: average, rationally bounded and dispositionally vulnerable. What are the prospects for protection in digital markets?*, in *Common Market Law Review*, 2025, 121 ss.; MAGLIARI, *Consumatore medio, razionalità limitata e regolazione del mercato*, in *Riv. reg. mercati*, 2023, 374 ss.; BACCIARDI, *Lo standard del consumatore medio tra homo oeconomicus e homo heuristicus*, in questa *Rivista*, 2023, 77 ss.; F. TRUBIANI, *Le incerti sorti del “consumatore medio” tra condizionamenti cognitivi e nuove aperture della giurisprudenza*, in questa *Rivista*, 2023, 101 ss.

<sup>4</sup> Sul punto v. MARANO, *Vendite abbinat e tutela dell'assicurato nella bancassicurazione. Profili organizzativi*, Pisa, 2023.

<sup>5</sup> In ordine al fenomeno delle c.d. distorsioni cognitive e per una dimostrazione sperimentale del problema si veda, di recente, DORIGONI – POLONIO – GRAFFEO – BONINI, *Analisi di movimenti oculari nella risoluzione di problemi commerciali. Il ruolo delle abilità numeriche e dell'impulsività cognitiva*, Milano, 2022, *passim*.

<sup>6</sup> La società Compass offriva alla propria clientela, oltre ai prodotti finanziari (“finanziamenti”), anche polizze assicurative: (a) connesse al credito; (b) legate alla copertura di eventi relativi alla vita privata del consumatore e non direttamente connessi al credito, collocate in via indipendente ed autonoma (c.d. vendita *stand-alone*); (c) legate alla copertura di eventi relativi alla vita privata del consumatore e non direttamente connessi al credito, collocate in abbinamento ai prodotti di finanziamento (“polizze”).

L'Agcm aveva sollevato censure unicamente con riferimento alla tipologia di coperture assicurative menzionata *sub lett. (c)*. L'offerta delle polizze, si precisa nel provvedimento, era rivolta prevalentemente ai consumatori che accedono al mercato del credito alle famiglie, tipicamente ‘sotto-assicurati’ e che, quindi, risultano naturalmente interessati a coperture assicurative, a protezione di eventi che potrebbero compromettere la loro capacità di produrre reddito e quindi di sostentamento, proprio e delle loro famiglie. Viene specificato infine – ed il passaggio appare rilevante – che la sottoscrizione delle polizze non era un presupposto per ottenere il finanziamento richiesto a Compass, né per ottenerlo a determinate condizioni economiche, non incidendo sull'esito della valutazione del merito creditizio. Il lungo procedimento, dopo il rigetto da parte dell'Agcm degli impegni proposti da Compass si conclude con l'accertamento di una pratica commerciale scorretta

La nozione di “consumatore medio” appare, quindi, l’imprescindibile punto di partenza intorno al quale si è pronunciata la Corte di Giustizia, offrendo, ancora una volta, una ragione per tornare a riflettere sul corretto modo di interpretare questa nozione, rispetto alla quale si pone l’opportunità di una rimediazione di certo attenta a quanto hanno posto in risalto gli studi sulla c.d. economia comportamentale<sup>7</sup>. Come è noto tali studi hanno posto l’attenzione sugli aspetti giuridici della psicologia della decisione<sup>8</sup> e su di un diverso modello di “*homo heuristicus*”<sup>9</sup>, dotato di “razionalità limitata”<sup>10</sup>, da considerare

aggressiva ex art. 24 ss. cod. cons. e con l’irrogazione di una sanzione pecuniaria.

<sup>7</sup> Il riferimento va, tra gli altri e senza pretesa di completezza, a THALER, *Misbehaving. La nascita dell’economia comportamentale*, trad. it. di Barile, Torino, 2018; TVERSKY – KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, 1974, 1124 ss.; KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2012.

<sup>8</sup> Sul punto v. THALER, *Misbehaving. La nascita dell’economia comportamentale*, trad. it. di Barile, Torino, 2018.

<sup>9</sup> TVERSKY – KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, 1974, 1124 ss.; KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2012; H. SIMON, *Models of bounded rationality*, Cambridge, 1982; KAHNEMAN – SLOVIC – TVERSKY, *Judgement under uncertainty: heuristic and biases*, New York, 1982.

<sup>10</sup> Tale sintagma si deve a H. SIMON, *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985, 257. Con tale espressione si vuole intendere il fatto che la capacità decisionale degli esseri umani risente dei limiti delle capacità cognitive di chi deve prendere la decisione rispetto al numero di stimoli ricevuti, alla capacità di mantenere nel tempo la propria attenzione e alla capacità di conservare la memoria di tutte le informazioni ricevute. La “razionalità limitata” stimolerebbe delle “distorsioni” nelle decisioni di scelta. Diversi studi hanno dimostrato che le scelte degli individui possono essere significativamente influenzate dal modo in cui un determinato problema viene loro esposto o dal modo in cui sono loro presentate una serie di alternative (c.d. *framing effect*).

Nella nostra dottrina si vedano, tra gli altri, ad esempio DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2012, I, 1 ss.; ID., *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. dir. comm. obbl.*, 2014, 13 s.; ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, 207-208; ID., *Le domande che ci propone l’economia comportamentale ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»*, in Rojas Elgueta – Vardi (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, Roma, 2014, 13 ss.; ID., voce *Contratto ed economia comportamentale*, in *Enc. dir.*, I Tematici, il contratto, diretto da D’Amico, Milano, 2022, 316 ss.; ROPPO, *Behavioral Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, II, 167 ss.; ZENO-ZENCOVICH, *Il lato oscuro della legge: diritto e superstizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, 309 ss.; ROJAS ELGUETA – VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014; DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi: le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017; MARCHESIELLO, *Nudge, ovvero: il tramonto dell’uomo economico*, in *Pol. dir.*, 2014, III, 497 ss.; DAVOLA, *Bias cognitivi e contrattazione standardizzata: quali tutele per i consumatori?*, in *Contr. impr.*, 2017, 637 ss.; E. BATTELLI, *Il paternalismo giuridico libertario nella prospettiva dell’autonomia privata tra vincoli strutturali e limiti funzionali*, in *Pol. dir.*, 2018, IV, 579 ss.; ID., *Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica*, in *Contr. impr.*, 2019, I, 106 ss.; CARBONE, *Paternalismo, perfezionismo e regole nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir., priv.*, 2019, II, 225 ss.; BACCIARDI, *Il recesso del consumatore nell’orizzonte delle scienze comportamentali*, Torino, 2019; G. LIACE, *Sulle emozioni e le reazioni dell’investitore irrazionale*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 140 ss.; SEMINARA, *Libertà del consumatore e psicologia della pubblicità*, in *Contr. impr.*, 2020, 493 ss.; NATOLI, *Il contratto “adeguato”. La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, 22 ss.

alla base della nozione di consumatore medio<sup>11</sup>.

Il punto di diritto espresso dalla Corte è il seguente:

*la nozione di «consumatore medio» che, ai sensi della direttiva sulle pratiche commerciali sleali, deve essere definita con riferimento a un consumatore normalmente informato nonché ragionevolmente attento ed avveduto. Una siffatta definizione non esclude tuttavia che la capacità decisionale di un individuo possa essere falsata da limitazioni, quali distorsioni cognitive.*

L'impressione a prima lettura, pertanto, è quella dell'ennesima chiusura della Corte di fronte a quelle istanze che propongono una rinnovata lettura sistematica della nozione di consumatore medio volta a riempire di nuovi contenuti tale figura, con riferimento alle dinamiche comportamentali<sup>12</sup> e adeguandolo alle moderne esigenze del mercato tecnologico, caratterizzato da una notevole complessità del bene/servizio digitale<sup>13</sup> e che rendono più difficili per un consumatore non specializzato compiere scelte di consumo informate ed oculate<sup>14</sup>.

La scelta della Corte sembrerebbe indicare la volontà di non modificare l'attuale parametro legislativo della nozione di consumatore medio, come agente del mercato ragionevolmente ben informato e attento ed al quale risulterebbe sufficiente fornire adeguate informazioni per proteggerlo e per riequilibrare il rapporto di consumo.

Tuttavia la nozione di consumatore medio è relativa e non assoluta<sup>15</sup> poiché all'interno della vasta platea dei consumatori medi si staglia la figura (dai confini sempre più incerti<sup>16</sup> come si vedrà in seguito) del consumatore vulnerabile come *species* del consumatore medio e che, tuttavia va inevitabilmente ad influire sulla configurazione stessa del consumatore medio che diviene per utilizzare una nota locuzione un consumatore

<sup>11</sup> Sul ruolo svolto dal “principio della razionalità comportamentale del consumatore”, v. ALPA, *Consumatore e produttore (storia)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, I, Napoli, 2018, 355, che ne evidenzia la centralità dinanzi all'alternativa fra una tutela del contraente debole affidata agli obblighi informativi ovvero all'efficienza del mercato.

<sup>12</sup> Favorevoli al dialogo con le altre discipline tra cui le scienze comportamentali, GRUNDMANN – HACKER, *Theory of Choice and the Law - An Introduction*, in GRUNDMANN – HACKER (a cura di), *Theories of Choice: The Social Science and the Law of Decision Making*, Oxford, 2021, 3-4.

<sup>13</sup> Per una riflessione sul punto v. BOCCHINI, *I beni digitali*, in BOCCHINI (a cura di), *Trattato sulle piattaforme digitali – E-Agorà*, Torino, 2025, 277 ss.

<sup>14</sup> PUNZI, *Verso un consumatore digitalmente avveduto? L'intelligenza artificiale e le nuove frontiere della tutela del consumatore*, in S. Masini (a cura di), *Lo scaffale dell'inganno*, Milano, 2021, 99 ss.

<sup>15</sup> Come nota correttamente R. SENIGAGLIA, *Consumatore, vulnerabilità e principio di trasparenza tra razionalità e bias cognitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 1523.

<sup>16</sup> Segnala, difatti, la stessa AGCM nella Relazione annuale sull'attività svolta del 31 marzo 2023, 22 (consultabile in [www.agcm.it](http://www.agcm.it)) che “in un brevissimo arco temporale, tuttavia, la vertiginosa accelerazione dell'evoluzione tecnologica e digitale da un lato, e la crisi socio-economica innestata dalla pandemia e acuita dal conflitto russo-ucraino con le conseguenti dinamiche inflattive dall'altro, hanno generato nuove forme di vulnerabilità legata a situazioni esogene e di contesto, che hanno posto in termini nuovi il problema della tutela dei consumatori, spingendo legislatore e istituzioni pubbliche a farsi carico dei nuovi bisogni di protezione”.



“frastagliato”<sup>17</sup>. Tale peculiare situazione, come nota la Corte quando fa riferimento al punto 51 della decisione di “*tener conto anche di considerazioni più attinenti alla realtà*” entro i limiti indicati dal considerando 18 della direttiva 2005/29, comporta il rischio di un’applicazione troppo rigida di questo parametro normativo.

## 2. Una recente tendenza del postmodernismo giuridico e la decisione della Corte UE

Nota un attento autore in un suo recente scritto<sup>18</sup>, come una delle principali espressioni, in campo giuridico, della cultura postmoderna<sup>19</sup> “*può essere inquadrata nella decisione politica di fissare il fulcro di buona parte della legislazione comunitaria nel consumatore, considerato come l’anello debole del mercato, soggetto in favore del quale debbono essere conseguentemente previste norme volte a descrivere le situazioni in cui le sue scelte, da qualsiasi ragione, anche puramente personale, anche soltanto emozionale siano state dettate, meritano di essere protette*”.

L’assunto in questione risulta essere particolarmente incisivo proprio alla luce della decisione della Corte di Giustizia UE in esame che ha sostanzialmente confermato l’interpretazione della definizione di “consumatore medio” ex art. 20 cod. cons., come “*homo oeconomicus*” normalmente avveduto e che sa stare sul mercato; nozione che, come già chiarito in dottrina<sup>20</sup>, assicura una oggettiva valutazione funzionale ad una protezione – a dire il vero – più collettiva che individuale.

Ritiene, tuttavia, la Corte che “*una siffatta definizione non esclude ... che la capacità decisionale di un individuo possa essere falsata da limitazioni, quali distorsioni cognitive*”, ponendosi nella scia di quanto sostenuto dall’Avvocato Generale Emiliou nelle proprie conclusioni del 25 aprile 2024: difatti, la nozione di consumatore medio “*è sufficientemente flessibile da consentire di considerarlo, in talune situazioni, come un individuo con ‘razionalità limitata’*” (punto 38 delle Conclusioni).

La Corte precisa, infine, che la pratica commerciale, consistente nell’offerta simultanea al consumatore di un finanziamento e di un prodotto assicurativo non collegato a tale finanziamento, non può essere qualificata come pratica commerciale in ogni caso sleale, costituendo la *black list* della Dir. 2005/29 un elenco tassativo<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> S. PAGLIANTINI, *Il consumatore frastagliato (Istantanee sull’asimmetria contrattuale tra vicende circolatorie e garanzie)*, Pisa, 2021.

<sup>18</sup> ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell’epoca del post-postmodernismo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 3.

<sup>19</sup> Per un’introduzione al tema si veda, per tutti, VIOLA, *La teoria giuridica post-moderna fra tradizione e innovazione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1988, 117 ss.

<sup>20</sup> ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 699; sul punto v. anche PAGLIANTINI, *In memoriam del consumatore medio*, in *Europa dir. priv.*, 2021, 5.

<sup>21</sup> Su questo punto specifico non ci si soffermerà nel presente scritto e si rinvia al saggio di E. BACCIARDI in questa *Rivista* (letto in anteprima per cortesia dell’autore).

Il punto di diritto espresso dalla Corte sul consumatore medio appare, pertanto, espressione di un chiaro principio di “diritto privato europeo”<sup>22</sup>: il modello di riferimento del consumatore medio rimane il c.d. *homo oeconomicus* anche se la nozione in esame continua ad esprimere una certa vivacità eventualmente svolgendo una valutazione caso per caso basata sul principio di proporzionalità, anche quelle istanze legate alla *Behavioural Law and Economics* (BLE)<sup>23</sup>.

Forse qualcuno potrà leggere la pronuncia come una sorta di “occasione persa” ma probabilmente al momento essa rappresenta, a diritto invariato, il miglior punto di equilibrio tra i diversi interessi posti alla base della specifica questione che, di tutta evidenza, supera gli stretti confini della contrattazione assicurativa per espandersi all’intero ecosistema del diritto dei consumi. Attraverso tale pronuncia la Corte di Giustizia UE, in questa occasione, sembra aver espresso la sua funzione “nomofilattica” del diritto europeo<sup>24</sup> nella dichiarata ottica della ricerca dell’effettività della tutela<sup>25</sup>, piuttosto che, come è avvenuto altre volte anche nell’ambito del diritto dei consumi<sup>26</sup>, “creatrice” dello stesso diritto europeo<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Su tale sintagma, per tutti, si rimanda alle pagine di ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmoderno*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 377 ss.

<sup>23</sup> Nell’ambito del diritto dei consumi, per tutti, v. INCARDONA e PONCIBÒ, *The Average Consumer, the Unfair Commercial Practises Directive and the Cognitive Revolution*, in *Journal of Consumer Policy Issue*, 2007, 30, 36 ss.

<sup>24</sup> Sul ruolo della Corte di Giustizia UE e sul complesso rapporto tra poteri giudiziari ed amministrativi che coinvolgono le Istituzioni europee e nazionali si vedano F. CAFAGGI – SALVADORI, *Dialogo istituzionale e diritto europeo dei consumatori: il trilogio giudiziale ed amministrativo, strumenti ed effetti*, in *L'armonizzazione del diritto europeo: il ruolo delle Corti*, a cura di Gallo, Magri e Salvadori, Milano, 2017, 15 ss., spec. 23 ss.

<sup>25</sup> LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 131 ss.

<sup>26</sup> Basti pensare (come ricordato da RABITTI, *La Corte di Giustizia tra scelte di mercato e interessi protetti*, in *Pers. merc.*, 2018, 230-231), ad esempio all’attività della Corte di Giustizia UE in materia di diritto processuale dei consumatori. La giurisprudenza europea si è reso necessario proprio per la mancanza di un meccanismo istituzionale di armonizzazione in materia processuale. Sul punto v. PAGLIANTINI, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 806 ss. Si vedano ad esempio Corte Giust. UE, 4 giugno 2015, C-497/13, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 10 ss., con nota di F.P. PATTI, *Tutela effettiva del consumatore nella vendita: il caso Faber*; Corte Giust. UE, 26 gennaio 2017, C-421/14, in *Dejure*. Più di recente si veda Corte Giust. UE, 17 maggio 2022, C-693/19 e C-831/19, in *Judicium*, 2022, con nota di D’ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022: in attesa delle Sezioni Unite*.

<sup>27</sup> Così RABITTI, *La Corte di Giustizia tra scelte di mercato e interessi protetti*, cit., 232-233, la quale evidenzia sottolineare la natura ibrida di tale organo giurisdizionale, osservando che esso “si distacca dalla logica del “giudice e le leggi e si muove in una dimensione più vicina al giudice di Common Law, connotata da una discrezionalità tale nelle scelte su come dare contenuto al diritto dell’UE che, quando interpreta, innova a tal punto il diritto da crearlo, stabilendo, contestualmente, di volta in volta, quale è il bene dell’UE e piegando ad esso i diritti nazionali”.

L'esito di questo rinvio pregiudiziale, come è stato fatto notare da pressochè tutti i commentatori dell'ordinanza di rinvio, appariva di non semplice predizione ma uno degli scenari maggiormente probabile era proprio quello che si è avverato, cioè la conferma dell'interpretazione, da parte della dottrina e della stessa Corte UE, della nozione di consumatore medio.

Evidentemente anche alla base di tale decisione può ritenersi che<sup>28</sup>, si avverte sempre di più, anche in questo settore, una chiara esigenza di certezza e calcolabilità del diritto<sup>29</sup>: un mercato efficiente, specialmente nell'ottica del sempre maggiore utilizzo pratiche del c.d. *neuromarketing*<sup>30</sup> e che spinge verso un *marketplace*, legato principalmente alle grandi piattaforme digitali<sup>31</sup>, più rapido e al contempo insidioso, è *quello* in cui sono chiare e precise, anzitutto, le nozioni legislative relative ai soggetti giuridici e, di conseguenza, i confini legittimi delle azioni consentite agli operatori economici rappresenta, senza dubbio, la prima forma di tutela del consumatore<sup>32</sup>.

Il rischio che si paventava, in caso di una pronuncia differente della Corte di Giustizia UE, era quello di un possibile ritorno in forma attenuata di un paternalismo consuméristico aggiornato ai tempi odierni<sup>33</sup> con il connesso rischio di compressione dell'autonomia privata su cui si basa il corretto funzionamento del mercato unico europeo<sup>34</sup>.

<sup>28</sup> Come anticipato nello scritto di commento all'ordinanza di rinvio del Consiglio di Stato, cfr. TRUBIANI, *Le incerte sorti del “consumatore medio” tra condizionamenti cognitivi e nuove aperture della giurisprudenza*, in *Accademia*, 2023, 117-118.

<sup>29</sup> Il riferimento ovviamente va a N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

<sup>30</sup> Si vedano ad es. i sistemi di intelligenza artificiale di riconoscimento delle emozioni, cioè sistemi *software* finalizzati all'identificazione o alla deduzione di emozioni o intenzioni di persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici. Sul punto si rimanda a ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e “pratiche di intelligenza artificiale” nella proposta di Artificial Intelligence Act*, in *Pers. merc.*, 2022, 347 ss.

<sup>31</sup> BOCCHINI, *Le categorie giuridiche dell'economia digitale: il terzo paradiso*, in *Jus civile*, 2024, 612 ss.

<sup>32</sup> L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente*, cit., 701, parla espressamente del consumatore come “*figura che non deve essere tutelata ma rispettata, quale parte di un mercato regolamentato in modo da consentirgli non solo di agire liberamente come ‘cives’ o meglio, come ‘persona’, ma altresì di assurgere ad un rilievo macroeconomico, divenendo centro aggregante della disciplina che caratterizza la domanda*”.

<sup>33</sup> Segnala correttamente BARBA, *Capacità del consumatore e funzionamento del mercato*, Torino, 2021, 427 ss., che vi sia il concreto rischio di una “*degenerazione ermeneutica e dogmatica*” nel settore delle pratiche aggressive ed evidenzia il “*timore (...) che la prevalenza del dato empirico, quello che recupera attraverso i fatti concreti la rilevanza delle percezioni psicologiche individuali, ancorché elaborate con metodo statistico, consolidi una dogmatica nostalgica che accompagni la disciplina di protezione del consumatore sulla strada del ritorno al consumatore debole per struttura (status)*”.

<sup>34</sup> Sul punto, tra gli altri e con diverse sfumature, si vedano LIPARI, *Intorno alla “giustizia” del contratto*, Napoli, 2016, 30 ss.; NAVARRETTA, *Il contratto democratico e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1275 ss. ed in MAZZAMUTO – NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, 73 ss.; ROPPO, *Behavioral Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, II, 184 ss.; ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, 201 ss.

Si tratterà, pertanto, di trovare un bilanciamento adeguato tra le diverse istanze in gioco fissando un punto di equilibrio tra la concorrenzialità del mercato e la tutela del consumatore<sup>35</sup>, magari tornando a riflettere sull'educazione al consumo ex artt. 2, lett. d e 4 cod. cons., come diritto fondamentale del consumatore<sup>36</sup> e, ancor prima, sul dettato dell'art. 169 TFUE che non pone solo l'informazione come pilastro atto a determinare quel riequilibrio che possa consentire alle parti un effettivo esercizio della autonomia, ma fa riferimento, congiuntamente, ad educazione ed informazione.

Peraltro una riconsiderazione dell'*homo oeconomicus* dovrebbe anche tener conto che al consumatore, nel quadro della politica europea di crescita solidale ed efficienza e contro il fenomeno della sovrapproduzione<sup>37</sup>, è assegnato un "potere di scelta" che non è più esercitato solo sulla base della convenienza economica, ma anche sulla base di canoni ulteriori e diversi<sup>38</sup> come ad esempio in ordine al tema della sostenibilità<sup>39</sup>, che potrebbe schiudere delle rinnovate prospettive ermeneutiche<sup>40</sup>.

Qui, in realtà, la Corte apre più che uno spiraglio in tal senso: ai punti 57 e 58 della decisione si legge, infatti, che «*se è vero che la capacità di decisione di un consumatore può essere falsata da un insieme di limitazioni, come le distorsioni cognitive, ciò non implica (...) che si debba necessariamente ritenere che qualsiasi rischio di insorgenza di una distorsione*

<sup>35</sup> In argomento si rimanda alle pagine di N. IRTI, *La fondazione hegeliana del "diritto dei consumatori"*, in SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, 475 ss.

<sup>36</sup> Sul punto v. ROSSI CARLEO, *sub art. 4 – Educazione del consumatore*, in ALPA – ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005, 14 ss. Sui diritti fondamentali del consumatore si veda, per tutti, G. ALPA, *I diritti dei consumatori e il codice del consumo nell'esperienza italiana*, in *Contr. impr. Eur.*, 2006, 3 ss.

<sup>37</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – Strategia dell'UE per prodotti tessili sostenibili e circolari, COM/2022/141 final, consultabile in *eur-lex.europa.eu*.

<sup>38</sup> Ancora una volta senza addentrarci in un tema che richiederebbe una ben ampia riflessione, appare sufficiente, a titolo semplificativo, un richiamo alle c.d. "scelte etiche", le quali, come si ritiene diffusamente, potrebbero far leva sull'etica quale strumento di *marketing*. Per una riflessione di base sul tema si rimanda alle ormai classiche opere di BAUMAN, *Homo consumens. Lo sciame inquieto dei consumatori e la miseria degli esclusi*, Trento, 2007; ID., *L'etica in un mondo di consumatori*, Roma-Bari, 2007.

<sup>39</sup> Argomento su cui la bibliografia è oramai pressochè sconfinata. Sul significato generale, per tutti, v. GUIZZI, *La sostenibilità sub specie iuris*, in *Nuovo dir. civ.*, 2024, 5 ss.

<sup>40</sup> Sul punto si rimanda alle considerazioni di NAZZARO, *Consumo e spreco nell'economia circolare delle tecnologie digitali*, in *Tecn. dir.*, 2024, 471 ss., spec. 483, ad avviso della quale "l'impressione è che la strada più consona sia quella scelta dal mercato e non quella scelta dal legislatore, poiché se sicuramente sono auspicabili ed apprezzabili norme che impongono una produzione pulita e sostenibile, non per questo occorre mettere in secondo piano la regolamentazione del mercato dei prodotti emanando norme (anche incentivanti) che inducano i consumatori a riutilizzare i prodotti, ad immetterli nuovamente, anche se usati, nel mercato, creando meno rifiuti. In definitiva, a consumare senza sprecare".

*cognitiva in occasione di una pratica commerciale abbia necessariamente l'effetto di falsare, in misura rilevante, il comportamento di tale consumatore virtuale.*

*Occorre (...) che sia debitamente dimostrato che, nelle specifiche circostanze di una situazione concreta, una siffatta pratica sia tale da incidere sul consenso di una persona normalmente informata, nonché ragionevolmente attenta ed avveduta, e ciò in misura tale che il suo comportamento ne sarebbe falsato in misura rilevante (...).*

Ecco l'apertura della Corte: cioè il giudizio di rilevanza dello specifico effetto distortivo della pratica che viene affidata al giudice nel caso concreto e che può farla trasformare da pratica commerciale corretta a scorretta.

Il passaggio è certamente importante e sembra davvero una sorta di “contromisura” adottata dalla Corte per non chiudere in modo eccessivo all'influenza delle scienze comportamentali.

Tale scelta, tuttavia appare foriera di conseguenze del tutto imprevedibili in ordine alla rivalutazione di ogni singola pratica commerciale che può rivelarsi, in base ad una valutazione svolta nel caso concreto, scorretta: si pensi ad esempio ad una pratica commerciale che spinga verso la (positiva) idea di un consumo sostenibile e solidale<sup>41</sup> e, per quanto concerne i beni tecnologici, nell'ottica del concetto di durabilità<sup>42</sup> riferita all'utilizzo al fine di combattere la pratica della c.d. obsolescenza programmata<sup>43</sup>. Il giudizio di rilevanza effettuato dal giudice in questo caso potrebbe tollerare una soglia

<sup>41</sup> BONA e BONINI, *Una formidabile partita a scacchi: Consiglio di Stato, Corte di giustizia e pratiche commerciali sleali*, cit., 115.

<sup>42</sup> Sul punto, tra i tanti, v. ALPA, *Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea*, in *Contr. impr.*, 2019, 825 ss.; ADDIS, *Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, 5 ss.; BARENGHI, *Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contr. impr.*, 2020, 806 ss.; DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari b-to-c: l'attuazione della dir. UE 2019/771*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 206 ss.; FACCIOLO, *La riparazione del bene nella disciplina europea dei contratti di vendita mobiliare ai consumatori dopo la dir. 2024/1799/UE*, in *Pactum*, 2024, 543 ss.; Id., *Economia circolare e sostenibilità ambientale nel diritto dei consumatori: prime note sulla dir. 2024/1799/UE recante norme comuni che promuovono la riparazione dei beni*, in *Pers. merc.*, 2024, 945 ss.; D'ONOFRIO, *Il difetto di durabilità del bene*, Napoli, 2023, *passim*; PALADINI, *I rimedi al difetto di conformità nella vendita di beni di consumo*, in Tosi (a cura di), *La tutela del consumatore in Internet e nel commercio elettronico*, I, Milano, 2012, 351 ss.; VANINI, *Violazione di norme pubblicistiche di tutela ambientale da parte del produttore e difetto di conformità al contratto del bene consegnato al consumatore: la Corte di Giustizia UE e il caso “Dieselgate”*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 166 ss.; IMBRUGLIA, *La sostenibilità dei rimedi consumeristici nella Direttiva 771/2019/UE e oltre*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022, 354 ss.; MATERA, *Difetto di conformità, gerarchia dei rimedi e sostenibilità ambientale nel nuovo art. 135-bis cod. cons. e nella Dir. 771/2019*, in *Riv. dir. priv.*, 2022, 462 ss.

<sup>43</sup> TOMMASINI, *L'obsolescenza programmata. Tra libertà di iniziativa economica e tutela dei consumatori*, in *Tecn. dir.*, 2023, 158 ss.; D'ONOFRIO, *Obsolescenza programmata: qualificazione giuridica e rimedi alla luce della direttiva 2019/771/UE e del diritto interno*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 516 ss.; MARINO, *Obsolescenza programmata, durabilità dei beni con elementi digitali e tutele del consumatore*, in *Pers. merc.*, 2024, 157 ss.

maggiore di condizionamento cognitivo del consumatore in vista della tutela di obiettivi più importanti come potrebbero essere quelli della salvaguardia dell'ambiente e dell'economia circolare<sup>44</sup> e, più in generale, la ricerca di un mondo più "sostenibile"<sup>45</sup> a tutela delle generazioni future<sup>46</sup> ma in controtendenza rispetto ad un diritto calcolabile per un mercato efficiente.

In tal senso forse sembrerebbe che, a volte, è il contesto di riferimento in cui viene espressa la pratica commerciale a rendere il consumatore più o meno bisognoso di una protezione specifica o secondo una certa impostazione a renderlo "attivo"<sup>47</sup>.

### 3. Condizioni cognitive del consumatore e pratiche di c.d. *neuromarketing*

La vulnerabilità del consumatore raggiunto dalle pratiche commerciali scorrette, come è noto, viene riferita dall'art. 5, par. 3, dir. 2005/29/UE a fattori come l'età<sup>48</sup>, l'incapacità e l'ingenuità<sup>49</sup>, ma non la negligenza o la pigrizia<sup>50</sup>.

Nel mercato contemporaneo, tuttavia, la vulnerabilità del consumatore può presentare anche un carattere "situazionale" che viene declinato in rapporto al bene o al servizio oggetto della pratica<sup>51</sup>, al mercato in cui le condotte vengono realizzate e al contesto

<sup>44</sup> Sul punto a livello monografico, di recente, si rinvia a R. FADDA, *La sostenibilità tra disciplina del contratto e tutela del consumatore*, Napoli, 2024, *passim*.

<sup>45</sup> Spunti interessanti si rinvencono in LIPARI, *Premesse per un diritto civile dell'ambiente*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 209 ss., spec. 224-225, secondo cui "le politiche economiche, sia pubbliche che private, non possono essere esclusivamente affidate al mercato, il cui fine è soltanto l'efficienza paretiana ma devono includere forme di controllo sociale e democratico dell'economia".

<sup>46</sup> Sul tema nell'ambito della dottrina privatistica, tra gli altri, si rimanda a ALPA, *Note sulla riforma della Costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali*, in *Contr. impr.*, 2022, 361 ss.; G. VETTORI, *L'interesse delle generazioni future*, in *Pers. merc.*, 2023, 632 ss.; CAMARDI, *Diritto civile e nuovi valori costituzionali. Qualche suggestione da recenti riforme*, in *Jus civile*, 2023, 566-568; MONTEROSSO, *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione*, Pisa, 2020.

<sup>47</sup> RABITTI – BASSAN, *L'"evoluzione" del consumatore: dal consumatore medio al consumatore attivo*, in *Il consumatore: responsabile, attivo, partecipativo*, Roma, 2024, 17.

<sup>48</sup> VENCHIARUTTI, *Il consumatore medio e il consumatore vulnerabile in ragione dell'età*, in *Contr. impr.*, 2024, 644.

<sup>49</sup> Per una riflessione più generale si vedano le pagine di TRIMARCHI, *Il diritto protegge gli ingegneri?*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, II, Milano, 2014, 1387 ss.

<sup>50</sup> Ritene che il consumatore debba essere protetto dai rischi "di oscurità e ambiguità, non dalla pigrizia o dalla ingenuità", GENTILI, *Senso e consenso*, II, Torino, 2015, 635.

<sup>51</sup> Sulla nozione di "vulnerabilità", con particolare riguardo all'ambito della contrattazione tra privati, cfr., tra i tanti, RABITTI, *Il consumatore vulnerabile e la fragilità del diritto. Brevi considerazioni*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, 1 ss.; BATTELLI, *Vulnerabilità della persona e debolezza del contraente*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 939 ss.; ID., *I soggetti vulnerabili: prospettive di tutela della persona*, in *Dir. fam. pers.*, 2020, 283 ss.; C. CAMARDI, *Dalla logica individualista alla regolazione della complessità nella tutela del consumatore (e delle vulnerabilità) nell'ecosistema digitale*, in *Mercato digitale e tutela dei*

generale in cui il consumatore si trova ad agire<sup>52</sup>.

Appare evidente come il mercato digitale sia un terreno particolarmente rischioso per il consumatore che assume, in questo caso, sempre di più le vesti della “vulnerabilità”: basti pensare, solo ad esempio, all’adozione da parte delle aziende di tecniche sempre più sofisticate che cercano di manipolare gli utenti inducendoli a compiere scelte indesiderate (i cc. dd. *dark patterns* come definiti dal Considerando 67 del *Digital Services Act* (DSA)<sup>53</sup>.

Ma vi è di più.

L’introduzione dei c.d. “metaversi”, la cui *governance* è riservata in capo ad alcuni “*Tech Giants*”<sup>54</sup>, in cui le realtà *offline* e *online* tendono a fondersi, realizzando quella che viene definita l’era “*onlife*” ed in cui la distinzione tra reale e virtuale sembra scomparire<sup>55</sup>, fanno comparire inedite forme di vulnerabilità e pongono nuovi importanti interrogativi<sup>56</sup>.

Da ultimo le tecniche di c.d. *neuromarketing* pongono ulteriori domande sul rischio di condizionamento cognitivo del consumatore se è vero che gran parte del processo de-

---

*consumatori. Prove di futuro*, a cura di Grisi e Tommasi, Torino, 2024, 217 ss.; CORRIAS, *Il mercato come risorsa della persona vulnerabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 968 ss.; ID., *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati*, Napoli, 2022; AR. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Napoli, 2019, *passim*; EAD., *Persona vulnerabile e forme di condizionamento del volere*, in CORRIAS (a cura di), *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati*, Napoli, 2022, 59 ss.; ZORZI GALGANO, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contr. impr. Eur.*, 2010, 549 ss.; EAD., *I contratti di consumo e la libertà del consumatore*, Padova, 2012.

<sup>52</sup> Con riferimento specifico alla sostenibilità v. DEGL’INNOCENTI, *Verso un’autonomia contrattuale sostenibile. Profili regolatori europei delle catene globali del valore*, Pisa, 2024; CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Napoli, 2018, 83 ss.; PENNASILICO, *Economia circolare e diritto: ripensare la “sostenibilità”*, in *Pers. merc.*, 2021, 721 ss.

<sup>53</sup> Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali). Sul punto v. ORLANDO, *A proposito dei deceptive design (già dark) patterns*, in *Mercato digitale e tutela dei consumatori. Prove di futuro*, a cura di Grisi e Tommasi, Torino, 2024, 63 ss.

<sup>54</sup> Più in generale sul problema della regolazione della tecnologia e dell’intelligenza artificiale, anche con riferimento al contributo che possono offrire le Autorità amministrative indipendenti, v. ANGELONE, *Alla ricerca del paradigma regolativo ottimale. La governance dell’I.A. tra legislazione e regolazione*, in *Tecn. dir.*, 2024, 277 ss.

<sup>55</sup> Il termine “*onlife*” è un neologismo coniato dal filosofo Luciano Floridi: v. FLORIDI, *The Onlife Manifesto. Being Human in a Hyperconnected Era*, Springer, 2014.

<sup>56</sup> NAZZARO, *La natura giuridica del metaverso tra Stato, essential facility e giardino privato*, in Cassano, Scorza (a cura di), *Metaverso. Diritti degli utenti, piattaforme digitali, privacy, diritto d’autore, profili penali, blockchain e NFT*, Pisa, 2023, 55 ss.

cisionale individuale avviene nel subconscio del consumatore, passivo e non riflessivo<sup>57</sup>, piuttosto che attraverso una deliberazione attiva e consapevole<sup>58</sup>.

Il *neuromarketing*, come è noto, viene utilizzato per studiare le risposte che si attivano a livello cerebrale nel momento in cui un potenziale cliente viene esposto a stimoli sensoriali quali, ad esempio, una pubblicità o l'esposizione di uno *brand*. L'analisi dei dati condotta da sistemi di I.A. consente un netto affinamento di quelle pratiche che vanno ad influenzare il comportamento dell'utente poiché apre alla possibilità in via automatizzata di individuare e sfruttare le singole "falle cognitive" del singolo consumatore<sup>59</sup>.

Il fondamento del *neuromarketing* consiste nell'asserzione per la quale i consumatori non agiscono razionalmente. La ragion d'essere e la missione del *neuromarketing* consistono perciò nello studio e nello sfruttamento delle basi irrazionali ed emotive delle scelte, dei comportamenti e delle attitudini di consumo. Da questo punto di vista, non può sfuggire che il *neuromarketing*, per la sua stessa ragion d'essere e per la sua missione, rischia di porsi in diretto contrasto con lo sviluppo delle condizioni materiali necessarie per la pratica realizzazione del diritto all'educazione al consumo, previsto come diritto fondamentale dall'art. 2, co. 2, cod. cons.<sup>60</sup>, oltre che rientrare nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette di tipo aggressivo<sup>61</sup>.

Peraltro non vi è alcun dubbio in ordine al fatto che il divario informativo tra professionista e consumatore si va in tal modo ad ampliarsi attraverso l'utilizzo delle pratiche di profilazione e su cui il diritto europeo fatica ancora a fornire risposte adeguate alle problematiche di tutela che emergono in un contesto sempre più complesso, al confine tra la normativa a tutela dei consumatori e la protezione dei dati personali ai sensi del GDPR<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> Il rilievo è comune nella letteratura specialistica della *Behavioural Economics* che ha evidenziato gli effetti manipolativi della scelta di consumo ad opera dei sistemi algoritmici: sul punto v. già SUNSTEIN, *Fifty Shades of Manipulation*, in *Journal of Behavioral Marketing*, 2015, 38 ss.; CALO, *Digital Market Manipulation*, in *Geo. Wash. Law Review*, 2013, 82, 995 ss.

<sup>58</sup> YEUNG, *Hypernudge: Big Data as a mode of regulation by design*, in *The social power of algorithms*, a cura di Beer, New York, 2018, 117 ss.

<sup>59</sup> PARENZO, *Neuromarketing: un inventario di (spuntati) divieti contro il pericolo di una scelta manipolata*, in *Pers. merc.*, 2024, 542.

<sup>60</sup> ORLANDO, *Regole di immissione e "pratiche di intelligenza artificiale" vietate nella Proposta di Artificial Intelligence Act*, in *Persona e mercato*, 2022, 361.

<sup>61</sup> In via generale v., per tutti, BARGELLI, *L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: la nozione di "pratica commerciale"*, in AA.VV., *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, Torino, 2008, 78 ss.

<sup>62</sup> Tema che evidentemente sfugge ai limiti di questo scritto e su cui si rimanda, tra gli altri, a CARAPEZZA FIGLIA, *Decisioni algoritmiche tra diritto alla spiegazione e divieto di discriminare*, in *Pers. merc.*, 2023, 641 ss.; MONTINARO, *I sistemi di raccomandazione nelle interazioni tra professionisti e consumatori: il punto di vista del diritto dei consumi (e non solo)*, ivi, 2022, 368 ss.; MANTELETO, *The future of consumer data protection in the E.U. Rethinking the "notice and consent" paradigm in the new era of predictive analytics*, in *Computer Law and Security Review*, 2014, 30, 643 ss.

Nello specifico settore dell'intelligenza artificiale in ambito medico-sanitario, in ordine all'importante profilo della valutazione dei rischi derivati dall'applicazione di sistemi di I.A. con riferi-



Le prime tecniche di profilazione si basavano sulla raccolta automatizzata di dati con l'obiettivo di classificare i consumatori in gruppi omogenei in base ai loro comportamenti e caratteristiche. Questo consentiva ai professionisti di anticipare la domanda di consumo e personalizzare strategie di *marketing* e commercializzazione. L'integrazione dell'intelligenza artificiale nell'attività di profilazione<sup>63</sup>, unita alla crescente disponibilità di dati, ha portato oltre i tradizionali modelli di categorizzazione<sup>64</sup>, permettendo ai professionisti “di ottenere informazioni dettagliate non solo su gruppi di consumatori, ma anche su ogni singolo individuo (il c.d. *microtargeting*)”<sup>65</sup>: tale pratica, peraltro, può essere utilizzata per orientare i processi decisionali delle persone fisiche, distorcendone le scelte<sup>66</sup>.

Tanto è vero che oggi si parla espressamente di “*neurorights*” (libertà cognitiva, integrità mentale, continuità psicologica e “privacy mentale”)<sup>67</sup> a fronte dell'ampio spettro

---

mento al diritto alla c.d. spiegabilità, si vedano le considerazioni di C. PERLINGIERI, *Intelligenza artificiale in ambito medico-sanitario: profili di ricostruzione normativa a séguito dell'AI Act*, in *Rass. dir. civ.*, 2024, spec. 928 ss., ad avviso della quale “se vero è che l'art. 22 g.d.p.r. prescinde sia dalla piramide dei rischi inerenti ai diversi sistemi sia dagli otto settori individuati dal legislatore europeo nell'AI Act per i sistemi ad alto rischio e considera la spiegabilità mettendo a fuoco la lente sui dati utilizzati per la personalizzazione della decisione; è anche vero che con l'AI Act la spiegabilità è declinata utilizzando la stessa lente per controllare soprattutto la logica del funzionamento dei sistemi ad alto rischio con il richiamo non soltanto ai principali elementi della decisione adottata per valutare la qualità e l'adeguatezza dei dati, ma anche con riferimento al processo decisionale”.

<sup>63</sup> HACKER, *Manipulation by algorithms. Exploring the triangle of Unfair Commercial Practice, Data Protection, and Privacy Law*, in *European Law Journal*, 2021, 17 ss.

<sup>64</sup> Sul punto si rimanda più compiutamente a MONTINARO, *Riconoscimento delle emozioni e marketing personalizzato*, in *Pers. merc.*, 2024, 847 ss., spec. 880 ss.

<sup>65</sup> Così correttamente AMIDEI, *La tutela del consumatore “profilato”: obblighi informativi e asimmetrie negoziali*, in *Giur. it.*, 2025, 461-462.

<sup>66</sup> CASARETO DAL VERME, *Artificial Intelligence, Neuroscience and Emotional Data. What Role for Private Autonomy in the Digital Market?*, in *Erasmus Law Review*, 2024, 3 s.

<sup>67</sup> In argomento tra i tanti, senza pretesa di completezza, v. LIV, *Neurolaw: Brain-Computer Interfaces*, in *University of St. Thomas Journal of Law & Public Policy*, 15, 2021, 328 ss.; LI, DING, CONTI, *Brain-Computer Interface applications: Security and privacy challenges*, in *IEEE Conference on Communications and Network Security (CNS)*, 2015, 663 ss.; MALGIERI – COMANDÈ, *Sensitive-by-Distance: Quasi-Health Data in the Algorithmic Era*, in *Inf. Commun. Technol. Law*, 2017, 229 ss.; L. TAFARO, *Some Reflections on Neuroscience and Civil Law*, in *Neuroscience and Law*, 2021, 113 ss.; EAD., *Neuromarketing e tutela del consenso*, Napoli, 2018; EAD., *Neuroscienze e diritto civile: nuove prospettive*, in *Riv. Bio dir.*, 2017, 257 ss.; MOLLO, *La vulnerabilità tecnologica. Neurorights ed esigenze di tutela: profili etici e giuridici*, in *European Journal of Privacy Law and Technologies*, 2021, 199 ss.; M. IMBRENDA, *Persona e scelte di consumo fra conoscenze neuroscientifiche e nuove frontiere tecnologiche, in Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2021, 816 ss.; TUCCARI, *Neuromarketing: un'assistematica disciplina ...oltre il consenso?*, in *Pers. merc.*, 2024, 512 ss.; SPOSINI, *Impact of New Technologies on Economic Behavior and Consumer Freedom of Choice: from Neuromarketing to Neuro-Rights*, in *Journal of Digital Technologies and Law*, 2024, 74 ss.; PANICHELLA, *La tutela del consumatore alla sfida del neuromarketing*, in *Federalismi.it*, 2024, 209 ss.

di tecnologie digitali e sistemi di I.A. che rischiano di compromettere determinati diritti dell'utente<sup>68</sup>.

In ottica comparativa molto interessante risulta essere il *Colorado Privacy Act*, come modificato in data 21 febbraio 2024, che ha esteso il diritto alla protezione della riservatezza ai dati neurali di una persona: la nuova definizione di “dati sensibili” contenuta in questa legge include i dati biologici e “neurali” generati dal cervello, dal midollo spinale e dalla rete di nervi che trasmette messaggi in tutto il corpo. In tal modo, pertanto, la protezione si sposterebbe da un piano tipico della *consumer protection* a quella inevitabilmente connesso della *data protection*.

Si apre, pertanto, tutta una serie di interrogativi su come assicurare la protezione del consumatore/utente che qui si può solamente provare ad elencare: come ottenere il consenso esplicito e informato dei consumatori prima di utilizzare le tecniche di *neuromarketing*<sup>69</sup>; come divulgare in modo trasparente la natura e lo scopo della ricerca, come prevedere comitati di revisione etica indipendenti per valutare e approvare gli studi di *neuromarketing*, nell'ottica della multidisciplinarietà<sup>70</sup>, assicurandosi che essi aderiscano a rigorosi standard etici ed infine come divulgare pubblicamente i metodi di ricerca di *neuromarketing*, i risultati e ogni potenziale conflitto di interesse per guadagnare la fiducia dei consumatori.

Nel Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale n. 1689/2024 (AI Act), infine, si attribuisce un senso peculiare alla nozione di vulnerabilità dell'utente.

Essa si trova in primo luogo associata alla persona o al gruppo di persone. I gruppi che vengono citati sono i minori (considerando 29 e 48, art. 9, co. 9), i disabili (considerando 29 e 165), le persone dipendenti da prestazioni e servizi essenziali (considerando 58), i migranti (considerando 60), minoranze razziali o etniche (considerando 67), persone in specifiche situazione sociale o economica (considerando 29, art. 5, co. 1 lett. b, art. 7, lett. h).

Sembra interessante comprendere se tale senso di particolare vulnerabilità del consumatore sia declinata, come sembrerebbe, in una direzione più categorizzante che strettamente “situazionale”<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> Sul punto si veda l'attento studio di GATT, CAGGIANO, GAETA, MOLLO, *BCI devices and their legal compliance: A prototype tool for its evaluation and measurement*, in *European Journal of Privacy Law and Technologies*, 2022, 302 ss.

<sup>69</sup> A partire ovviamente dall'art. 22 GDPR (dedicato al “Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione”), nella misura in cui va a delineare un divieto generale di decisioni basate unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, capaci di produrre effetti giuridici significativi sulla persona.

<sup>70</sup> Sul punto v. le considerazioni di PASCUZZI, *Quale formazione per la ricerca interdisciplinare?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2021, 337 ss., il quale condivisibilmente conclude ritenendo che sia necessario che “il sapere scientifico/tecnologico si innesti su un pensiero di base umanistico che consenta di fare scelte più consapevoli dei problemi e dei valori in gioco. E lo stesso sapere umanistico deve avere gli strumenti per comprendere il pensiero scientifico/tecnologico perché solo così può affrontare appieno i problemi etico/morali che lo stesso genera”.

<sup>71</sup> Su tale definizione v. DUIVENVOORDE, *Redesigning the UCPD for the Age of Personalised Marke-*

Le pratiche di *neuromarketing* basate su sistemi di I.A. rientrano nell’ampia definizione di “sistema di intelligenza artificiale” fornita dall’art. 3, n. 1 Reg. UE n. 1689/2024 (AI Act)<sup>72</sup> che, infatti, si applica a qualsiasi “*sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall’input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali*”.

Come è noto, l’AI Act adotta un “approccio basato sul rischio”, considerando il rischio generato dai sistemi di I.A. rispetto ai diritti e alle libertà fondamentali. Vi sono, quindi, quelle pratiche che generano un “rischio inaccettabile” e sono quindi vietate; i “sistemi di I.A. ad alto rischio” che, invece, sono consentiti ma solo a specifiche condizioni; e, infine, quelle applicazioni per le quali, presentando solo un “rischio basso o minimo”, vi sono essenzialmente obblighi di trasparenza.

L’art. 5, AI Act vieta due tipi di pratiche considerate manipolative, ossia un sistema di I.A. che impiega tecniche subliminali “*al di là della coscienza di una persona al fine di distorcerne materialmente il comportamento in modo tale da provocare o da poter provocare a tale persona o ad un’altra un danno fisico o psicologico*” (lett. a) e “*che di provocare a quella persona o a un’altra persona un danno fisico o psicologico*” (lett. a) e “*che sfrutta una qualsiasi vulnerabilità di un gruppo specifico di persone a causa della loro età, di una disabilità fisica o mentale, al fine di distorcere materialmente il comportamento di una persona appartenente a tale gruppo in modo tale da provocare o da poter provocare a quella persona o a un’altra persona un danno fisico o psicologico*” (lett. b).

Tale divieto si verifica quando sussiste (o è probabile che vi sia) un’incidenza significativa sull’autonomia, sul processo decisionale e sulla libera scelta delle persone fisiche<sup>73</sup>: si è pertanto al di fuori dell’ambito di applicazione della nozione di “consumatore medio”.

#### 4. Verso una nuova configurazione della nozione di consumatore?

La pronuncia che ha sollecitato le nostre considerazioni conduce inevitabilmente ad alcune riflessioni conclusive che, ancora una volta, rappresentano un ulteriore pas-

ting, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2023, 177 ss.

<sup>72</sup> Sul problema definitorio si veda BERTOLINI, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile. Problema, sistema, funzioni*, Bologna, 2024, 15 ss.

<sup>73</sup> MONTINARO, *Riconoscimento delle emozioni e marketing personalizzato*, cit., 893-894, la quale nota come “*il requisito del danno, ivi previsto, da un lato, è di ampia interpretazione, in quanto comprende casi in cui viene colpita un’altra persona o un gruppo di persone; per altro verso, esso sembra essere soddisfatto solo quando il danno sia significativo. In merito, il Considerando 29 cita, tra i criteri da prendere in considerazione, la probabilità di “effetti negativi sufficientemente importanti sulla salute fisica, psicologica o sugli interessi finanziari” delle persone fisiche, con il risultato di rendere ardua la dimostrazione che si sia verificato un danno siffatto in un caso specifico*”.

saggio in attesa di nuovi arresti giurisprudenziali (ritenendo che ormai non sia più alle porte una modifica legislativa delle varie nozioni di consumatore) che possono solo chiarire, per quanto possibile, la nozione di consumatore medio *ex art.* 20 cod. cons. (ma anche probabilmente di quella “classica” di consumatore *ex art.* 3 cod. cons.<sup>74</sup>).

Appare chiaro come oggi all’interno del paradigma del consumatore si stagliano figure differenti di utenti, alcuni dotati di una certa malizia o quantomeno capacità di muoversi nel mercato con una buona dose di disinvoltura mentre altri, al contrario, certamente più inclini ad essere ingannati<sup>75</sup>.

Negli ultimi anni le politiche europee ed interne sembrano muovere sempre più verso il c.d. *empowerment* dei consumatori, rafforzando il ruolo degli stessi nella dichiarata ottica di raggiungere sempre di più l’idea di un consumatore attivo, capace di ottenere informazioni sui prodotti, ad esempio confrontandoli e valutando l’esperienza di consumo e comunque, più in generale, capace di porsi in una posizione differente rispetto alla tradizionale immagine del consumatore statico quale contraente debole per eccellenza<sup>76</sup>.

La “*New Consumer Agenda. Strengthening consumer resilience for sustainable recovery*”<sup>77</sup> evidenzia il ruolo del consumatore medio anche nell’ambito delle nuove contrattazioni digitali, sottolineando, forse con troppa enfasi, la responsabilizzazione dello stesso all’interno dell’ecosistema digitale.

Un possibile riferimento nel nostro ordinamento si può rinvenire nel “*Quadro strategico 2022-2025*” dell’Autorità di Regolazione per energia, reti e ambiente (ARERA)<sup>78</sup> che individua nel rafforzamento del “consumatore consapevole” uno degli obiettivi generali dell’azione regolatoria dell’Autorità<sup>79</sup>.

<sup>74</sup> In ordine a tale nozione sempre utili le indicazioni di MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contr. Roppo*, IV, *Rimedi* – 1, a cura di Gentili, 2a ed., Milano, 2023, 523 ss.

<sup>75</sup> La possibilità di individuare dei sottogruppi di utenti muniti di un grado di avvedutezza superiore o inferiore rispetto a quella dell’*average consumer* emerge, peraltro, dal riferimento al «membro medio» (del gruppo di consumatori) operato dall’art. 20 cod. cons., di guisa che può rendersi necessario “*un adattamento del parametro [del consumatore medio] alle peculiari caratteristiche (“medie”) dello specifico gruppo di consumatori cui il professionista indirizza i messaggi pubblicitari, le dichiarazioni e le comunicazioni finalizzate alla promozione di un bene o di un servizio*” (DE CRISTOFARO, voce «*Pratiche commerciali scorrette*», in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, 1095).

<sup>76</sup> Per una completa ricostruzione del quadro normativo europeo in materia di consumatore si veda DE CRISTOFARO, *Diritto italiano ed europeo dei consumatori. Studi*, Padova, 2024, 11 ss.

<sup>77</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, “*Nuova agenda dei consumatori - Rafforzare la resilienza dei consumatori per una ripresa sostenibile*”, COM/2020/696 final, consultabile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0696>.

<sup>78</sup> Deliberazione 13 gennaio 2022 – 2/2022/A, consultabile in <https://www.arera.it/fileadmin/allegati/docs/22/002-22.pdf>.

<sup>79</sup> Riporta la Strategia a p. 12 come una delle principali linee di intervento sia il “*Potenziamento della consapevolezza dei consumatori rafforzando l’informazione circa i loro diritti, anche mediante pubblicazioni comparative e delineando gli interventi e gli strumenti regolatori sulla base, tra l’altro, di indagini demoscopiche. I risultati delle indagini comparative sulla percezione dei clienti finali relativamente alla qualità dei call center e dei servizi di trattazione dei reclami dei venditori elettrici e gas saranno resi dispo-*

Gli indici positivi in questo settore, peraltro, sono molteplici ed emblematici di un diverso modo di intendere la figura del consumatore: in primo luogo, le Direttive sulle fonti energetiche rinnovabili del 2018 (nn. 2018/2001 e 2018/2002) e, poi, il d. lgs. 8 novembre 2021, n. 199 esprimono a tutti gli effetti il concetto della c.d. neutralità climatica<sup>80</sup>.

Nello specifico l'art. 30 del decreto in questione prevede la figura degli “*autoconsumatori di energia rinnovabile*” come un cliente finale che “*produce energia elettrica rinnovabile per il proprio consumo*”, la può immagazzinare, accumulare e può anche venderla<sup>81</sup>.

Inoltre al co. 2, in modo tendenzialmente inedito, si stabilisce anche che gli autoconsumatori possono agire collettivamente e costituirsi, a determinate condizioni, in gruppo. Attraverso tali nuovi strumenti il consumatore si autodetermina, sceglie ed influenza lo stesso mercato.

A ben vedere, pertanto, nell'ampio reticolato legislativo in materia consumeristica non esistono solo consumatori vulnerabili ma emergono altre figure di consumatori attivi e partecipativi: il riferimento va al consumatore inteso come “portatore di interessi” ai sensi della recente direttiva UE n. 1760/2024<sup>82</sup>, cioè un soggetto partecipe che può e deve essere coinvolto dagli altri attori del mercato per il contributo appunto “attivo” che egli è in grado di fornire in termini di opinioni, scelte, orientamenti<sup>83</sup>.

---

*nibili con modalità semplificata e di immediata fruizione, andando potenzialmente a costituire elementi di supporto alla scelta del fornitore. Specifiche misure volte a promuovere una migliore comprensione del servizio, da parte degli utenti, verranno poi adottate sia nel settore dei rifiuti (ad esempio attraverso campagne di informazione e sensibilizzazione da parte dei gestori/associazioni consumatori/Autorità) che nel settore idrico, con riferimento al quale verranno proseguite le attività tese alla promozione del risparmio idrico, svolte in coerenza con le linee strategiche di azione per il triennio 2019-2021, rafforzandole anche grazie alla collaborazione con le altre Amministrazioni dello Stato, per l'effettuazione di campagne informative a cui, peraltro, è destinato il “Fondo per la promozione dell'uso consapevole della risorsa idrica”, istituito dalla Legge di Bilancio 2021. Nei settori energetici, specifiche 13 campagne informative accompagneranno il superamento delle tutele di prezzo, anche in collaborazione con altri enti e Istituzioni”.*

<sup>80</sup> Sul punto v. TOMASICHIO, *L'avvento delle comunità energetiche. Quale prospettiva per l'Italia e l'Europa?*, in *Munus*, 2022, 722.

<sup>81</sup> FERRARI, *Dalle smart grids alle comunità energetiche*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2022, 193 s. Sul punto v. anche CAPPELLI, *Appunti per un inquadramento privatistico dell'autoconsumo di energia rinnovabile nel mercato elettrico: il caso delle comunità energetiche*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 381 ss.; RENNA, *Le comunità energetiche e l'autoconsumo collettivo di energia. Tutela della concorrenza e regolazione del mercato*, ivi, 2024, 161 ss.; RUGGERI, *Consumatore e prosumerismo energetico nel quadro regolatorio europeo*, in *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, 392 ss.; MELI, *Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di «energy sharing». Commento a dec. legge 30 dicembre 2019 n. 162 (Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica) art. 42-bis*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 630 ss.

<sup>82</sup> PESCATORE, *Figure soggettive della sostenibilità*, in *Nuovo dir. civ.*, 4, 2024, 47.

<sup>83</sup> A parere di FEMIA, *Responsabilità civile e climate change litigation*, in *Enc. dir.*, I tematici, VII, *Responsabilità civile*, diretto da C. Scognamiglio, Milano, 2024, 864 ss., i “diritti” del portatore di interessi potrebbero essere ricondotti tra i c.d. “diritti individuali trans-soggettivi”: per la cui ricostruzione storica Id., *Sentimento e moltitudine. Rudolf von Jhering tra interessi ideali e beni comuni*, Bologna, 2024, 177 ss.

Un consumatore certamente dinamico rispetto al quale non rilevano le caratteristiche soggettive negative, che ne sottolineano il deficit informativo e con ciò la debolezza ma quelle positive, in grado di garantire la presenza sul mercato, a livello macroeconomico, di soggetti dotati di una più matura consapevolezza del proprio ruolo<sup>84</sup>. Tale figura non va a contrapporsi a quella del consumatore vulnerabile “categoriale” ma probabilmente potrebbe limitarne l’estensione con riferimento alla c.d. vulnerabilità “situazionale”.

Tali addentellati normativi sembrano in sostanza confermare il pensiero precorritore di quella attenta dottrina che già qualche anno fa notava come ogni nuova definizione sembra richiamare, per utilizzare la bella immagine di “*un sasso gettato con crescente vigore nell’acqua di uno stagno*”<sup>85</sup>. Secondo tale concezione si determina, difatti, il dilatarsi del perimetro dei cerchi che, però, vengono ad aggiungersi l’uno all’altro, ma che, in quanto concentrici, impongono, comunque, di non ignorare del tutto la centralità del consumatore nel dilatarsi di una figura la quale si amplia, pur non travolgendo la primitiva configurazione.

Si impone, tuttavia, ancora la ricerca di criteri idonei ad individuare correttamente i rapporti tra le diverse discipline. Gli obblighi informativi appaiono come uno dei pilastri, ma non certamente l’unico, sul quale si basa la consapevolezza della scelta di consumo. Tali obblighi si caratterizzano in diversi modi, assumono connotati diversi ed una diversa rilevanza con riferimento a specifiche attività di consumo<sup>86</sup> ma risulta tuttavia innegabile che essi mirano al medesimo risultato<sup>87</sup>.

Frammentazione e riaggregazione che segnano la nozione di consumatore e la sua consapevolezza riaffiorano, quindi, anche per quanto riguarda il modo di intendere il consumatore medio, dovendo tenere conto del punto nodale dal quale muove ogni ragionamento al riguardo: si guarda, difatti, alla necessaria consapevolezza che deve assistere le scelte di consumo e coinvolge, già a monte, la figura del consumatore medio, che tutte queste figure dovrebbe ricomprendere<sup>88</sup>.

<sup>84</sup> BARTOLINI, *Cosa resta del «consumatore» nel mercato della transizione energetica?*, in *La transizione verso nuovi modelli di produzione e consumo di energia da fonti rinnovabili*, cit., 24-25.

<sup>85</sup> ROSSI CARLEO, *Il turista - viaggiatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 639.

<sup>86</sup> Sulla funzione rimediabile degli obblighi informativi v. GRISI, *Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi*, in *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, cit., 59 ss.

<sup>87</sup> Il tema trascende queste brevi notazioni, utile per un inquadramento appare un primo rinvio a ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2023, 254 ss.

<sup>88</sup> In una interessante prospettiva attenta al consumatore e alle nuove vulnerabilità che, in una visione trasversale, arriva a superare la categoria uniforme del consumatore medio, spostando l’attenzione “*sulle modalità con cui uno Stato responsabile deve operare per andare incontro ai bisogni derivanti dalla dipendenza inevitabile e derivativa degli individui*” e che rinviene “*nella tecnologia il perno da cui muovere per tornare ad una unità di sistema*”, v. RABITTI – BASSAN, *Il consumatore e le nuove vulnerabilità*, Introduzione a “*Il consumatore vulnerabile fra innovazione e diritti fondamentali*”, *Consumerism 2022*, Quindicesimo rapporto annuale a cura dell’Università degli Studi

Pertanto sembra delinarsi un quadro che nasce dalla tradizionale contrapposizione tra il contraente forte (professionista) e il contraente debole (il consumatore in primo luogo ma anche le microimprese<sup>89</sup>) dal quale emergono situazioni legate a specifici settori produttivi o nell'ambito di ecosistemi digitali<sup>90</sup> in cui la debolezza viene riferita forse ad uno stadio primordiale cioè a quello della persona (prima ancora del consumatore)<sup>91</sup>, sia intesa individualmente che nella prospettiva relazionale dell'appartenente ad una categoria protetta<sup>92</sup>.

Il criterio di scelta ed assegnazione di diritti e della relativa tutela dovrebbe essere mosso, per dirla con le parole di autorevole dottrina “sulla base di un generalizzato confronto interpersonale che valuta le reciproche pretese di libertà e cerca di assicurare la soddisfazione di tutte le pretese nella maniera più estesa e più ugualitaria possibile”<sup>93</sup>.

Tale confronto, pertanto, rimane ancora del tutto aperto e lascia inesplorate che le nuove strade che la giurisprudenza unionale potrà nel futuro percorrere.

## ABSTRACT

Lo scritto prende spunto dalla recente pronuncia della Corte di Giustizia UE in materia di interpretazione della nozione di consumatore medio che ha confermato la tradizionale interpretazione aprendo tuttavia in alcuni casi alla valutazione caso per caso attraverso un giudizio di rilevanza svolto in base al principio di proporzionalità. L'autore

---

“Roma Tre”; la versione integrale del Rapporto è consultabile su <https://www.consumersforum.it/iniziativa/2022/5112-il-consumatore-vulnerabile-tra-innovazione-e-diritti-fondamentali.html>.

<sup>89</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a TRUBIANI, *I contratti delle microimprese: regole del mercato e controllo giudiziale*, Napoli, 2020.

<sup>90</sup> Nota correttamente FERRETTI, *Mercato digitale e empowerment del consumatore: verso la necessità di una nuova interpretazione del consumatore 'medio'. Implicazioni per la regolamentazione del mercato interno dell'Unione Europea*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2024, 204-205 che “La vulnerabilità deriva anche dal fatto che, nei mercati digitali, i consumatori spesso si disimpegnano. Lasciano che sia l'algoritmo a guidarli. È quanto mai raro che tentino di disattivare gli avvisi sulla privacy o di cercare un'offerta migliore, pur sapendo che i prezzi possono essere personalizzati. Non leggono i termini e le condizioni che consentono all'operatore di raccogliere dati e utilizzarli a proprio vantaggio, e così via... Il disimpegno è il risultato del funzionamento di un mercato che si ostina a trattare i consumatori in modo iniquo, creando così una vulnerabilità, oltre a creare malfunzionamenti nel mercato stesso. I consumatori fanno solo la cosa più razionale possibile: non perdono tempo a leggere le note sulla privacy o i termini e le condizioni”.

<sup>91</sup> RABITTI – BASSAN, *L'“evoluzione” del consumatore: dal consumatore medio al consumatore attivo*, in *Il consumatore: responsabile, attivo, partecipativo*, cit., 12.

<sup>92</sup> Profilo quest'ultimo che sembra aprire ad una più ampia riflessione di ordine generale con riferimento al tema dell'autonomia privata e dei soggetti di diritto. Per utili spunti si veda BARBA, *I soggetti dell'attività giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 922 ss., spec. 927-928.

<sup>93</sup> DENOZZA, *Il mercato, e la sua tutela, tra diritto privato “relazionale” e diritto privato “regolatorio”*, in questa *Rivista*, 2024, 150.

evidenzia la sostanziale correttezza della decisione ma al contempo ritiene che i rischi di una apertura eccessiva possa compromettere la calcolabilità del diritto e la certezza del mercato, anche a fronte della proliferazione di nuove normative europee e nazionali che, invece, aprono ad una diversa concezione di consumatore, inteso come un soggetto attivo e partecipativo.

*The paper takes its cue from the recent ruling of the EU Court of Justice on the interpretation of the notion of the average consumer, which confirmed the traditional interpretation while opening in some cases, however, to case-by-case assessment through a judgment of relevance carried out according to the principle of proportionality. The author highlights the substantive correctness of the decision but at the same time believes that the risks of excessive openness may undermine the calculability of law and market stability, even in the face of the proliferation of new European and national regulations that, instead, open to a different conception of the consumer, understood as an active and participatory subject.*





### La Corte di giustizia e il consumatore euristico: (non) tutto ciò che è reale è razionale



Edoardo Bacciardi

Ricercatore dell'Università di Pisa

**SOMMARIO:** 1. Una questione di proporzionalità. – 2. «Capacità decisionale» del consumatore e asimmetria di ponderazione. – 3. L'offerta congiunta di mutui e polizze come pratica (potenzialmente) scorretta ... – 3.1. (Segue) ... e i limiti del potere del Garante di imporre un intervallo temporale tra la stipula dei contratti abbinati. – 4. Consumatore medio e "dintorni". – 5. Euristiche, pregiudizi cognitivi e *normale tollerabilità* del *rumore* prodotto dalle pratiche commerciali.

#### 1. Una questione di proporzionalità

Il *benchmark* eurounitario di consumatore medio non ricalca pedestremente lo stereotipo dell'*homo oeconomicus*. L'incidenza dei *behavioral biases* sulla reazione «tipica» del destinatario di una pratica commerciale rileva entro i limiti tracciati nel *considerando* 18 della dir. 2005/29/CE.

Lungo queste due proposizioni si articola il *lifting* dello standard di *average consumer* operato dalla Corte di giustizia<sup>1</sup>. Ad oltre un quarto di secolo dalla sentenza *Gut Springenheide*<sup>2</sup>, il giudice unionale torna, così, a pronunciarsi sull'alternativa – tra un consumatore «disattento ed acritico» ovvero «attento ed accorto» – dal cui scioglimento

<sup>1</sup> Corte giust., 14 novembre 2024, causa C-646/22, in *Foro it.*, 2025, I, 4, 30 ss., con nota di BONA – BONINI, *Una formidabile partita a scacchi: Consiglio di Stato, Corte di giustizia e pratiche commerciali sleali* e in *Contratti*, 2025, I, 108 ss.

<sup>2</sup> Corte giust., 16 luglio 1998, causa C-210/96.

aveva preso corpo l'immagine dell'agente «normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto» confluita nel preambolo della dir. 2005/29/CE.

Lo stimolo per rimaneggiare la nozione autonoma in discorso deriva dal procedimento avviato ai sensi dell'art. 27 cod. cons. nei confronti di Compass Banca, “rea” – ad avviso dell'AGCM – di avere indebitamente condizionato il pubblico dei consumatori attraverso una strategia commerciale di abbinamento fra contratti di credito e prodotti assicurativi non collegati ai prestiti<sup>3</sup>. Nel sondare la conformità di tale condotta d'impresa ai dettami della dir. 2005/29/CE, il Consiglio di Stato aveva isolato una serie di interrogativi che richiedevano altrettanti chiarimenti da parte del giudice unionale.

Avallando, in larga misura, le conclusioni dell'Avvocato Generale Nicholas Emiliou, la Corte di giustizia esclude che gli effetti delle pratiche commerciali sul comportamento dei consumatori debbano essere valutati in chiave puramente teorica, occorrendo «tener conto anche di considerazioni più attinenti alla realtà». Al contempo, la rilevanza delle deviazioni cognitive che scandiscono l'agire consumeristico – e che sarebbe «inopportuno» occultare dietro lo schermo del prototipo di individuo «avvertito e responsabile»<sup>4</sup> – soggiace ad un filtro di compatibilità con le precisazioni ricavabili dal preambolo della dir. 2005/29/CE.

Nel *considerando* 18, in particolare, le origini del paradigma di *average consumer* vengono ricondotte alla giurisprudenza unionale formatasi sotto l'egida del principio di proporzionalità<sup>5</sup>. Lo stesso canone interpretativo presiede al bilanciamento tra la libertà

<sup>3</sup> Cons. Stato, 10 ottobre 2022, n. 8650, in *Foro it.*, 2022, III, 529, con nota di BONA – BONINI, *Tutela del consumatore e nuovi paradigmi scientifici (scienze cognitive e neuroscienze varcano la soglia di palazzo Spada)*, 101 ss., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, IV, 781 ss., con nota di SPOSINI, *Dal consumatore medio alla razionalità limitata nella direttiva 29/2005 CE*.

Si sono soffermati sulle questioni sollevate nell'ordinanza di rinvio PAGLIANTINI, *Quando il rinvio pregiudiziale è “dottrinale”: vendita abbinata ex art. 120-quinquies cod. ass., pratica aggressiva e razionalità limitata del consumatore medio*, in *Pactum*, 2023, II, 15 ss.; ID., *Irrazionalità del consumatore medio. Pratiche aggressive e regole di tutela*, in *Liber amicorum* per Paolo Zatti, I, Napoli, 2023, 467 ss.; CAMILLERI, *Pratiche commerciali scorrette, safety net e nuove vulnerabilità: prospettive e limiti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, I, 197 ss., spec. 216 ss.; SENIGAGLIA, *Consumatore, vulnerabilità e principio di trasparenza tra razionalità e bias cognitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, VI, 1522 ss.; FERRETTI, *The consumer image under EU law: Average, rationally bounded and dispositionally vulnerable. What are the prospects for protection in digital markets?*, in *Common Market Law Review*, 2025, 62, 121 ss.; MAGLIARI, *Consumatore medio, razionalità limitata e regolazione del mercato*, in *Riv. regolazione mercati*, 2023, 374; TRUBIANI, *Le incerte sorti del “consumatore medio” tra condizionamenti cognitivi e nuove aperture della giurisprudenza*, su questa *Rivista*, 2023, I, 101 ss.; BACCIARDI, *Lo standard del consumatore medio tra homo oeconomicus e homo heuristicus*; su questa *Rivista*, 2023, I, 77 ss.

<sup>4</sup> ALPA, *Consumatore e produttore (storia)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castrovino*, I, Napoli, 2018, 356.

<sup>5</sup> Cfr. VILLANACCI, *La ragionevolezza nella proporzionalità del diritto*, Torino, 2020; G. PERLINGIERI – FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017; EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, Londra, 1996; ELLIS (a cura di), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, 1999, Oxford, 1999; HARBO, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Leiden, 2015; Cfr. TRIDIMAS, *The Principle of Proportionality*, in SCHÜTZE – TRIDIMAS (a cura di), *Oxford Principles of European Union Law*, I, Oxford, 2018, 243 ss.

di espressione pubblicitaria e la protezione dei consumatori, quest'ultima elevata – fin dal caso *Cassis de Dijon* – ad esigenza imperativa suscettibile di comprimere la circolazione intracomunitaria di beni e servizi.

Data la premessa per cui il *target* di consumatore medio «si basa sul principio di proporzionalità»<sup>6</sup>, il riscontro di una pletera di euristiche – spontanee ovvero indotte dalle imprese – capaci di minare la razionalità individuale non esime l'interprete dal verificare se il pregiudizio cognitivo di volta in volta scrutinato<sup>7</sup> sia o meno idoneo a falsare *in misura rilevante* le condotte delle persone fisiche che agiscono al di fuori della loro attività professionale. Si rivelerebbe, a tal fine, controproducente una esegesi delle norme della direttiva che assumesse quale metro soggettivo un individuo «a tal punto poco informato, attento e avveduto» da rendere «irragionevole o sproporzionato» l'obiettivo di presidiarne ad ogni costo la consapevolezza<sup>8</sup>.

È, dunque, al metronomo della proporzionalità che occorre rifarsi per selezionare le deviazioni dalla *rational choice theory* in grado di rendere «più realistica»<sup>9</sup> la valutazione dell'impatto delle pratiche commerciali sulla formazione delle decisioni di consumo, senza infrangere l'*equilibrio* – condensato nella clausola *de minimis*<sup>10</sup> che percorre l'articolato della dir. 2005/29/CE – tra «concorrenzialità del mercato» e «tutela del consumatore»<sup>11</sup>.

Si tratta di un canone di giudizio che deve al proprio cosmopolitismo<sup>12</sup> la capacità di adattarsi a contesti e obiettivi di politica del diritto fra loro eterogenei<sup>13</sup>. Nell'ordinamento unionale<sup>14</sup> esso svolge le distinte, seppure interconnesse, funzioni di *integrazione del mercato* attraverso lo scrutinio delle limitazioni nazionali agli scambi transfrontalieri, di *protezione dei diritti fondamentali* dalla ingerenza delle autorità pubbliche e di *base giuridica* (e *limite*) rispetto all'espansione delle competenze unionali<sup>15</sup>.

<sup>6</sup> Orientamenti sull'applicazione/interpretazione della dir. 2005/29/CE; 2021/C-526/01.

<sup>7</sup> La necessità di improntare ad un «approccio casistico» la valutazione sull'idoneità della pratica commerciale a pregiudicare la libertà di scelta del consumatore è rimarcata da SENIGAGLIA, *op. cit.*, 1528.

<sup>8</sup> In questi termini cfr. Conclusioni AG, causa C-646/22.

<sup>9</sup> PURNHAGEN, *More Reality in the CJEU's Interpretation of the Average Consumer Benchmark - Also More Behavioural Science in Unfair Commercial Practices*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2017, 438.

<sup>10</sup> V.MELI, «Diligenza professionale», «consumatore medio» e regola di *de minimis* nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, in V. MELI – MARANO (a cura di), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Torino, 2011, 38-40.

<sup>11</sup> TRUBIANI, *op. cit.*, 118.

<sup>12</sup> L'espressione è di HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco del diritto costituzionale*, Modena, 2015.

<sup>13</sup> Sulla «estensività» del principio a «tutta l'area del diritto» cfr. VILLANACCI, *op. cit.*, 50-51.

<sup>14</sup> Il canone della proporzionalità viene ricondotto tra i principi generali del diritto europeo da REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, 2014 e TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, 2<sup>a</sup> ed., Oxford, 2007.

<sup>15</sup> TRIDIMAS, *The Principle of Proportionality*, *cit.*, 244.

Delimitando ulteriormente lo spettro dell'indagine al settore della comunicazione d'impresa, la Corte di giustizia si è avvalsa del principio di proporzionalità quale parametro di validità delle fonti unionali limitative di talune forme di pubblicità<sup>16</sup>, nonché per sondare l'eurocompatibilità delle restrizioni municipali del *commercial speech*<sup>17</sup>. Nella sua diversa accezione di filtro di congruità tra gli effetti socialmente nocivi di un contegno illecito e la misura delle corrispondenti sanzioni, il *proportionality test* governa il vaglio sulla legittimità della compressione della garanzia del *ne bis in idem*, ritenuta dalla Corte di giustizia operante – ed eppure, a certe condizioni, derogabile – nel settore delle pratiche scorrette<sup>18</sup>.

Il (rispetto del) vincolo della proporzionalità costituisce, infine, la bussola assiologica che ha orientato il legislatore europeo nella codificazione dei divieti scolpiti nella dir. 2005/29/CE. Oltre che nei *considerando* 18 e 23, il principio è evocato sia ai fini della valutazione dell'impatto, talora «trascurabile», delle pratiche sui consumatori (*considerando* 6), sia per evidenziare come una compressione della circolazione di servizi e merci ovvero della libertà di stabilimento possa essere giustificata dal perseguimento di obiettivi di «interesse pubblico», purché gli «ostacoli» all'uopo introdotti siano «proporzionati» a tali finalità (*considerando* 5). Rispetto alle conseguenze della declaratoria di scorrettezza della pratica, il *considerando* 22 e l'art. 13 della direttiva – ai quali fa eco, sul versante dell'*enforcement* privatistico, l'art. 11-bis<sup>19</sup> – precisano che le sanzioni inflitte al professionista «devono essere effettive, proporzionate e dissuasive»<sup>20</sup>.

La duttilità del criterio è alla base delle obiezioni riguardanti l'imprevedibilità del correlato giudizio<sup>21</sup>. Ad acuire la variabilità degli esiti del test di proporzionalità contri-

<sup>16</sup> Si pensi alle norme unionali limitative della commercializzazione dei prodotti da tabacco, ripetutamente esaminate dalla Corte sotto il profilo del rispetto del principio di proporzionalità (Corte giust., 5 ottobre 2000, causa C-376/98; Corte giust., 12 dicembre 2006, causa C-380/03).

<sup>17</sup> TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, cit., 193 ss.

<sup>18</sup> Corte giust., 14 settembre 2023, causa C-27/22, in relazione alla quale v. DE MARZO, *Ne bis in idem e sanzioni irrogate per pratiche commerciali sleali*, in [www.ilforoitaliano.it](http://www.ilforoitaliano.it).

<sup>19</sup> Mentre, peraltro, i destinatari del monito unionale ad introdurre rimedi privatistici *proporzionati ed effettivi* sono i legislatori nazionali, la pedissequa trasposizione della norma nel testo dell'art. 27, comma 15 bis, cod. cons. – a mente del quale i consumatori lesi da una pratica scorretta possono «adire il giudice ordinario al fine di ottenere rimedi proporzionati ed effettivi» – rende l'autorità giudiziaria il (nuovo) destinatario del vincolo di conformazione agli anzidetti canoni eurounitari (cfr. DE CRISTOFARO, «Rimedi» privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette. Il recepimento nel diritto italiano dell'art. 11-bis della direttiva 2005/29/CE (comma 15-bis, art. 27 c.cons.), in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, II, 469). Sui rimedi individuali introdotti ad opera della direttiva *Omnibus v. GRANELLI*, voce «Pratiche commerciali scorrette: le tutele», in *Enc. dir., I tematici, I, Contratto*, a cura di D'Amico, Milano, 2021, 825 ss.; GUFFANTI PESENTI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi nuovi. La difficile trasposizione dell'art. 3, co. 1, n. 5, dir. 2019/2161/UE*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, IV, 35 ss.; PURPURA, *Private enforcement delle pratiche commerciali scorrette: il nuovo comma 15-bis dell'art. 27 c. cons.*, in *Eur. dir. priv.*, 2023, IV, 815 ss.; LAMICELA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi*, Torino, 2024.

<sup>20</sup> Il corsivo è aggiunto.

<sup>21</sup> REICH, *How proportionate is the proportionality principle?*, consultabile al link <https://www.jus.uio.no/ifp/forskning/prosjekter/markedsstaten/arrangementer/2011/free-movement-oslo/speakers->

buisce la congenita refrattarietà del principio ad essere messo a fuoco nei suoi connotati strutturali, trattandosi – è stato argutamente osservato – di un concetto tanto semplice da comprendere quanto complesso da definire<sup>22</sup>. La circostanza che una sorte analoga venisse assegnata da Sant'Agostino al tempo<sup>23</sup> è emblematica della difficoltà di identificare i parametri che dovrebbero guidare l'esegeta attraverso le fasi – *idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto* – nelle quali tradizionalmente si articola lo scrutinio in parola.

L'ampiezza degli orizzonti dischiusi dal principio trova due nitidi riflessi nel caso *Compass*. Il posizionamento dell'asticella di avvedutezza esigibile dal consumatore medio incide, anzitutto, sul *materiality test* cui il legislatore unionale subordina l'accertamento della slealtà delle pratiche commerciali. Un secondo esercizio di proporzionalità concerne l'individuazione delle misure deputate a rimuovere, con il minor sacrificio possibile della libertà d'impresa, gli effetti dello sfruttamento della distorsione motivazionale – nella specie da *incorniciamento delle informazioni* – alimentata dal professionista a detrimento dell'autodeterminazione al consumo.

## 2. «Capacità decisionale» del consumatore e asimmetria di ponderazione

La prima questione sollevata dal Consiglio di Stato riguardava la sussumibilità del *target* di consumatore medio entro il paradigma dell'*homo oeconomicus*.

La supposta identità del soggetto normalmente informato e ragionevolmente attento/avveduto descritto nel *considerando* 18 della dir. 2005/29/CE con quello – infallibile massimizzatore dei propri interessi – eletto a baricentro dell'economia neoclassica viene radicalmente smentita dall'Avvocato Generale, che rimarca l'assenza di qualsivoglia cenno al secondo dei predetti archetipi nella giurisprudenza unionale e nel testo della direttiva sulle pratiche sleali. Nel «prudente»<sup>24</sup> responso della Corte di giustizia, il rifiuto di tale equazione discende dal rilievo per cui lo standard di consumatore medio «non esclude» che la «capacità decisionale di un individuo» possa risultare «falsata» da alcune «limitazioni», tra cui le «distorsioni cognitive» indagate dai behavioristi.

Dal canovaccio condensato nel citato *considerando* 18 affiora, al contempo, l'idea che i destinatari delle pratiche commerciali *non merito* di essere tutelati quando cado-

---

*papers/norbert-reich.pdf*.

<sup>22</sup> «*La proportionnalité est plus facile à comprendre qu'à définir*» è la constatazione dalla quale trae le mosse PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, 1990, 7.

<sup>23</sup> «(...) di che cosa possiamo parlare» – si interrogava, invero, Agostino D'Ippona nelle sue *Confessioni*, (Introduzione, traduzione e note di A. Landi), Milano, 2006, 260 – «che sia più noto e familiare del concetto di tempo? E certamente noi lo capiamo quando ne parliamo, così come capiamo quando sentiamo altri parlarne. Dunque, che cos'è il tempo? Se nessuno me lo chiede, lo so: se voglio, però, spiegarlo a chi me lo chiede, allora non lo so più».

<sup>24</sup> BONA – BONINI, *Una formidabile partita a scacchi*, cit., 32.

no vittima di mispercezioni – spontanee o eteroindotte – neutralizzabili da un consumatore mediamente prudente. È la stessa edificazione di una categoria «ideale» di «cliente comune» a lasciare, inesorabilmente, «ai margini della tutela superindividuale» coloro che operano con un livello di attenzione «accidentalmente inferiore a quello del consumatore normale»<sup>25</sup>.

Il pericolo di un arretramento di tutela connesso alla elaborazione del prototipo di *average consumer* fu segnalato, all'indomani della proposta di direttiva sulle pratiche sleali – dove, peraltro, la descrizione del corrispondente standard figurava tra le definizioni enumerate dall'art. 2 – dal Comitato Economico-sociale dell'Unione, che ne sottolineò l'attitudine a celare la «situazione di disuguaglianza materiale» caratterizzante le «relazioni tra consumatori e imprese»<sup>26</sup>. Alla luce dei timori manifestati dal Comitato e del successivo negoziato della Commissione con il Parlamento, l'identificazione del consumatore medio con un individuo «*reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect*» venne dirottata nel preambolo della direttiva, nonché affiancata dal richiamo, inizialmente assente, ai «fattori sociali, culturali e linguistici» incidenti su tale *benchmark*<sup>27</sup>.

Proprio muovendo dal riferimento alla dimensione socio-culturale e linguistica del parametro di consumatore medio, l'AG Emiliou enfatizza la *flessibilità* della relativa nozione, sufficientemente elastica da assorbire l'innesto di alcuni elementi della *Behavioral Law and Economics* (di séguito *BLE*).

L'apertura verso una possibile contaminazione tra diritto dei consumatori e psicologia della decisione non concreta, peraltro, un *revirement* della Corte di giustizia<sup>28</sup>, la cui iniziale diffidenza nei confronti dell'analisi empirico-comportamentale<sup>29</sup> ha progressivamente lasciato spazio alla constatazione che le condotte degli individui rag-

<sup>25</sup> CALVO, *Le pratiche commerciali «ingannevoli»*, in DE CRISTOFARO (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2009, 184.

<sup>26</sup> Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE e 98/27/CE.

<sup>27</sup> DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, in ID. (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit., 162-163.

<sup>28</sup> L'alternativa fra una *rivoluzione* e una *riforma* del diritto dei consumatori alla luce del contributo delle scienze comportamentali viene sciolta nella seconda direzione da SIBONY – HELLERINGER, *EU Consumer Protection and Behavioural Sciences: Revolution or Reform?*, in ALEMANNO – SIBONY (a cura di), *Nudge and the Law. European Perspective*, 2015, 233. Nel senso di una più decisa valorizzazione del contributo della *BLE* nel diritto dei consumi cfr., invece, INCARDONA – PONCIBÒ, *The Average Consumer, the Unfair Commercial Practices Directive, and the Cognitive Revolution*, in *Journal of Consumer Policy Issue*, 2007, vol. 30, 1, 36.

<sup>29</sup> GOMEZ POMAR, *Core versus Non-core Terms and Legal Controls over Consumer Contract Terms: (Bad) Lessons from Europe?*, in *European Review of Contract Law*, 2019, 15, 177, il quale censura l'approccio – «*predominantly legalistic and uninterested in empirics*» – adottato dalla Corte nell'interpretazione della direttiva sulle clausole vessatorie.

giunti da determinati stimoli commerciali non sono sempre razionali<sup>30</sup>. Più che un'inversione di rotta, il *restyling* del consumatore medio segna, pertanto, l'ultima tappa di un percorso evolutivo nel corso del quale il «*behavioral divide*»<sup>31</sup> tra il consumerismo europeo e quello d'oltreoceano – più incline al dialogo con gli economisti – è andato progressivamente assottigliandosi. Se, dunque, il *target* dell'attore "a razionalità limitata" era già stato implicitamente maneggiato dalla Corte di giustizia, la sua esplicita formulazione teorica impone di mettere ulteriormente a fuoco i lineamenti del consumatore euristico.

La rilevanza della capacità decisionale dei destinatari delle pratiche commerciali non può essere utilmente sondata in difetto di un preventivo coordinamento tra *giustizia* ed *efficienza*.

Tale dialettica è stata condensata in due enunciati. Da un lato, «la giustizia rileva nei limiti dell'efficienza», nel senso che la ricostruzione delle asimmetrie macro-economiche è strumentale agli obiettivi propri dell'ordinamento europeo. Da un altro lato, «la giustizia non è subordinata all'efficienza», donde le tipologie di debolezza designate come rilevanti sono protette «a prescindere dalla prova delle concrete ricadute sul piano dell'efficienza»<sup>32</sup>. È, dunque, tale ultimo parametro a governare la cernita delle asimmetrie suscettibili di ingenerare un fallimento del mercato, mentre le «ragioni della giustizia» prevalgono all'interno del perimetro di tutela previamente tracciato<sup>33</sup>.

Trasponendo questa indicazione metodologica nella materia della comunicazione d'impresa, la salvaguardia della consapevolezza delle decisioni di consumo è subordinata al filtro ordo-liberista dell'efficienza.

Dal preambolo della direttiva emerge, nitidamente, la volontà delle istituzioni europee di rimuovere le «notevoli» differenze tra le legislazioni municipali nella regolazione delle pratiche commerciali, foriere di «provocare sensibili distorsioni della concorrenza e costituire ostacoli al buon funzionamento del mercato interno» (*considerando* 3). Posto che l'autodeterminazione del consumatore costituisce un obiettivo intermedio rispetto alla competizione virtuosa tra professionisti e alla promozione della fiducia degli utenti nei diversi mercati<sup>34</sup>, ad essere protetto sarà – conformemente all'indicazione fornita dal *considerando* 18 della direttiva – (soltanto) il soggetto normalmente informato, ragio-

---

<sup>30</sup> Corte giust., 18 ottobre 2012, causa C-428/11; Corte Giust., 4 giugno 2015, causa C-195/14. Sulla progressiva apertura della giurisprudenza unionale verso un modello di consumatore a razionalità limitata ci sia consentito il rinvio a BACCIARDI, *Tecniche di marketing e condizionamento del consumatore: dal dolus bonus alle pratiche commerciali «generalmente ammesse»*, in *Pers. merc.*, 2021, IV, 799 ss.

<sup>31</sup> HACKER, *The Behavioral Divide. A Critique of the Differential Implementation of Behavioral Law and Economics in the US and the EU*, in *European Review of Contract Law*, 2015, 299 ss.

<sup>32</sup> NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, V, 1275-1276.

<sup>33</sup> NAVARRETTA, *op. ult. loc. cit.*

<sup>34</sup> BARGELLI, *Diritto dei contratti e diritto europeo*, in *Pactum*, 2022, I, 13.

nevolmente accorto e avveduto. Di contro, la tutela del «consumatore acritico, ingenuo o disattento» si rivelerebbe «sproporzionata», rappresentando essa stessa «un ostacolo ingiustificato agli scambi commerciali»<sup>35</sup>.

Il prototipo di soggetto ragionevolmente razionale deve, ciò nondimeno, essere plasmato alla luce del «valore intrinseco»<sup>36</sup> dell'istanza di *giustizia* ad esso sottesa, risultando immanente ai divieti posti dalla dir. 2005/29/CE l'assunto che i consumatori non agiscono sempre conformemente alla loro scala di preferenze<sup>37</sup>. Le limitazioni della «capacità decisionale» cui allude la sentenza *Compass* compendiano l'incidenza, sull'esercizio dell'autonomia privata, delle «tante figure» – quali il «difetto di discernimento», la «debolezza cognitiva o volitiva» e la «inesperienza» del contraente – che la dottrina ha collocato, agli albori del secolo corrente, ai confini dei tradizionali «bastioni» dei vizi del consenso<sup>38</sup>. Queste *perturbazioni* del volere non hanno «nulla» in comune rispetto alla «saldezza apparente»<sup>39</sup> delle fattispecie codicistiche, al punto che neppure i cataloghi eurounitari delle pratiche ingannevoli e aggressive ricalcano esattamente i contorni delle figure del dolo e della violenza morale<sup>40</sup>.

Se, in definitiva, l'obiettivo – di per sé «giusto» – di proteggere «tutti»<sup>41</sup> i destinatari delle pratiche commerciali cade sotto la scure dell'inefficienza, il *target* di individuo conseguentemente eletto a misura «cognitiva»<sup>42</sup> per discernere il *leale* dallo *sleale* non può

<sup>35</sup> Orientamenti sull'applicazione/interpretazione della dir. 2005/29/CE; 2021/C-526/01, richiamati dall'AG Emiliou.

L'inefficienza della soluzione più «rigoristica» – alla luce della quale occorrerebbe tenere conto della «idoneità del messaggio» pubblicitario (e più in generale delle pratiche commerciali) ad «ingannare anche i singoli consumatori, culturalmente o psicologicamente più deboli della media» – viene sottolineata da FEBBRAJO, *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, Napoli, 2018, 103-104, a parere del quale siffatta scelta regolatoria priverebbe il mercato di una «buona parte di flussi informativi che, per quanto parziali e interessati, contribuiscono a ravvivare gli interessi di molti consumatori e a tenere vivo il gioco della concorrenza».

<sup>36</sup> HANS, *Proportionality Revisited*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2009, 27, 3, 251-252.

<sup>37</sup> «A costo di dire un'ovvietà» – osserva l'AG Emiliou nelle proprie conclusioni – «non credo che il legislatore dell'Unione avrebbe adottato la direttiva 2005/29 (il cui obiettivo è di proteggere i consumatori da pratiche che possono “falsare in misura rilevante il [loro] comportamento economico”), se avesse ritenuto che i consumatori siano sempre in grado di agire in maniera razionale».

<sup>38</sup> BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 193.

<sup>39</sup> BRECCIA, *op. loc. cit.*

<sup>40</sup> Sulla impossibilità di accogliere – «in termini assoluti» – la lettura fondata sugli abbinamenti concettuali *pratica ingannevole / dolo e pratica aggressiva / violenza* cfr. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 485, la quale esclude, ad esempio, la impugnabilità «per violenza» dell'affare stipulato per effetto della condotta del professionista – enumerata tra quelle in ogni caso *aggressive* dall'art. 26, lett. h) cod. cons. – che abbia lasciato falsamente intendere al consumatore di avere già vinto o di poter vincere un premio.

<sup>41</sup> Cfr. *considerando* 18, dir. 2005/29/CE.

<sup>42</sup> PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, IV, 1166, ad avviso del quale la nozione



rimanere avulso dalle dinamiche psicologiche che forgianno i comportamenti e le scelte degli attori economici. Nella esegesi degli avverbi («normalmente» e «ragionevolmente») associati agli aggettivi («informato», «attento» ed «avveduto») connotanti l'archetipo di consumatore medio, l'alternativa tra efficienza e giustizia deve, pertanto, essere sciolta in favore del secondo vettore valoriale. In tal senso depone il rilievo, formulato dall'AG, secondo cui il lemma «ragionevolmente» utilizzato nel *considerando* 18 della direttiva «non significa “perfettamente” e nemmeno “particolarmente”»<sup>43</sup>.

Meno pertinente è l'assunto – mutuato dalla sentenza *mBank*<sup>44</sup> – per cui il «criterio oggettivo» delineato nel preambolo della direttiva del 2005 non si identifica con «il consumatore meno avveduto» dell'*average consumer* né con «il consumatore più avveduto di quest'ultimo». L'istantanea di un individuo *né troppo né troppo poco* (auto)responsabile rischia di appiattire lo standard europeo su quello di un buon padre di famiglia 2.0. Convergono, sotto questo profilo, l'obiezione che scorgeva nell'idealtipo codicistico il pericolo di uno scivolamento dalla *medietas* verso la *mediocritas*<sup>45</sup> e l'odierno timore che lo stereotipo del soggetto raggiunto dalle pratiche commerciali venga plasmato sulla falsariga della «*mediocre person in society*»<sup>46</sup>.

Non si tratta, invero, di elaborare un modello intermedio tra il consumatore iper-razionale e quello sprovveduto, bensì di individuare il coefficiente minimo di attenzione di cui dovrebbe essere munito il destinatario *tipico* delle tecniche di *marketing*, in modo da non «elidere stabilmente» da tale paradigma «ogni elemento di accortezza e avvedutezza»<sup>47</sup>. È in questa prospettiva che l'Avvocato Generale osserva, stavolta condivisibilmente, che il parametro descritto nel *considerando* 18 della direttiva del 2005 non serve ad «alzare il livello» di «quanto ci si può attendere» da un consumatore «rispetto a una determinata prassi commerciale», ma piuttosto a fare in modo che le autorità municipali «non adottino la prospettiva» di un soggetto «a tal punto poco informato, attento e avveduto» da renderne inopportuna la protezione<sup>48</sup>.

Siffatta misura di acume – necessariamente «bassa»<sup>49</sup>, stante la pozzorità della giustizia sull'efficienza – da un lato scolpisce l'*onere* di «diligenza epistemologica e cognitiva»<sup>50</sup> gravante sul consumatore, dall'altro permette di calibrare le conseguenti

---

eurounitaria orienta una «valutazione di ragionevolezza da cui dipende non tanto l'ampiezza degli obblighi del professionista, affidata piuttosto alla buona fede, quanto piuttosto l'individuazione della soglia oltre la quale si ha violazione di tali obblighi».

<sup>43</sup> Conclusioni AG, causa C-646/22.

<sup>44</sup> Corte giust., 21 settembre 2023, causa C-139/22.

<sup>45</sup> NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. 2, Milano, 1984, 92.

<sup>46</sup> TZOULIA, *Imprints of Behavioural Research in EU Consumer Protection Legislation: The 'Average Consumer Test' in the Unfair Commercial Practices Directive*, in *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken*, 2017, VI, 258.

<sup>47</sup> CAMILLERI, *op cit.*, 229.

<sup>48</sup> Conclusioni AG, causa C-646/22.

<sup>49</sup> Conclusioni AG, causa C-646/22.

<sup>50</sup> A. BARBA, *Capacità del consumatore e funzionamento del mercato. Valutazione e divieto delle pratiche commerciali*, Torino, 2021, 400. La qualificazione in termini di «onere» – evidenza l'A. – discende

politiche di educazione in modo da fornire a quanti più consociati possibile gli anticorpi necessari per non «farsi gabbare» dai commercianti<sup>51</sup>.

### 3. L'offerta congiunta di mutui e polizze come pratica (potenzialmente) scorretta ...

La rivisitazione dello standard di consumatore medio trova un immediato punto di ricaduta nella risposta ai quesiti formulati dal Consiglio di stato circa la compatibilità della pratica di abbinamento tra finanziamenti e polizze (non collegate ai prestiti) con le disposizioni della dir. 2005/29/CE.

Dalla giurisprudenza unionale emerge un atteggiamento di tendenziale indulgenza verso le strategie commerciali di *tying*. Così, l'introduzione – su base nazionale – di una presunzione di illegittimità delle offerte congiunte è stata reputata in contrasto con il vincolo dell'armonizzazione completa e con la «economia generale» della direttiva del 2005<sup>52</sup>. Analogamente, l'organizzazione di una campagna promozionale incentrata sulla vendita di un computer con una serie di programmi preinstallati non integra alcuna violazione della disciplina sulle pratiche sleali, alla triplice condizione che il destinatario riceva una «informazione corretta», che la proposta sia conforme «alle aspettative di gran parte dei consumatori» e che venga lasciata a questi ultimi la possibilità di «accettare tutti gli elementi di tale offerta o di recedere dalla vendita»<sup>53</sup>.

Una restrizione domestica delle *combined offers* viene, per converso, giudicata euroconforme nel microcosmo della disciplina dei servizi finanziari, complice l'espressa deroga alla *full harmonization* risultante dall'art. 3, par. 9 della dir. 2005/29/CE. La legittimità del divieto municipale è stata, in particolare, desunta dall'attitudine delle offerte comprensive di «almeno un servizio finanziario» ad acuire il *deficit* di trasparenza sul «contenuto effettivo» e sulle «caratteristiche reali» dei prodotti abbinati<sup>54</sup>.

Ulteriori limitazioni alla facoltà delle imprese di «assemblare» pacchetti composti da beni e/o servizi eterogenei si ricavano dalle fonti unionali di settore. Si pensi alla

---

dal rilievo per cui il consumatore «*deve* attivarsi nella conoscenza e comprensione dell'offerta di mercato *se vuole* evitare il rischio della decisione di natura commerciale divergente dal bisogno».

<sup>51</sup> L'istantanea – anteriore all'entrata in vigore del codice del 1942 – di una massa di consumatori «costretti» a farsi blandire dalle «secolari soperchierie» dai commercianti «in forza della legge che consacra la consuetudine» si trova in VIVANTE, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, V° ed., I, *I commercianti*, Torino, 1922, 14.

Sulle origini antiche – e sui moderni riflessi – del «conflitto tra produttore-mercante e fruitore-cliente» cfr. M. CIAN,  *Mercati “disinibiti” e norme “deboli”*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, VI, 1105 ss.

<sup>52</sup> Corte giust., 23 aprile 2009, cause C-261/07 e C-299/07, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 1059 ss., con nota di DE CRISTOFARO, *La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali*.

<sup>53</sup> Corte giust., 7 settembre 2016, causa C-310/15.

<sup>54</sup> Corte giust., 18 luglio 2013, causa C-265/12.

combinazione, stigmatizzata dall'art. 12, dir. 2014/17/UE, tra *contratti di credito ipotecario e prodotti finanziari* non disponibili separatamente. La censura preventiva della pratica di *bundle* si pone «in contrasto» – e dunque *prevale*, agli effetti dell'art. 3, par. 4, dir. 2005/29/CE – rispetto alla disciplina generale sulle pratiche scorrette, in ossequio alla quale una siffatta politica di *marketing* potrebbe ritenersi sleale «solo in seguito a una valutazione caso per caso»<sup>55</sup>. Nella medesima prospettiva, l'art. 14 della nuova direttiva sul credito al consumo tollera la commercializzazione *aggregata* e vieta quella *abbinata*, identificata con «l'offerta o la commercializzazione di un contratto di credito in un pacchetto che comprende altri prodotti o servizi finanziari distinti, qualora il contratto di credito non sia disponibile per il consumatore separatamente» (art. 3, n. 15, dir. 2023/2225/CE).

Riguardo alla fattispecie scrutinata nel caso *Compass*, il sindacato di (s)correttezza del binomio mutuo/polizza deve tenere conto della potenziale interferenza della dir. 2005/29/CE con le norme in materia di distribuzione assicurativa. Stanti, invero, i rischi sottesi alla pratica di abbinamento, l'art. 24, dir. 2016/97/UE – trasposto nell'art. 120 *quinquies*, d.lgs. 209/2005 – consente agli stati membri di irrobustire le tutele eurounitarie dei destinatari di siffatta tecnica promozionale.

Muovendo dall'esame delle disposizioni della direttiva del 2005, la Corte ritiene che l'offerta simultanea di un prodotto assicurativo e di un finanziamento tra loro *scollegati* non integri gli estremi di una condotta «in ogni caso aggressiva» o «in ogni caso sleale».

Sotto il primo profilo, viene esclusa l'aprioristica riconducibilità della pratica alle figure di *molestia* e *coercizione* richiamate nell'art. 8 della direttiva, tenuto conto del «senso abituale» di tali lemmi nel «linguaggio corrente». Né, prosegue la Corte, l'omessa dissociazione temporale fra polizza e mutuo concreta *ipso iure* un indebito condizionamento, «quand'anche» la medesima «possa generare una distorsione da incorniciamento». Per un verso, dunque, il giudice unionale non nega – ed anzi riconosce – l'attitudine della sottoscrizione contestuale dei due contratti a condizionare le scelte del consumatore; lo sfruttamento di tale leva cognitiva non costituisce – per un altro verso – una condotta *di per sé* sleale.

Per divenire scorretto (*melius* aggressivo), il diniego di un periodo di riflessione deve essere contraddistinto dal «ricorso» a molestie, coercizioni o condizionamenti tali da attentare alla libertà di scelta dell'aspirante mutuatario. L'aggressività della pratica potrebbe, verosimilmente, desumersi da una modalità di presentazione dell'offerta che lasci intendere, più o meno larvatamente, al destinatario che la sottoscrizione della polizza agevolerà il buon esito della richiesta di finanziamento e/o assottiglierà i tempi tecnici della relativa istruttoria. La preoccupazione che gli intermediari “spingano” il consumatore ad acquistare prodotti assicurativi associati (ma non funzionalmente collegati) ai prestiti emerge nelle due *lettere congiunte al mercato* inviate nel 2015 e nel 2020 dalla

---

<sup>55</sup> Orientamenti sull'applicazione/interpretazione della dir. 2005/29/CE; 2021/C-526/01.

Banca d'Italia e dall'IVASS, ove si rimarca l'opportunità che nei colloqui di vendita non vengano utilizzate espressioni tali da «incutere nel cliente timori di vario genere che possano indurlo a ritenere necessaria la sottoscrizione della polizza»<sup>56</sup>.

Quanto all'ingannevolezza del *match* tra polizza e prestito, la Corte non esclude che tale combinazione possa essere stigmatizzata sotto il profilo dell'inadeguatezza dell'informativa posta a corredo della proposta commerciale<sup>57</sup>. La commistione di prodotti eterogenei rende, in particolare, necessario fornire al consumatore «informazioni supplementari» per renderlo edotto circa «l'assenza di collegamento» tra i medesimi. Né, del resto, sfugge al giudice unionale che taluni rischi correlati al mutuo – come quello di un «deterioramento dello stato di salute [del mutuatario] che può impedire il rispetto degli obblighi contrattuali» – vengono spesso coperti dalla polizza ad esso abbinata, donde il contraente debole potrebbe essere indotto a ritenerne obbligatoria la sottoscrizione.

Una delle questioni emerse nel caso *Compass* riguardava, come anticipato, l'interazione delle disposizioni eurounitarie in materia di servizi assicurativi con la disciplina *generale* sulle pratiche sleali.

Un primo – potenziale – conflitto fra le direttive 2005/29/CE e 2016/97/UE viene rinvenuto dall'Avvocato Generale nell'art. 24 di quest'ultima fonte unionale, il cui settimo paragrafo accorda ai legislatori municipali la facoltà di «vietare la vendita di un'assicurazione assieme a un [diverso] servizio o prodotto accessorio» quando «possono dimostrare che tali pratiche sono dannose per i consumatori»<sup>58</sup>. L'apparente frizione con la dir. 2005/29/CE – dove le condotte non figuranti nell'allegato I sono, almeno in quanto tali, *corrette* – viene meno non appena si consideri che il precetto di settore non obbliga, né autorizza incondizionatamente, gli stati membri a introdurre un «divieto generale» di vendita congiunta<sup>59</sup>. Questa «interpretazione restrittiva»<sup>60</sup> – volta, cioè, a circoscrivere il *ban* di abbinamento ai «casi specifici» in cui emerge il pericolo di un danno a carico dei consumatori – trova conforto nella constatazione che tale strategia di collocamento dei prodotti assicurativi è utilizzata «in tutta l'Unione», potendo persino «fornire benefici» ai clienti (*considerando* 53, dir. 2016/97/UE).

In termini non dissimili viene ricostruita la *ratio* del terzo paragrafo dell'art. 24, dir. 2016/97/UE, dove è il servizio assicurativo a svolgere un ruolo ornamentale all'interno del pacchetto reclamizzato dal professionista. Neppure tale disposizione richiede ai legisla-

<sup>56</sup> Lettera al mercato del 17 marzo 2020 (consultabile al link [https://www.ivass.it/normativa/nazionale/secondaria-ivass/lettere/2020/17-03/Comunicazione\\_BI\\_IVASS\\_Polizze\\_abbinata\\_17.3.20.pdf](https://www.ivass.it/normativa/nazionale/secondaria-ivass/lettere/2020/17-03/Comunicazione_BI_IVASS_Polizze_abbinata_17.3.20.pdf)).

<sup>57</sup> «Anche in assenza di molestie, coercizione o di indebito condizionamento» – osserva la Corte – la offerta congiunta di polizze e finanziamenti «potrà essere qualificata come “pratica commerciale ingannevole” e, di conseguenza, come “pratica commerciale sleale”, se essa soddisfa le condizioni definite agli articoli 6 e 7» della direttiva.

<sup>58</sup> Conclusioni AG C-646/22.

<sup>59</sup> Conclusioni AG C-646/22.

<sup>60</sup> Conclusioni AG C-646/22.

tori nazionali di travalicare i confini della dir. 2005/29/CE – *id est* di vietare, in termini assoluti, la vendita di polizze ancillari ad altri servizi non assicurativi – ma garantisce, piuttosto, che venga riservata ai consumatori la possibilità di acquistare separatamente le componenti dell’offerta congiunta. Specularmente – osserva l’AG – la norma non obbliga le autorità municipali a «fare qualcosa in meno rispetto a quello che esse sono autorizzate a fare in forza della direttiva 2005/29», risultando ammissibile l’imposizione di un intervallo temporale tra la stipula dei negozi abbinati laddove la pratica si riveli aggressiva o sleale<sup>61</sup>.

Al netto di alcune significative precisazioni sul potere del Garante di ordinare la scissione cronologica dei due contratti<sup>62</sup>, la Corte recepisce le indicazioni dell’Avvocato Generale.

La circostanza che l’art. 24, dir. 2016/97/UE assoggetti il collocamento simultaneo di prodotti assicurativi e non assicurativi ad «obblighi particolari» non eleva la norma al rango di *lex specialis* – agli effetti dell’art. 3, par. 4, dir. 2005/29/CE – rispetto alle disposizioni generali sulle pratiche scorrette. Lungi, invero, dal disciplinare «aspetti specifici» della materia regolata dalla direttiva del 2005, il terzo paragrafo del citato art. 24 si limita ad esigere che venga fatto salvo l’acquisto disgiunto dei prodotti commercializzati *in tandem*<sup>63</sup>, «indipendentemente da qualsiasi considerazione relativa alla lealtà della pratica commerciale»<sup>64</sup>.

Considerato che la disposizione di settore non impone alle autorità nazionali di «andare al di là», né di «fare qualcosa in meno», di quanto stabilito dai precetti eurounitari recepiti negli artt. 18 ss. cod. cons.<sup>65</sup>, il rapporto tra le direttive 2005/29/CE e 2016/97/UE rispecchia la logica del concorso cumulativo tra norme<sup>66</sup>, a sua volta espressiva della fisiologica sinergia tra le fonti in materia di comunicazione commerciale *b2c*. In definitiva, la proposta – concomitante alla stipula del mutuo – concernente la sottoscrizione di polizze ad esso avulse non viola, in quanto tale, il divieto generale di pratiche scorrette,

<sup>61</sup> Conclusioni AG C-646/22 (i corsivi sono aggiunti).

<sup>62</sup> Cfr. *infra*, par. 3.1.

<sup>63</sup> La specialità della dir. 2016/97/UE non esibisce, in altri termini, quell’insanabile *contrasto* richiesto dalla sentenza *Wind-Tre* (Corte giust., 13 settembre 2018, cause riunite C-54/17 e C-55/17) per legittimare una dis-applicazione della disciplina generale delle pratiche scorrette.

Ne consegue che l’art. 120-*quinquies*, cod. ass. costituisce una «norma a sovranità limitata» inidonea a «mette[re] fuori gioco una direttiva generalista come la 2005/29», risultando, diversamente opinando, «vulnerato» l’art. 38 della Carta (PAGLIANTINI, *Irrazionalità del consumatore medio. Pratiche aggressive e regole di tutela*, cit., 471).

<sup>64</sup> Corte giust., 14 novembre 2024, causa C-646/22.

<sup>65</sup> Corte giust., 14 novembre 2024, causa C-646/22.

<sup>66</sup> Resta, ovviamente, salva l’ipotesi della radicale antinomia tra norme, identificata dalla Corte di giustizia con la situazione in cui le «disposizioni estranee» alla dir. 2005/29/CE e «disciplinanti aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali» impongano ai professionisti, «senza alcun margine di manovra», obblighi «incompatibili» con quelli posti dalla direttiva del 2005 (Corte giust., 13 settembre 2018, cause riunite C-54/17 e C-55/17).

a meno che la condotta della finanziaria non si colori dei crismi dell'aggressività o della ingannevolezza, compromettendo la libertà o la consapevolezza della decisione del consumatore.

### **3.1. (Segue) ... e i limiti del potere del Garante di imporre un intervallo temporale tra la stipula dei contratti abbinati**

Al problema della cernita degli indici in presenza dei quali la pratica di abbinamento diviene euroincompatibile si giustappone quello dell'ampiezza dei poteri riconosciuti alle autorità nazionali per rimuovere i profili di slealtà (eventualmente) riscontrati nel comportamento del professionista. Uno degli interrogativi formulati nel rinvio pregiudiziale concerneva proprio l'individuazione delle misure più adatte a preservare, in capo al consumatore, la facoltà di decidere con cognizione di causa se aderire o meno all'offerta congiunta promossa dall'istituto di credito.

La coercizione del contraente debole dovrebbe essere arginata, ad avviso dell'AGCM, tramite un disallineamento cronologico di sette giorni tra la sottoscrizione del finanziamento e l'acquisto del prodotto assicurativo. L'ammissibilità di una «deroga al principio della possibilità di abbinamento» viene predicata, nell'ordinanza di rinvio, alla luce del pericolo di condizionamento determinato dalla concomitante stipula dei due contratti.

A presidiare la libertà contrattuale del consumatore sarebbero invece sufficienti, secondo il professionista, il potenziamento degli obblighi di *disclosure* riguardanti la facoltatività della polizza e l'attribuzione, all'aderente, di un incondizionato diritto di recesso dal contratto di assicurazione *unito* al prestito. Quanto alla dissociazione temporale dei due negozi, la finanziaria riteneva che un effetto analogo potesse essere raggiunto mediante l'assunzione del duplice impegno di contattare telefonicamente il cliente sette giorni dopo l'acquisto del pacchetto – al fine di sondarne la persistente intenzione di fruire dell'*insurance product* – e di farsi carico del premio *medio tempore* dovuto.

Filtrato attraverso le lenti della *BLE*, l'interesse dell'istituto di credito ad evitare (l'imposizione di) uno sfasamento cronologico dei contratti abbinati si ricollega alla euristica dello *status quo*. La preservazione della sincronia tra finanziamento e polizza consente, invero, al professionista di “lucrare” sulla inerzia dei consumatori che non si avvalgono, per pigrizia, disattenzione o ingenuità, della facoltà di caducare *ex uno latere* il (solo) contratto di assicurazione.

Il Consiglio di stato aveva dunque chiesto lumi circa il potere delle autorità nazionali di imporre – previo accertamento della natura ingannevole o aggressiva della pratica di *tying* – una divaricazione temporale tra la stipula del mutuo e delle polizze non collegate alla copertura dei corrispondenti rischi.

La possibilità di ingiungere al professionista di intervallare la conclusione dei due contratti viene ritenuta «evidente» dall'Avvocato Generale, trattandosi di una legittima

modalità di attuazione dei divieti codificati nella dir. 2005/29/CE<sup>67</sup>. La percorribilità di tale soluzione rimane, tuttavia, condizionata – ad avviso del giudice unionale – al rispetto del principio della libera prestazione dei servizi sancito nella Carta dei diritti fondamentali dell’UE. Prescrivere il riconoscimento, in favore del consumatore-mutuatario, di un «periodo ragionevole di riflessione tra le date di sottoscrizione di un contratto di finanziamento personale e di un contratto assicurativo» – osserva la Corte – «potrebbe» invero «pregiudicare la libera prestazione di servizi e limitare la libertà d’impresa» della finanziaria.

A soccorrere l’interprete è nuovamente il canone di proporzionalità, inteso quale parametro di selezione dei correttivi deputati a neutralizzare gli effetti di una pratica scorretta. Il coattivo *dis-abbinamento* tra mutuo e polizza esige, da tale angolatura, una preventiva delibazione circa l’insussistenza di «altri mezzi altrettanto efficaci» – e «meno lesivi della libera prestazione di servizi» – nell’eliminare la distorsione cognitiva permanente dal *tying* giudicato sleale.

Nel caso di specie, il *less restrictive alternative test* indicato dalla Corte conduce, verosimilmente, all’accoglimento della proposta di impegni formulata da *Compass* durante l’interlocuzione con il Garante. Il rischio che la subitanea sottoscrizione dei due contratti acutizzi la vulnerabilità degli aspiranti mutuatari, in particolare, può essere scongiurato attraverso l’adozione di linee guida atte a rendere «più chiara» la non obbligatorietà della polizza e ad assicurare, tramite un contatto telefonico successivo alla stipula, la consapevolezza dei mutuatari circa la possibilità di recedere dall’assicurazione senza alcun addebito e senza che da ciò discenda alcun effetto sul contratto di finanziamento. *Ex ante*, tali impegni appaiono idonei a limitare lo sfruttamento – da parte della banca – dei timori che fisiologicamente caratterizzano la richiesta di un prestito. *Ex post*, i consumatori condizionati dalla tecnica di abbinamento – ivi compresi quelli più distratti, stante l’obbligo di interpello che la banca proponeva di assumere – possono espungere selettivamente dal “pacchetto” il prodotto assicurativo, con un notevole ridimensionamento dell’*inertia bias* conseguente alla vendita congiunta.

---

<sup>67</sup> Osserva – nel senso dell’ammissibilità di un dis-abbinamento fra mutuo e polizza – PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, 473: «(...) non sarà che l’intervallo temporale, riorientando il comportamento [del consumatore] in modo “razionale”, costituisce l’estrinsecazione di quella spinta gentile, *nudge* in gergo, avvalorata dal *paternalismo libertario*? Rispetto al *paternalismo non libertario*, la cui epifania qui per riflesso vestirebbe i panni di un intervento regolatorio proibitivo (divieto *tout court* di vendite abbinate), lo scarto di 7 giorni, mettendo all’angolo l’effetto *framing*, ci sembra assurgere al rango del tecnicismo *ad hoc*, cioè dello strumento confezionato al precipuo scopo di individuare un punto di equilibrio tra gli interessi in conflitto. Opporre che, così ragionando, viene a caricarsi di oneri sproporzionati l’impresa, non parrebbe illuminante posto che il disabbinamento avrebbe soltanto l’effetto di operare un *restyling* dell’*average consumer* che non prelude (...) al conio di uno standard di tutela inclusivo di tutti i consumatori».

## 4. Consumatore medio e “dintorni”

La rivisitazione del concetto di *average consumer* rende necessario indagare gli archetipi decisionali ad esso limitrofi. La “svolta” comportamentalista della Corte impatta, invero, sulla considerazione dei consumatori che agiscono *al di sotto* o *al di sopra* della “media”<sup>68</sup>, intesa quale insopprimibile misura di informazione, attenzione e avvedutezza gravante sul destinatario delle tutele unionali<sup>69</sup>.

Sotto il primo profilo, la vulnerabilità dei soggetti raggiunti delle pratiche commerciali risulta normativamente ancorata ai fattori – «età», «incapacità» e «ingenuità» – enumerati, in modo non tassativo<sup>70</sup>, dall’art. 5, par. 3, dir. 2005/29/CE. Sebbene la «protezione accresciuta» di determinati «gruppi particolarmente vulnerabili» non implichi che gli individui estranei a tali categorie siano «invulnerabili» e «sempre perfettamente razionali»<sup>71</sup>, è altrettanto certo che alcuni consumatori possono versare in una situazione tale da acutizzarne la strutturale condizione di debolezza. In questa prospettiva, la nozione di *vulnerable consumer* non è alternativa a quella di consumatore medio ma ne costituisce una (ulteriore) *species*, espressiva di un «tipo di *medietas* deducibile dall’adattamento del *genus*» ad una frangia di consumatori «meritevoli di una tutela differenziata»<sup>72</sup>.

Dalla vulnerabilità *di categoria* deve essere distinta quella – *situazionale*<sup>73</sup> – emancipata dalle caratteristiche di uno specifica classe di consumatori e tendente, piuttosto, ad attraversare orizzontalmente l’intera platea dei destinatari di talune pratiche commerciali. Le moderne strategie di *targeting* consentono, ad esempio, al professionista di intercettare le preferenze dei propri potenziali clienti<sup>74</sup> e di capitalizzarne la «miopia

<sup>68</sup> La possibilità che il «consumatore *concreto* (...) risulti dotato di maggior avvedutezza e/o esperienza rispetto a quello *medio*» è evidenziata da GRANELLI, voce «*Pratiche commerciali scorrette: le tutele*», cit., 846.

<sup>69</sup> Sui contorni – e le diverse sfumature – del modello di consumatore «attivo» cfr. RABITTI – BASSAN (a cura di), *Il consumatore: responsabile, attivo, partecipativo*, Roma, 2024.

<sup>70</sup> DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, cit., 170; VENCHIARUTTI, *Il consumatore medio e il consumatore vulnerabile in ragione dell’età*, in *Contr. impr.*, 2024, III, 664.

<sup>71</sup> Cfr. Conclusioni AG, causa C-646/22.

<sup>72</sup> PAGLIANTINI, *Il consumatore “frastagliato”*, Pisa, 2021, 165.

La tutela del consumatore vulnerabile – osserva ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Padova, 2012, 76 – «non ha fini diversi dalla tutela del consumatore medio», risultando, entrambe, strumentali alla protezione della «libertà del consumatore che, “in concreto”, può essere parte di un rapporto di consumo» ed al quale deve essere garantita la possibilità di assumere «decisioni (...) consapevoli e libere».

<sup>73</sup> HILL – SHARMA, *Consumer Vulnerability*, in *Journal of Consumer Psychology*, 2020, 30, 3, 562; FERRETTI, *op. cit.*, 136.

<sup>74</sup> Per una panoramica sulle tecniche di acquisizione del consenso al trattamento dei dati cfr. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018; EAD., *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell’interessato e tutela dell’utente*, in *Medialaws*, 2019, 131 ss.



cognitiva»<sup>75</sup>, rendendo «calcolabile»<sup>76</sup> il comportamento di una larga quota di consumatori<sup>77</sup> ed abbassando il coefficiente dell'avvedutezza che ci si può ragionevolmente attendere dagli utenti – «*all vulnerable*»<sup>78</sup> – operanti sulle piattaforme digitali<sup>79</sup>.

Lo spettro di una decisione inconsapevole aleggia, inoltre, sulle pratiche «di specifica ed elevata nocività»<sup>80</sup> stigmatizzate dall'*AI Act*<sup>81</sup>, i cui divieti di manipolazione – «complementari» a quelli della dir. 2005/29/CE (*considerando 29*)<sup>82</sup> – fanno parimenti leva sullo sfruttamento delle «vulnerabilità di una persona fisica o di uno specifico gruppo di persone, dovute all'età, alla disabilità o a una specifica situazione sociale o economica» (art. 5)<sup>83</sup>. Lo sviluppo di sistemi algoritmici in grado di scrutare l'«inconscio digitale»<sup>84</sup> svela

<sup>75</sup> HACKER, *Manipulation by Algorithms. Exploring the Triangle of Unfair Commercial Practice, Data Protection, and Privacy Law*, in *European Law Journal*, 2023, 29, 143.

<sup>76</sup> L'espressione è di PIGNALOSA, *Il consumatore calcolante. Contributo allo studio del contratto telematico*, Napoli, 2020, 123-124.

<sup>77</sup> Sull'utilizzo dei *big data* per finalità pubblicitaria cfr. GAMBINO – MULA – STAZI, *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, 3° ed., Torino, 2019, 106 ss.; CAMARDI, *Dalla logica individualistica alla regolazione della complessità nella tutela del consumatore (e delle vulnerabilità) nell'ecosistema digitale*, in GRISI – TOMMASI, *Mercato digitale e tutela dei consumatori. Prove di futuro*, Torino, 2023, 217 ss.; MORACE PINELLI, *La circolazione dei dati personali tra tutela della persona, contratto e mercato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, VI, 1322 ss.; ID., *Dalla Data Protection alla Data Governance: il Regolamento UE 2022/868*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, II, 486 ss.; CASSANO, *Sulla c.d. patrimonializzazione del dato personale e relativa cessione. Il caso della pubblicità personalizzata in internet*, in *Contratti*, 2024, VI, 690 ss.; AMIDEI, *La tutela del consumatore "profilato": obblighi informativi e asimmetrie negoziali*, in *Giur. It.*, 2025, II, 461 ss.

<sup>78</sup> SØRENSEN – SEIN – ROTT, *Response of the European Law Institute (European Commission's Public Consultation on Digital Fairness – Fitness Check on EU Consumer Law)*, 2023 ([www.europeanlawinstitute.eu](http://www.europeanlawinstitute.eu)).

<sup>79</sup> Rileva, in merito alla caratura *situazionale* della vulnerabilità digitale, DUIVENVOORDE, *Redesigning the UCPD for the Age of Personalised Marketing*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2023, 12, 5, 177: «*The targeting of consumers' personal characteristics can make consumers more susceptible to persuasion attempts, blurring the line between persuasion and manipulation. In this context it is relevant that consumer vulnerability is highly situational and can apply to anyone*».

<sup>80</sup> Così GENTILI, *Regole per l'intelligenza artificiale*, in *Contr. impr.*, 2024, IV, 1045.

<sup>81</sup> Sugli «abusi di profilazione» legati all'impiego dei dati «ceduti» – ovvero «*carpiti*» – dagli utenti per confezionare «disinformanti comunicazioni "personalizzate"» si sofferma RUFFOLO, *Artificial Intelligence Act e AI generativa*, in *Giur. It.*, 2025, II, 447.

<sup>82</sup> La «ingordigia» della IA nell'aggregazione degli utenti in *clusters* rivelatori delle preferenze e dei bisogni dei soggetti profilati veniva evidenziata, prima della entrata in vigore dell'*AI Act*, da GAMBINO, *Intelligenza artificiale e pratiche commerciali scorrette*, in *Nuovo dir. civ.*, 2022, IV, 247.

<sup>83</sup> In ordine alla nozione di vulnerabilità nel contesto dell'*AI Act*, si rinvia alle considerazioni svolte nel contributo di TRUBIANI, in questa *Rivista*, letto in anteprima per cortesia dell'autore.

<sup>84</sup> Cfr. VETTORI, *Persona e pluralismo*, in *Pers. merc.*, 2024, II, 331. Sul tema del «riconoscimento automatizzato delle emozioni» cfr. MONTINARO, *Riconoscimento delle emozioni e marketing personalizzato*, in *Pers. merc.*, 2024, III, 847 ss.

un'ulteriore – inedita – declinazione della vulnerabilità dei soggetti raggiunti dalle tecniche di (neuro)marketing<sup>85</sup>.

Volgendo lo sguardo ai consociati che operano sul mercato con un acume superiore alla media, il consumatore «imprenditore di se stesso»<sup>86</sup> si rende talora protagonista di contegni opportunistici in grado di «alimentare la sfiducia dal lato dell'offerta di beni e servizi», nonché di provocare un «fallimento [di mercato] non meno esiziale» di quelli che il legislatore unionale si prefigge di scongiurare<sup>87</sup>. Proprio il contenzioso in materia di pratiche scorrette può divenire, al pari di quello sullo *ius poenitendi*<sup>88</sup> e sulla c.d. nullità selettiva<sup>89</sup>, teatro di condotte speculative delle “vittime” della slealtà imprenditoriale, soprattutto a séguito dell'*enforcement* privatistico dei divieti codificati dalla direttiva del 2005.

Ad arginare l'opportunistico dei consumatori contribuiscono sia il ripudio, anche «nel prisma» delle pratiche sleali<sup>90</sup>, del paradigma del danno-evento – non potendo la prova della «lesione del diritto all'autodeterminazione» assorbire quella attinente ai pregiudizi dalla stessa concretamente derivati<sup>91</sup> – sia l'esonero dal vaglio di scorrettezza della pubblicità «comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera» (art. 5, par. 3, dir. 2005/29/CE). Nonostante l'assenza di un'analogia precisazione nelle direttive 770 e 771/2019, i *claims* iperbolici vengono condivisibilmente espunti dal novero delle «dichiarazioni pubbliche» suscettibili di nutrire la ragionevole aspettativa dell'acquirente nella *conformità* qualitativo-funzionale dei prodotti alla corrispondente descrizione pubblicitaria<sup>92</sup>. Diversamente argomentando, il consumatore potrebbe allegare la “credibilità” delle asserzioni encomiastiche diffuse dall'impresa quale *commodus discessus* da un affare ritenuto non

<sup>85</sup> Cfr., senza pretesa di completezza, TAFARO, *Neuromarketing e tutela del consenso*, Napoli, 2018; ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e «pratiche di Intelligenza Artificiale» vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, in *Pers. merc.*, 2022, III, 359 ss.; TUCCARI, *Neuromarketing: un'asistemica disciplina...oltre il consenso?*, in *Pers. merc.*, 2024, II, 511 ss.; PARENZO, *Neuromarketing: un inventario di (spuntati) divieti contro il pericolo di una scelta manipolata*, *Persona e Mercato*, 2024, II, 539 ss.; ID., *La profilazione algoritmica nel prisma dell'autonomia privata*, Napoli, 2024.

<sup>86</sup> DENOZZA, *I conflitti di interesse nei mercati finanziari e il risparmiatore “imprenditore di se stesso”* in AA.VV., *I servizi del mercato finanziario: in ricordo di Gerardo Santini*, Milano, 2009, 141 ss.

<sup>87</sup> Cfr., in relazione alla disciplina delle clausole vessatorie, CALDERAI, *Una questione di punti di vista. Interpretazione dei contratti asimmetrici e teoria delle fonti*, in *Pers. merc.*, 2021, I, 88.

<sup>88</sup> Cfr. Corte giust., 9 settembre 2021, cause riunite C-33/20, C-155/20 e C-187/20, in *Pactum*, 2022, II, 283 ss., con nota di BACCIARDI, *Usi e abusi del diritto di ripensamento*.

<sup>89</sup> Cass., sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Foro it.*, 2020, 3, I, 934.

<sup>90</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno e la sua prova nell'azione di classe*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, I, 172-173.

<sup>91</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *op. loc. cit.*

<sup>92</sup> TROIANO, *Vendita di beni di consumo: la responsabilità da “dichiarazioni pubbliche”*, in *Resp. civ.*, 2005, XI 873; GIROLAMI, *I criteri di conformità al contratto fra promissio negoziale e determinazione legislativa nel sistema dell'art. 129 del codice del consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II 241; EAD., *La conformità del bene al contratto di vendita: criteri “soggettivi” e criteri “oggettivi”*, in DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, Torino, 2022, 86.

conveniente ovvero al fine di pretendere l'esecuzione di una prestazione radicalmente inesigibile.

Emblematico, per quanto estraneo all'orbita del diritto unionale, si rivela il caso *Pepsi Points*, concernente uno spot televisivo nel quale venivano mostrati i prodotti che i consumatori della nota bevanda avrebbero potuto conseguire mediante una raccolta punti. Al termine di una carrellata dei premi inseriti nel catalogo – accompagnata dallo slogan «*The more Pepsi you drink, the more great stuff you're gonna get!*» – compariva sullo schermo l'immagine di un jet militare con associata la dicitura (analoga a quelle riguardanti i prodotti precedenti) «*Harrier Fighter ... 7,000,000 Pepsi Points*». L'ironica prospettiva della possibilità di divenire proprietario di un aereo militare venne presa sul serio da un telespettatore che riuscì, complice la clausola del regolamento concernente l'integrazione dei punti mancanti con un pagamento in denaro, a coinvolgere una serie di investitori e ad inviare alla Pepsi un assegno con acclusa la richiesta di consegna del premio.

Ad avviso del giudice investito della questione, «*no reasonable person would have understood the commercial to be an offer*»<sup>93</sup>, di guisa che la strategia commerciale dell'impresa non poteva essere censurata alla stregua dello *Statute of Frauds*<sup>94</sup>. Al netto delle sue accentuate peculiarità, la sentenza *Pepsi Points* testimonia la labilità del confine fra *suggestione* pubblicitaria e *abuso* del consumatore, potendo un utente particolarmente scaltro approfittare del contenuto dei messaggi promozionali per (cercare di) vincolare l'impresa al rispetto di un impegno *ictu oculi* irrealistico.

## 5. Euristiche, pregiudizi cognitivi e normale tollerabilità del rumore prodotto dalle pratiche commerciali

Infranto il dogma della impermeabilità del diritto dei consumi alla BLE, la esegesi delle nozioni autonome che innervano l'articolato della dir. 2005/29/CE e delle altre fonti unionali dedicate alle negoziazioni *b2c* potrà svilupparsi nel segno di un più intenso e fecondo «dialogo tra le scienze dell'uomo»<sup>95</sup>.

L'asimmetria di ponderazione svelata dalla psicologia cognitiva arricchisce il catalogo degli squilibri – *conoscitivi, economici, di potere negoziale* – confutanti l'idea, di ascendenza borghese-liberale, che vede nel contratto la perfetta sintesi degli «assiomi»

---

<sup>93</sup> *Leonard v. Pepsico, Inc.*, 88 F. Supp. 2d 116, (S.D.N.Y. 1999), su cui cfr. COHEN, *The Choice of a New Generation: Can an Advertisement Create a Binding Contract?*, in *Missouri Law Review*, 2000, 65, 553 ss.

<sup>94</sup> La qualificazione dello spot in termini di «*mere puffery*» è stata inferita dal contesto paradossale della pubblicità e dalla circostanza che tra i premi indicati nel regolamento non vi era alcuna traccia del jet (FEINMAN – BRILL, *Is an Advertisement an Offer? Why It Is, and Why It Matters*, in *Hastings Law Journal*, 2006, 58, 69-70).

<sup>95</sup> Cfr. CUFFARO, *Prefazione a CARRUBBO – MENDOLA, Le scelte "inconsapevoli" nelle nuove dinamiche d'acquisto Il neuromarketing e la tutela del consumatore-follower*, Padova, 2022, IX.

della «uguaglianza formale del soggetto di diritto» e della sua «intrinseca razionalità comportamentale»<sup>96</sup>. Il monito del giudice unionale a «tener conto», entro i limiti tracciati dal *considerando* 18 della direttiva del 2005, di «considerazioni più attinenti alla realtà» assottiglia la distanza tra il prototipo (inesistente *in rerum naturae*<sup>97</sup>) di consumatore medio e gli individui, in carne ed ossa, raggiunti dalle pratiche commerciali.

Si staglia così, dinanzi all'interprete, l'interrogativo – a sua volta espressione della tormentata dialettica tra paternalismo e antipaternalismo<sup>98</sup> – se le scelte regolatorie debbano assumere quale implicita premessa che le condotte umane sono governate da euristiche fallaci in grado di inquinare le traiettorie volitive. La sfida sottesa al caso *Compass*, alla quale il giurista non può sottrarsi né lasciare carta bianca ai neuroscienziati, attiene alla individuazione dei *behavioral biases* che dovrebbero «contare per il diritto»<sup>99</sup>, trattandosi di «uno degli aspetti più difficili da decifrare»<sup>100</sup> della regolamentazione delle pratiche scorrette.

Se, per un verso, *non tutto ciò che è reale nelle dinamiche del mercato è razionale nella mente del consumatore*<sup>101</sup>, *non tutto ciò è irrazionale rileva*, per un altro verso, *nel vaglio sulla reazione del destinatario-tipo delle pratiche commerciali messe in campo dai professionisti*. L'istituzione di un rigido parallelismo tra la incoerenza/impulsività degli acquisti dei consumatori e la slealtà degli stimoli pubblicitari preordinati a indurre determinate risposte emotive minerebbe, invero, alla base il «sostanzioso bilanciamento» – sul quale si regge l'intera disciplina unionale dei rapporti *b2c* – tra «libertà e ragioni

<sup>96</sup> ZOPPINI, voce «Contratto ed economia comportamentale», in *Enc. dir., I tematici*, I, Contratto, Milano, 2021, 313.

Proprio dalla «pura logica liberale» – secondo cui «le persone sono libere, uguali e adulte quanto basta per potersi accordare senza che lo Stato se ne impicci» – prende le mosse l'Avvocato Generale Emiliou nelle proprie conclusioni, citando il romanzo (CARRÈRE, *D'autres vies que la mienne*, Folio, 2010) in cui si narra la vita del giudice francese che ha presentato il rinvio pregiudiziale relativo al caso Cofidis (C-473/00).

<sup>97</sup> E. MINERVINI, *Informazione e contratti dei consumatori*, in TESCIONE – SICLARI (a cura di), *Conoscenza e diritto. L'informazione tra responsabilità e autoresponsabilità*, Atti del Convegno di S. Trada (Reggio Calabria) 4-5.10.2002, Napoli, 2008, 138-139; CALOIARO, *La pratica commerciale lesiva*, in *Jus Civile*, 2024, IV, 673.

<sup>98</sup> CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 771 ss.

<sup>99</sup> L'interrogativo è posto da PERSAD, *When, and How, Should Cognitive Bias Matter to Law?*, in *Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice*, 2014, 31 ss.

<sup>100</sup> CATERINA, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore: il problema delle "pratiche ingannevoli"*, in *Sistemi Intelligenti*, 2010, II, 227.

<sup>101</sup> Evidenzia – sulla (non) trasponibilità della massima hegeliana nell'economia comportamentale – SELTEN, *Response to Shpeple and Laitin*, in ALT – LEVI – OSTROM (edited by), *Competition and Cooperation: Conversations with Nobelists*, New York, 1999, 305-306: «A naive rationalist is somebody who thinks that what is real is rational and what is rational is real, as Hegel said. Of course, here the word rational must be understood in the sense of modern Bayesian decision and game theory, not in the sense of Hegel. A naive rationalist thinks that behavior can be deduced from principles of rationality. According to him, there is no need for experiments wherever a rationalistic deduction is available».

di efficienza dell'impresa» da un lato e «salvaguardia della sovranità dei consumatori» dall'altro<sup>102</sup>.

Un siffatto corto circuito ordo-liberista deve essere scongiurato discernendo, con il grimaldello della proporzionalità, i fallimenti decisionali intercettati dal divieto eurounitario di scorrettezza da quelli destinati a rimanere *a carico* del consumatore. La “quantificazione” della dose di irrazionalità gravante su quest'ultimo passa attraverso una selezione delle euristiche che alterano, più o meno pervasivamente, i gusti e le preferenze degli attori economici non professionali. Dal «frazionamento» della nozione di contraente debole<sup>103</sup> nei vari *silos* regolatori prendono, peraltro, corpo altrettante «maschere»<sup>104</sup> di *average consumer*, talora non del tutto sovrapponibili al modello risultante dalla dir. 2005/29/CE<sup>105</sup>.

Una volta cartografata la costellazione delle distorsioni suscettibili di falsare il comportamento dei consumatori, spetta al giurista isolare quelle censurabili alla luce delle disposizioni della dir. 2005/29/CE, eventualmente integrate o derogate dagli altri precetti eurounitari che scolpiscono lo statuto dell'informazione commerciale *b2c*. Identificando con due cerchi concentrici le aree contrassegnanti, rispettivamente, l'intera quota delle mispercezioni cognitive mappate dalla *BLE* e il distretto delle pratiche imprenditoriali lesive della libertà del volere del consumatore, i contorni delle due figure geometriche non possono coincidere, pena un inaccettabile sacrificio del dinamismo concorrenziale sull'altare della razionalità della decisione.

Gli effetti delle euristiche sui comportamenti individuali sono stati efficacemente descritti come un *rumore* – sistemico ovvero occasionale – che condiziona tanto le singole decisioni quanto la sedimentazione dei (pre)giudizi ricorrenti<sup>106</sup>. Le scelte influenzate dai *pensieri veloci* non sono necessariamente dannose, potendo questi ultimi condurre ad esiti migliori di quelli attingibili tramite i *pensieri lenti*<sup>107</sup>. Né, del resto, le politiche atte

---

<sup>102</sup> CAMILLERI, *op. cit.*, 229, che declina il secondo termine del bilanciamento indicato nel testo «non già come volontà alla base del singolo atto di esercizio dell'autodeterminazione al consumo, bensì quale possibilità seriale di suo libero esercizio, in ragione della diffusa assenza di fattori decessivi o costrittivi».

<sup>103</sup> ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 685 ss.

<sup>104</sup> Così UNGUREANU, *The European Consumer: A Case of Mistaken Identity?*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2024, 16, 2, 1452.

<sup>105</sup> Cfr., rispetto al comparto Mifid, BARGELLI, *Invalidità del contratto e restituzioni nelle intersezioni fra le fonti del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, III, 592-593, la quale sottolinea, per un verso, l'inquadramento – non coincidente con il modello di consumatore medio – del cliente («ancorché *retail*») in termini di «investitore responsabile», nonché, per un altro verso, il «silenzio» della fonte europea sulle conseguenze privatistiche della violazione degli standard imposti ai professionisti operanti nel settore finanziario.

<sup>106</sup> KAHNEMAN – SIBONY – SUNSTEIN, *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, trad. it. Gallitelli, Milano, 2021.

<sup>107</sup> KAHNEMAN – SIBONY – SUNSTEIN, *op. cit.*, 187 ss. Nel passare in rassegna le «miserie» e gli «splendori» del ragionamento intuitivo, gli Autori premettono come i pensieri veloci – definiti «sistema

a prevenire le distorsioni cognitive ovvero a cancellarne *ex post* gli effetti collaterali sono sempre socialmente accettabili<sup>108</sup>. Considerati i costi della riduzione del rumore, la creazione e la garanzia di un contesto decisionale *silenzioso* non rispondono ad una *policy* aprioristicamente ottimale<sup>109</sup>.

La richiamata metafora offre un'interessante chiave di lettura delle motivazioni poste a corredo della sentenza *Compass*.

L'incorporazione di taluni innesti di *BLE* nella nozione di consumatore medio<sup>110</sup> esprime il riconoscimento dell'impatto potenzialmente nocivo provocato dal "sibilo" delle pratiche commerciali sulla formazione delle scelte di consumo. Il rilievo delle euristiche nel giudizio di scorrettezza<sup>111</sup> segna il ripudio della identificazione<sup>112</sup> – mai esplicitata ed eppure immanente nel sottotesto di alcune decisioni della Corte<sup>113</sup> – tra il destinatario-tipo delle tecniche di *marketing* e un soggetto capace, secondo la «favola»<sup>114</sup> dell'*homo oeconomicus*, di maturare le proprie decisioni in un ambiente "insonorizzato" dagli stimoli della grammatica pubblicitaria. L'abbassamento del livello di razionalità esigibile dall'*average consumer* implementa l'effettività delle tutele apprestate dalla dir. 2005/29/CE e, con esse, dei diritti «fondamentali» dei consumatori ad una pubblicità corretta (art. 2, comma 2, lett. c, cod. cons.) e all'esercizio leale delle pratiche commerciali (art. 2, comma 2, lett. c-bis, cod. cons.).

La totale rimozione delle interferenze acustiche emesse dai professionisti non si rivelerebbe, d'altra parte, eurosostenibile.

Oltre a determinare un'eccessiva compressione della libertà d'impresa – di cui la reclamizzazione, anche suggestiva, di beni e servizi incarna una componente ancillare –, l'assorbimento dell'intero *corpus* della *BLE* nell'*acquis communautaire* fomenterebbe,

---

1» – siano «piuttosto utili» e pervengano a «risposte adeguate», pur potendo essere inficiati da una serie di errori cognitivi.

<sup>108</sup> KAHNEMAN – SIBONY – SUNSTEIN, *op. cit.*, 272 ss.

<sup>109</sup> KAHNEMAN – SIBONY – SUNSTEIN, *op. cit.*, 384 ss.

<sup>110</sup> In senso favorevole a questa «interpretazione evolutiva» si esprimono VENCHIARUTTI, *op. cit.*, 671 e SPOSINI, *op. cit.*, 788.

<sup>111</sup> Si pensi alla possibile qualificazione di un'informazione «di fatto corretta» come ingannevole (art. 6, dir. 2005/29/CE) ovvero alla stigmatizzazione dei c.dd. *dark patterns* (considerando 67, reg. 2022/2065/UE).

La fallacia della equazione tra l'aumento (esponenziale) degli obblighi informativi gravanti sui professionisti e della effettività delle tutele consumeristiche viene sottolineata da TRUBIANI, *op. cit.*, 110.

<sup>112</sup> La dialettica fra i due archetipi è indagata – in un paragrafo intitolato «*The Average Consumer and the Rational Actor: Distant Cousin?*» – da LAUSTSEN, *The Average Consumer in Confusion-based Disputes in European Trademark Law and Similar Fictions*, Springer, 2019, 189 ss.

<sup>113</sup> Corte giust., 6 luglio 1995, causa C-470/93, sulla quale cfr. PURNHAGEN – VAN HERPEN, *Can Bonus Packs Mislead Consumers? A Demonstration of How Behavioural Consumer Research Can Inform Unfair Commercial Practices Law on the Example of the ECJ's Mars Judgement*, in *Journal of Consumer Policy*, 2017, 217 ss.

<sup>114</sup> GRISI, *Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi*, in ROJAS ELGUETA – VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, 60.

da un lato, l'opportunità di un sottogruppo di utenti pronti a speculare sulla equiparazione tra persuasione e scorrettezza<sup>115</sup>, privando, da un altro lato, i consumatori più accorti – ma non altrettanto cinici – della possibilità di conseguire i vantaggi discendenti dalle strategie commerciali proibite al fine di proteggere quelli meno perspicaci<sup>116</sup>. L'avvallo normativo di *tutti* i risultati provenienti dal laboratorio dei cognitivisti ridurrebbe, infine, la funzione della disciplina eurounitaria alla eliminazione dei rumori che albergano nella psiche dei decisori non professionali (altrimenti reputati *incapaci* di autodeterminarsi<sup>117</sup>), con la conseguente obliterazione del diritto – designato, al pari di quelli alla pubblicità corretta e all'esercizio leale della pratiche commerciali, come *fondamentale* – «all'educazione al consumo» (art. 2, comma 2, lett. d, cod. cons.).

È, dunque, dal bilancio tra *pros* e *cons* della ibridazione behaviorista del diritto dei consumi che devono essere individuate le *skills* di attenzione e avvedutezza di cui i destinatari delle pratiche pubblicitarie non possono non essere equipaggiati. Quanto alle “onde sonore” che i professionisti rimangono liberi di diffondere sul mercato, la determinazione dei corrispondenti decibel permette a questi ultimi di calibrare le proprie azioni promozionali in modo che i pregiudizi cognitivi arrecati ai consumatori non travalichino la soglia del condizionamento tollerato dal legislatore europeo.

La necessità di discernere, figurativamente, le “propagazioni euristiche” ammesse da quelle sleali evoca la disciplina dettata dall'art. 844 c.c. per stabilire quando le immissioni, stavolta materiali, provenienti da un fondo devono essere sopportate dal proprietario del fondo vicino. Trasposta nell'orbita del diritto privato europeo, la regola codicistica riflette l'esigenza di misurare il *carico acustico* con cui i consumatori sono tenuti a fare i conti nel momento in cui si interfacciano con gli operatori professionali<sup>118</sup>.

<sup>115</sup> Viene, invece, correttamente rilevato che «influenzare le decisioni dei consumatori non equivale a trarli in inganno» (BATELLI, *Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica*, in *Contr. impr.*, 2019, I, 123).

<sup>116</sup> Così, ad esempio, l'introduzione di un divieto della pratica del *mail-in rebate* – consistente nella prospettiva di un futuro risparmio di spesa condizionato all'invio al produttore di uno o più *coupon* entro una scadenza predeterminata – impedirebbe alle imprese di “scommettere” sulla inerzia dei propri clienti. I professionisti – viene evidenziato – sarebbero indotti a concedere sconti «certi, ma di entità minore», con il duplice risultato di «incrementare il benessere dei consumatori che di fatto non usufruiscono dello sconto condizionato» e di «diminuire[...] il benessere del gruppo di consumatori che sono invece disposti ad affrontare la fatica di adempiere le condizioni imposte dal produttore pur di ottenere lo sconto» (DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. “tipi” protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, 2009, 1085).

<sup>117</sup> Osserva, in senso condivisibilmente critico rispetto a tale impostazione, NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, IV, 948: «Sarà anche vero che i consumatori talora si comportano in modo infantile, ma sarebbe un rimedio peggiore del male metterli sotto tutela dello stato o di qualche altro soggetto “più maturo”. Si tratta piuttosto di studiare forme di tutela adeguate, non necessariamente di tipo paternalistico, anche riguardo, ad esempio, ai servizi culturali sia quelli offerti dai privati sia quelli pubblici, come la scuola».

<sup>118</sup> La nozione di consumatore *medio* conserva, nella prospettiva indicata, il significato di «*medium* argomentativo» stilizzante l'immagine di un utente che «scende sul mercato» rimanendo

L'estensione del divieto posto dalla dir. 2005/29/CE alle (pratiche d'impresa idonee a ingenerare) distorsioni cognitive eccedenti la *normale tollerabilità* esprime una considerevole apertura della giurisprudenza unionale verso un approccio maggiormente empirico nella esegesi delle nozioni eurounitarie. La cautela manifestata dalla Corte suggerisce, al contempo, di inscrivere e mantenere il dialogo tra diritto e neuroscienze in una dimensione tale da evitare lo scopercchiamento – letale per l'efficienza del mercato – del vaso di Pandora<sup>119</sup> di tutti i fattori psicologici, esogeni ed endogeni, suscettibili di alterare le percezioni e le preferenze da cui prendono forma le decisioni di natura commerciale.

#### ABSTRACT

La Corte di giustizia ridefinisce il *benchmark* unionale di *average consumer*, evidenziando come l'impatto delle pratiche commerciali sul comportamento economico dei consumatori non possa essere valutato assumendo quale parametro un agente perfettamente razionale. L'apertura – condivisibilmente cauta – nei confronti delle scienze comportamentali pone la delicata questione di discernere le distorsioni cognitive intercettate dai divieti codificati nella dir. 2005/29/CE da quelle “a carico” dei destinatari dalle pratiche commerciali.

*The Court of Justice has redefined the EU benchmark of the average consumer, acknowledging that the impact of commercial practices on the consumer's economic behaviour cannot be assessed using the paradigm of a perfectly rational agent. While this cautious approach to behavioural law and economics is certainly understandable, it raises the sensitive issue of distinguishing between the cognitive distortions that are prohibited under Directive 2005/29/EC and those that should be endured by consumers.*

---

consapevole dei «rischi cui l'espone la diffusione di pratiche promozionali, pubblicitarie, e in genere comunicative e di *marketing*» (CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. contr.*, 2010, VI, 411).

<sup>119</sup> Su questo rischio si soffermano BONA – BONINI, *Una formidabile partita a scacchi*, cit., 32.





### Per una rinnovata successione necessaria



Cristiano Cicero

Prof. ord. dell'Università di Cagliari

**SOMMARIO: 1.** L'evoluzione del diritto successorio nel tempo giuridico postmoderno: le “costellazioni” familiari e la successione nelle famiglie “ricomposte”, con riferimento al ruolo del genitore sociale. – **2.** La riforma della successione dei legittimari per mezzo della revisione delle quote di riserva e il possibile ingresso nell'ordinamento della disposizione diseredativa purché meritevole. – **3.** Due domande *de iure condendo*, attinenti alla riforma della successione necessaria: α) Vanno ridotte le quote di riserva? β) Va riformato l'art. 540 c.c.?

#### **1. L'evoluzione del diritto successorio nel tempo giuridico postmoderno: le “costellazioni” familiari e la successione nelle famiglie “ricomposte”, con riferimento al ruolo del genitore sociale**

L'ordinamento civilistico italiano si caratterizza per la contrapposizione tra l'ordinamento del diritto ereditario, tendenzialmente statico e refrattario ai rinnovamenti, e quello del diritto dell'impresa e dei contratti, dinamico, perché volto, viceversa, a regolamentare la produzione della ricchezza.

La materia successoria, per il suo stretto collegamento con i temi della proprietà e della famiglia, è certamente sensibile al mutare delle condizioni politiche ed economiche, della struttura familiare e della circolazione della ricchezza al suo interno, delle convinzioni religiose e ideali. L'esigenza di rivitalizzare gli studi del modo di esercizio dell'autonomia privata nell'ambito delle disposizioni *mortis causa* è nel nostro Paese studiata in chiave di compressione della tutela dei legittimari, da una parte, e di contrattualizzazione del diritto successorio, dall'altra. La convinzione inerente all'ineluttabile e irreversibile progressiva perdita di funzione del diritto successorio, spesso sostenuta, tuttavia è errata. Il tema si interseca, inevitabilmente, con quello della revisione inevitabile del concetto di successione, riferibile a: α) il mutamento del sistema delle fonti; β) il

fenomeno della depatrimonializzazione del diritto civile; γ) le innovazioni tecnologiche, il cui utilizzo va coniugato con la tutela delle situazioni esistenziali. La centralità della dignità umana deve rappresentare in quest'ottica la nuova visione del diritto successorio<sup>1</sup>.

Un contributo alla spiegazione dei fondamenti di politica del diritto successorio non può venire da uno studio limitato al Secondo Libro del codice civile<sup>2</sup>. Con riferimento alla nozione di famiglia, oramai per fortuna abbandonata la vecchia visione per la quale “fatti costitutivi della famiglia sono l'unione fra uomo e donna e la conseguente procreazione di figli”<sup>3</sup>, l'operatività del diritto successorio andrebbe oggi indagata soprattutto con riferimento alle c.d. famiglie “ricomposte”<sup>4</sup>. Nell'originario impianto codicistico del diritto di famiglia, tenuto a riferimento in sede costituente, le formazioni familiari trovavano giustificazione sul piano dell'atto matrimoniale. Analoga attenzione non era prestata alla diversa dimensione del rapporto, quale complesso di relazioni che riempiono di contenuto la nozione di famiglia e che sono riconducibili alla significatività degli affetti. Il tema, ad oggi quasi inesplorato, solleva importanti interrogativi con riferimento ai rapporti patrimoniali che possono instaurarsi tra «figlio unilaterale» e c.d. «genitore sociale». Quest'ultimo è espressione di una scissione tra la fattispecie legale, impostata sui criteri della generazione biologica ovvero di quelli formali dell'adozione, e la situazione sostanziale, nella quale un altro soggetto pur non legato da vincoli parentali, si trovi in una posizione di (per così dire) «contatto qualificato» con il minore, che lo porti ad instaurare con lui una relazione affettiva particolarmente significativa e ad esercitare sostanzialmente i contenuti propri dell'ufficio genitoriale, anche a livello patrimonialistico. Il parametro della «significatività dei rapporti» si erge a principio di sistema quale comune denominatore del complesso delle norme dedicate alla tutela del preminente interesse del minore, evitando il rischio di un'estensione generalizzata della teoria della genitorialità di fatto, a convivenze e formazioni sociali aventi carattere occasionale ovvero struttura non familiare<sup>5</sup>. I corollari applicativi non possono sfuggire, sol che si pensi in via di es. alle aspettative successorie del coniuge superstite in seconde nozze in concorso con quelle dei figli c.d. di primo letto, ovvero ancora tra prole generata nel corso di due o più matrimoni o unioni di fatto, aprendo a scenari non previsti dal legislatore del 1942<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> In argomento, *ex multis*, v. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, Napoli, 2022, 283; PERLINGIERI, *Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia*, in *Dir. succ. e fam.*, 2018, 1 ss.

<sup>2</sup> BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018, *passim*.

<sup>3</sup> Testualmente, CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, 2ª ed., Milano, 1947, 13.

<sup>4</sup> Di recente, rimando allo studio di FERRARI, *Genitorialità e successioni nelle famiglie ricomposte*, Napoli, 2024, *passim*; LAGHI, *Famiglie “ricomposte” e successione necessaria: problematiche attuali, soluzioni negoziali e prospettive de iure condendo*, in *Contr. e impr.*, 2017, 1342.

<sup>5</sup> FERRARI, *op. cit.*, 17.

<sup>6</sup> FERRARI, *op. cit.*, 34.

## 2. La riforma della successione dei legittimari per mezzo della revisione delle quote di riserva e il possibile ingresso nell'ordinamento della disposizione diseredativa purché meritevole

A tutela dell'interesse generale alla solidarietà familiare, l'ordinamento giuridico prevede – con disposizioni che hanno carattere inderogabile – a favore dei più stretti congiunti del *de cuius* il diritto di ottenere, anche contro la volontà del defunto e in contrasto con gli atti di disposizioni dallo stesso posti in essere, una quota di valore del patrimonio ereditario e dei beni donati in vita dal defunto stesso<sup>7</sup>.

Nel codice del 1865 la materia delle successioni trovava collocazione nel titolo II del libro III, relativo ai modi di acquisto e di trasmissione della proprietà e degli altri diritti sulle cose. Il legislatore del 1942 è intervenuto, modificando tale collocazione, e inserendo la materia delle successioni, nel libro II del codice civile, subito dopo il libro I, attinente alle persone e alla famiglia, col quale il libro sulle successioni ha sicuramente un legame più forte. Il codice del 1865 discorreva dei legittimari e della porzione legittima loro spettante solo a proposito della successione testamentaria. Il titolo II del libro III conteneva infatti due capi, di cui il primo era relativo alle successioni legittime e il secondo alle successioni testamentarie. All'interno di questo capo vi era la sezione IV sulla “porzione di cui si può disporre per testamento” nella quale si esplicitava, all'art. 805, che «le liberalità per testamento non possono oltrepassare la metà dei beni del testatore, se questi morendo lascia figli, qualunque sia il numero dei medesimi. L'altra metà è riservata a vantaggio dei figli e forma la loro porzione legittima» (che nel codice del 1865 era definita quota di eredità all'art. 808). Nel codice del 1942 il riferimento non è più alla quota di legittima, ma alla quota di eredità a proposito della quota riservata, essendo attribuita e riservata dalla legge al legittimario e contrapposta alla quota disponibile, di cui il *de cuius* può liberamente disporre, ed essendo, invece la quota di legittima calcolata non solo sull'asse ereditario ma anche sul *donatum*<sup>8</sup>. Legittimari, titolari del diritto alla legittima, ai sensi dell'art. 536 c.c. vigente sono il coniuge, i figli e gli ascendenti. Venute per fortuna meno le questioni fondate sul differente *status* giuridico tra figli legittimi e naturali, che affaticavano non poco la migliore dottrina sotto la vigenza del codice civile 1865<sup>9</sup> – attinenti ad es. al concorso dei figli legittimi e loro discendenti coi figli naturali e loro discendenti, al concorso di figli naturali con discendenti di figli legittimi, a quello tra figli legittimi e discendenti legittimi di figlio naturale, agli effetti della rinuncia dei figli legittimi e dei figli naturali concorrenti alla successione ecc. –, l'attuale ripartizione delle quote è lineare: ai sensi dell'art. 537 c.c. vigente, se il defunto lascia un solo figlio, a questi

<sup>7</sup> MENGONI, *Successioni per causa di morte, Successione necessaria*, 3<sup>a</sup> ed., in *Tratt. Cicu-Messineo*, continuato da Mengoni e Schlesinger, Milano, 2000, 44 ss.

<sup>8</sup> V. almeno se v., CICERO, voce *Legittimari (tutele dei)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg., XI*, Torino, 2018, 285 ss.

<sup>9</sup> BETTI, *Successione legittima intestata e successione legittima necessaria*, Milano, 1928-1929, 33.

è riservata la metà del patrimonio; invece, se i figli sono più di uno, a loro è attribuita la quota di due terzi da dividersi in parti uguali. Il legislatore del 1942 ha così introdotto il sistema della mobilità della quota in relazione al numero dei figli. L'art. 540 c.c. disciplina la riserva a favore del coniuge, il quale è riservatario di metà del patrimonio dell'altro coniuge e, nel caso di concorso con i figli del defunto, di un terzo o di un quarto del patrimonio a seconda che, rispettivamente, vi sia un solo figlio o i figli siano più di uno. Al coniuge sono poi riservati i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni, al fine di soddisfare anzitutto l'interesse economico del coniuge ad avere un alloggio e, in secondo luogo, interessi morali a mantenere i rapporti affettivi con la casa familiare. Con riferimento poi agli ascendenti, l'art. 538 c.c. riserva loro una quota di legittima pari a un terzo del patrimonio ereditario se non ci sono figli, che si riduce *ex art.* 544 c.c. a un quarto per il caso di concorso col coniuge.

La successione dei legittimari ha oggi in parte smarrito la propria *ratio* fondativa, e si trova a dover fare i conti con un dato sociale profondamente mutato, rispetto al quale spesso non riesce a fornire risposte esaustive, posto che sempre più spesso sembra non rispondere a quella funzione solidaristica che dovrebbe esserne *ratio* e fondamento, ed anzi appare piuttosto assolvere lo scopo di una sterile conservazione di un patrimonio all'interno di una famiglia<sup>10</sup>. Ne segue che in dottrina la polemica sulla sua riforma o addirittura abolizione è intensa<sup>11</sup>. La frammentazione del modello familiare – divenuto spesso una mera sommatoria di relazioni private tra individui – rende anacronistica la previsione di una regola successoria unitaria. Anche l'affermazione, un tempo granitica, per la quale corrisponde innegabilmente al diritto di natura che gli stretti familiari debbano ricevere qualcosa dall'eredità, sembra non sempre corrispondere al sentire comune<sup>12</sup>. La frattura tra il vigente sistema delle successioni, fondato su un concetto di famiglia tendenzialmente rigido fondato sul matrimonio, e la realtà sociale è confermato sicuramente dall'importanza oggi e dalla seguente esigenza di tutela della convivenza extramatrimoniale, dalla filiazione fuori dal matrimonio, dalle famiglie ricomposte di cui si è fatto cenno.

<sup>10</sup> BARBA, *La successione dei legittimari*, Napoli, 2020, 19 ss.

<sup>11</sup> Rimando alla ampia bibliografia fruibile negli studi di BARBA, *op. cit.*, 11 ss.; DE BELVIS, *La successione necessaria tra storia e riforme*, Napoli, 2013, 433 ss.; NOCERA, *Per una rimediazione quantitativa della legittima*, Napoli, 2024, 266 ss. Nella saggistica, AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in *Riv. not.*, 2007, 803, e Id., *Per una riforma della successione familiare*, in CUFFARO – GENTILI (a cura di), *Materiali per una revisione del codice civile*, I, Milano, 2021, 325; GAROFALO, *La riforma della successione necessaria e le quote di riserva facoltative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2021, 61; F.P. PATTI, *Problematiche attuali e prospettive di riforma del diritto successorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 968. Va segnalato che la Corte EDU, sez. V, 15 febbraio 2024, non ha riconosciuto l'esistenza di un diritto generale e incondizionato dei figli ad ereditare una parte del patrimonio dei loro genitori.

<sup>12</sup> Nella trattatistica moderna, v. GALLO, *Trattato di diritto civile*, II, *La famiglia, le successioni*, Torino, 2020, 559.

Successione dei legittimari che va dunque riformata, e ciò per il tramite della revisione quantitativa delle quote di riserva, che permetterebbe di individuare un efficiente punto di equilibrio tra tutti gli interessi in gioco, in quanto, senza obliterare del tutto la salvaguardia dei prossimi congiunti del *de cuius*, i quali continuerebbero a beneficiare di una legittima in natura, amplierebbe le maglie dell'autonomia dell'ereditando<sup>13</sup>. Una generale riduzione della riserva a favore dei figli e del coniuge, con la previsione della parificazione a quest'ultimo del convivente, amplierebbe la quota disponibile, permettendo al *de cuius* una più efficace programmazione della propria successione, in particolare tenendo in considerazione il merito e il bisogno dei successibili (figli, coniuge, convivente).

La novella, *de iure condendo*, dovrebbe ulteriormente eliminare gli ascendenti dal novero dei legittimari abrogando gli artt. 538 c.c. e 544 c.c. Appare oggi anacronistico il diritto degli ascendenti *ex art.* 538 c.c. alla quota pari a un terzo del patrimonio ereditario se non ci sono figli; e meno ancora ha senso la vigenza dell'art. 544 c.c., che attiene alla fattispecie di concorso di ascendenti con il coniuge, riservando loro un quarto del patrimonio ereditario. Per comprendere appieno l'inattualità di queste disposizioni, in via di es. si ipotizzi che Tizio privo di figli e orfano dei genitori, felicemente convivente da svariati anni con Caia, muoia avendo istituito erede universale la sua compagna di vita; in tale ipotesi, qualora all'apertura della successione fossero viventi altri ascendenti, ad essi verrebbe riservata – pur contro la volontà di Tizio – la quota di un terzo del patrimonio divisa per metà tra linea paterna e linea materna (artt. 538 e 569 c.c.). Si potrebbe invece riflettere sull'intelligente proposta, mutuata dal *Code* francese, che tuttavia renderebbe – va osservato – incertezza nei traffici giuridici e aumenterebbe se possibile la già scarsa stabilità delle donazioni, volta a introdurre il *droit de retour* dei genitori sui beni precedentemente donati al defunto che premuore senza figli agli ascendenti di primo grado<sup>14</sup>.

Argomento poi, di confine, con quello sulla revisione della riserva, e legato al corrispondente ampliamento dell'autonomia privata del *de cuius*, attiene all'istituto delle diseredazioni. Termine che volutamente deve usarsi al plurale, stante l'esigenza di comprendere e ponderare la meritevolezza, caso per caso, della disposizione diseredativa, purché si voglia ragionare sopra la sua validità senza sterili dogmatismi. In sintesi, si crede di dover primariamente distinguere a seconda che la disposizione di esclusione sia rivolta contro un successibile *ab intestato* oppure si concretizzi in una diseredazione del legittimario. Con riferimento alla prima ipotesi, è noto che l'orientamento più antico, partendo dalla funzione attributiva del testamento, era collocato in una posizione decisamente contraria alla sua ammissibilità. Appariva tuttavia evidente che l'orizzonte ermeneutico che prendeva spunto dalla regola *ex art.* 587 per sostenere la riferita argomentazione, ove si legge del testamento come “un atto revocabile col quale taluno

<sup>13</sup> NOCERA, *op. cit.*, 390.

<sup>14</sup> NOCERA, *Per una maggiore autonomia testamentaria nella prospettiva di una biunivoca solidarietà endofamiliare*, in *Ius on line*, 2024, 320.

dispone” ecc., fosse inteso in maniera formalistica e testuale<sup>15</sup>. Senza indugiare eccessivamente sul tema, stante la sua scarsa rilevanza pratica, trattandosi di esclusione del successibile non riservatario, si può certamente sostenere – anche col sostegno oramai della giurisprudenza<sup>16</sup> – la validità della clausola diseredativa, e finanche della mera disposizione testamentaria negativa, col limite della sua immeritevolezza, se in ipotesi punitiva o turpe o comunque lesiva di prerogative inviolabili della persona, la quale peraltro dovrebbe risultare dal testamento riverberando tra l’altro in motivo illecito *ex art.* 626 c.c. Il discorso si fa invece ben più pregnante se la diseredazione testamentaria riguarda il legittimario, vista sempre in letteratura a dir poco con sospetto e tacciata di nullità con svariate argomentazioni (perlopiù da riferire alla violazione del divieto di pesi e condizioni e all’inderogabilità delle norme sulla riserva a favore dei legittimari)<sup>17</sup>. La questione indubbiamente si apre alla possibile riforma della successione necessaria, per certi versi in un’ottica astratta di possibile sua disapplicazione, tenuto conto che la validità della diseredazione del legittimario elimina in radice la vocazione del riservatario; verosimilmente è questo il pensiero che ha sempre spinto sia la dottrina sia la giurisprudenza a valutare in chiave di nullità tale clausola di esclusione, facendo leva sull’inderogabilità della disciplina in tema di successione dei legittimari<sup>18</sup>. Va sottolineato che di recente si è registrato un diverso modo di ragionare, sostenendo la validità della diseredazione e salva la facoltà del diseredato di agire in riduzione<sup>19</sup>. Sembra di poter osservare, tuttavia, che ammettendo una diseredazione del legittimario valida, il diseredato verrebbe allora escluso dalla successione perdendo – si vuol dire – qualunque tutela per la lesione della sua riserva. La questione, sia chiaro, è molto seria, ma – si teme – con margini di manovra molto ristretti, ed attiene di fondo non già a un generale potere diseredativo ma alla costruzione di una diseredazione valida se compiuta per giusta causa<sup>20</sup>. Perché, in termini più chiari, dovrebbe darsi tutela al legittimario immeritevole? Così facendo, indubbiamente la disciplina sulla successione necessaria prende uno sgradevole sapore paternalistico, fuori dal tempo, avendo poco da spartire col valore della solidarietà familiare<sup>21</sup>. Eppure, ad ammettere in tale ipotesi la validità della diseredazione, si perverreb-

<sup>15</sup> FERRARI, *La diseredazione*, in FERRARI - LAGHI, *Capacità di succedere, indegnità, diseredazione e rappresentazione*, in *Tratt. dir. civ. Cons. Naz. Not.*, Napoli, 2021, 256 ss.; BIN, *La diseredazione, Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966, 223.

<sup>16</sup> Cass., 25 maggio 2012, n. 8352, in *Giust. civ.*, 2013, I, 685, con nota di OCCORSIO.

<sup>17</sup> TORRENTE, voce *Diseredazione*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 102.

<sup>18</sup> Rimando a LAGHI, *La clausola di diseredazione: da disposizione «affittiva» a strumento regolativo della devoluzione ereditaria*, Napoli, 2013, 131; RUSSO, *La diseredazione*, Torino, 1998, 196. Nella dottrina moderna, in senso contrario alla clausola di esclusione del legittimario perché “intrinsecamente” viziata, v. BUCELLI, *Dei legittimari*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2012, 311.

<sup>19</sup> BARBA, *La successione dei legittimari*, cit., 308; R. CALVO, *La devoluzione dell'eredità*, Napoli, 2025, 37.

<sup>20</sup> CALVO, *op. cit.*, 38.

<sup>21</sup> TATARANO, *La diseredazione: profili evolutivi*, Napoli, 2012, 180; V. BARBA, *La successione dei legittimari*, cit., 308.

be al risultato di escludere il diseredato, disapplicando la riserva in casi specifici (ma non previsti dalla legge, come avviene nell'art. 448 *bis* c.c. che permette in via eccezionale l'esclusione dalla successione<sup>22</sup>), ed arrivando forse, se ci si pensa, a un risultato dal sapore paternalistico e moraleggiante anche maggiore.

### 3. Due domande *de iure condendo*, attinenti alla riforma della successione necessaria: α) Vanno ridotte le quote di riserva? β) Va riformato l'art. 540 c.c.?

Si pongono allora a seguire due domande, attinenti alla riforma della successione necessaria.

α) Vanno dunque ridotte le quote di riserva? Le quote andrebbero ridotte, ed in nessun caso – anche per l'ipotesi di concorso tra i figli e il coniuge superstite – la riserva dovrebbe eccedere la metà del patrimonio. Vorrei riportare a seguire in via di es. come potrebbero essere modificate le norme vigenti. La novella dovrebbe prevedere che se il genitore lascia un figlio solo, a questi è riservata la quota di un quarto del patrimonio (non più dunque la metà) salvo il concorso del coniuge superstite (o del convivente, come scriverò sotto) con la previsione nel caso di un terzo del patrimonio da dividersi in parti uguali. Se i figli sono più, è loro riservato un terzo del patrimonio (non più i due terzi), e in caso di concorso col coniuge (o del convivente), la riserva si eleva alla metà del patrimonio da dividersi in parti uguali tra tutti i figli e il coniuge o il convivente.

β) Va riformato l'art. 540 c.c.? Il coniuge è certamente un erede privilegiato che gode di una tutela eccessiva<sup>23</sup>. Di recente la nostra Suprema Corte ha affermato che il diritto reale di abitazione, riservato al coniuge superstite dall'art. 540 non può comprendere due (o più) residenze alternative, ovvero due (o più) immobili di cui i coniugi avessero la disponibilità e che usassero in via temporanea, postulando la nozione di casa adibita a residenza familiare comunque l'individuazione di un solo alloggio costituente, se non l'unico, quanto meno il prevalente centro di aggregazione degli affetti, degli interessi e delle consuetudini della famiglia<sup>24</sup>. La regola (ricorrente in giurisprudenza) era già affermata in dottrina, ove si leggeva che dall'oggetto di casa adibita a residenza familiare sono

---

*timari*, cit., 308, e Id., *Diseredazione*, in CUFFARO (a cura di), *Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, Torino, 2015, 505; DI LORENZO, *Testamento ed esclusione dalla successione*, Milano, 2017, 128.

<sup>22</sup> LAGHI, *Note critiche sull'art. 448 bis cod. civ.*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, 73.

<sup>23</sup> RESCIGNO, *Sulla riserva al coniuge dell'abitazione e dei mobili nella successione legittima*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 375; v. ora ROSSI, *la riserva a favore del coniuge superstite*, Napoli, 2022, 45 ss.; PERLINGIERI, *Proposta di legge per la riforma della disciplina in tema di riserva a favore del coniuge superstite*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 1224.

<sup>24</sup> Cass., 10 marzo 2023, n. 7128, in *Riv. not.*, 2023, 1087 ss. In tema, AZZARRI, *Mutamenti della famiglia e diritto successorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 10.

escluse le seconde case usate per soggiorni temporanei anche se prolungati. Lo stesso andrebbe sostenuto per l'ipotesi di molteplicità di residenze familiari nelle quali i coniugi abbiano alternato sistematicamente periodi di dimora. Proprio il venir meno del concetto monolitico e unitario di famiglia permette in questa seconda ipotesi di sostenere un ragionamento diverso. Certamente il coniuge superstite non dovrebbe poter sostenere la molteplicità di residenze familiari sommando l'abitazione ad es. di città con la casa delle vacanze al mare; ma il discorso muta nell'ipotesi di coniugi che abbiano radicato la loro vita in abitazioni ubicate in località diverse, tutte – al tempo stesso – centro del loro mondo coniugale e affettivo; ciò, anche tenuto conto della modulabilità del dovere di coabitazione e della facoltà dei coniugi di stabilire la residenza in abitazioni differenti<sup>25</sup>.

Va subito sottolineato che le nuove costellazioni familiari hanno cancellato, e da tempo, la vecchia concezione della famiglia fondata sull'atto matrimoniale, sì che si impone di dare rilevanza alle convivenze (siano esse registrate oppure no). Il novellato dispositivo dell'art. 540, tale da assorbire l'attuale disciplina *ex co.* 42 art. 1, l. 20 maggio 2016, n. 76<sup>26</sup> (si che ai fini successori non dovrebbero esservi differenze di *status* tra coniuge, unito civile e convivente), dovrebbe riservare al coniuge o alla persona stabilmente convivente la quota di un quarto del patrimonio dell'altro coniuge o convivente, salve le disposizioni sopra delineate per il caso di concorso coi figli (un terzo dunque per il concorso con un figlio, la metà per il concorso con più figli). Ulteriormente, l'attribuzione della riserva a favore del coniuge o del convivente dovrebbe essere condizionata, sempre, alla durata della relazione, col riferimento al decorso di dieci anni dalla celebrazione del matrimonio o dall'inizio della stabile convivenza all'apertura della successione. Ne seguirebbe il precipitato dell'esclusione della riserva per i matrimoni o le convivenze brevi, posto che in tal caso se così non fosse la successione sarebbe ingiustificatamente sbilanciata a svantaggio soprattutto dei figli – in caso di secondo matrimonio o convivenza di breve durata – frutto di una precedente unione. Lo stesso si dica con riferimento ai diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare, da condizionare alla durata della relazione col *de cuius*. Andrebbe in tal senso introdotto a margine dell'art. 540 un nuovo comma, per cui qualora non siano trascorsi dieci anni, dunque esclusa l'operatività della riserva, il diritto di abitazione ha una durata determinata (che non dovrebbe mai eccedere i cinque anni). Particolarmente sentita, ancora, è l'esigenza di una previsione normativa volta a escludere la riserva in caso di separazione coniugale o di cessazione della convivenza. Tali diritti infine dovrebbero gravare sulla riserva del coniuge o del convivente, poi sulla disponibile, infine sulla quota dei figli.

---

<sup>25</sup> In argomento, v. Corte cost., 13 ottobre 2022, n. 209, che ammette la doppia esenzione Imu per i coniugi con residenze differenti, a prescindere da dove siano collocate le due abitazioni, se in Comuni diversi o nello stesso Comune.

<sup>26</sup> IRTI, *I diritti sulla casa di comune residenza nelle convivenze di fatto disciplinate dalla l. 76 del 20 maggio 2016*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 1665; PADOVINI, in PATTI (a cura di), *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, in *Comm. C.c. Scialoja Branca - Galgano*, Bologna-Roma, 2020, 519.



Si deve ritenere che la riforma finalizzata alla tutela successoria del convivente sia la più urgente. In tema, è innegabile la frattura profonda tra il sistema successorio vigente e le realtà familiari, sol che si consideri che le convivenze *more uxorio* sono più che quadruplicate dagli anni 1998-1999 agli anni 2018-2019, e che il numero dei matrimoni è in inarrestabile diminuzione. In questo quadro sociale, l'attuale previsione di una riserva di legittima a favore del coniuge (assurdamente anche se separato, ma senza addebito) e non anche del convivente appare inspiegabile. Nell'immediato, allora, in tempi di "giuridificazione per mezzo della giurisdizione"<sup>27</sup>, si potrebbe auspicare che la Corte Costituzionale con sentenza additiva dichiari l'illegittimità costituzionale dell'art. 540 nella parte in cui oltre al coniuge non preveda lo stabile convivente<sup>28</sup>. Va ricordato d'altronde che in quest'ottica la Corte ha già ampliato il novero dei familiari dell'impresa familiare allargando, per così dire, al convivente<sup>29</sup>.

Va da sé, infine, che la rivitalizzazione del testamento a causa della compressione delle riserve a favore dei legittimari dovrebbe comportare *de iure condendo* una maggiore attenzione alla tutela del testatore<sup>30</sup>, soprattutto di quello fragile, con riferimento α) alla repressione di un numero scandalosamente elevato di testamenti olografi falsi; β) alla tutela, appunto, del testatore fragile, in difficoltà a respingere le sollecitazioni e le pressioni di terzi, che se da una parte non riverberano in chiave di vizi del volere, e dunque impedendo un apparato rimediale di invalidità, tuttavia minano la più profonda genuinità del volere testamentario<sup>31</sup>; γ) al rapporto tra i formalismi (pur elementari) previsti dal codice civile e le nuove tecnologie, che già oggi e sempre più nel prossimo futuro rende anacronistico il pur romantico atto di ultima volontà scritto di mano del testatore a tavolino nel silenzio dell'intimità della propria abitazione.

## ABSTRACT

Lo scritto si propone di rivisitare la successione dei legittimari, per mezzo della revisione quantitativa delle quote di riserva. Ulteriormente, viene sottolineata l'ineludibilità della riforma volta a equiparare il convivente *more uxorio* al coniuge.

*The paper aims to revisit the succession of forced heirs, by means of the quantitative revision of the reserve shares. Furthermore, the inevitability of the reform aimed at equating the cohabitant more uxorio with the spouse is underlined.*

<sup>27</sup> Si esprimeva così TARUFFO, *Note sui modi della giuridificazione*, in *Pol. dir.*, 1987, 581.

<sup>28</sup> V. ora NOCERA, *Per una maggiore autonomia testamentaria ecc.*, cit., 311.

<sup>29</sup> Corte cost., 25 luglio 2024, n. 148.

<sup>30</sup> Rimando, se v., a C. CICCERO, *Il problema del formalismo testamentario. Per una rivisitazione dell'olografo*, Napoli, 2023, 11 ss.

<sup>31</sup> Cfr. Cass., 17 ottobre 2022, n. 30424, in *Giur. it.*, 2023, 2601, e in *Riv. not.*, 2023, 1358, con nota di RINALDO, *Sul testamento olografo redatto dalla persona fragile*; GAROFALO, *Testamento e vulnerabilità*, Napoli, 2024, 247 ss.





# Riflessioni sulla proposta di riforma in ordine al sistema di tutela dei legittimari



*Gregorio Pacini*

Dottorando dell'Università di Firenze

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. Il sistema vigente e le dinamiche della prassi contrattuale. – 3. Le modifiche all'art. 561 c.c. – 4. Le modifiche all'art. 563 c.c. – 5. Riflessioni «sistematiche» e conclusive.

## 1. Introduzione

Il d.d.l. n. 1184 del 2024, XIX legislatura, definito anche come «disegno di legge recante le disposizioni per la semplificazione e la digitalizzazione dei procedimenti in materia di attività economiche e di servizi a favore dei cittadini e delle imprese», è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 26 Marzo 2024 ed è al momento in corso di esame in Commissione permanente Affari Costituzionali, in sede referente.

In particolare, l'articolo 15 del suddetto d.d.l. è rubricato «Disposizioni per l'agevolazione della circolazione giuridica dei beni provenienti da donazioni» e coinvolge la modifica degli articoli 561, 562, 563, 2652 e 2690 del Codice Civile. Obiettivo, espressamente dichiarato, della presente riforma consiste nel «restituire sicurezza ai diritti dei terzi acquirenti dei beni oggetto di donazioni, eliminando il diritto di ottenere da loro la restituzione dei beni o il pagamento dell'equivalente in denaro», il tutto al fine di «sbloccare il mercato dei beni provenienti da donazione», nonché di semplificare l'accesso al credito con accensione di ipoteca, nella consapevolezza che in altri ordinamenti giuridici (tra cui la Germania) la tutela dei diritti dei legittimari è attuata mediante il riconoscimento di un diritto di credito nei confronti del beneficiario di donazioni.

La riforma in esame offre una (parziale) risposta all'appello delineatosi in sede dottrinale, vuoi nel senso di abrogazione totale della successione necessaria<sup>1</sup>, vuoi nel senso di una rimediazione quantitativa della quota di legittima<sup>2</sup>, vuoi nel senso di un ampliamento della «libertà controllata» del *de cuius*<sup>3</sup> o, ancora, nel senso di una mera tutela per equivalente<sup>4</sup>, giacchè la *ratio* di cui è intessuta la riforma stessa dimostra una chiara scelta del legislatore: la prevalenza dell'interesse alla circolazione dei beni (con provenienza donativa) rispetto alla tutela dei legittimari (*rectius*: al recupero in natura del bene donato). A ben vedere, giova segnalare, a proposito del vivace dibattito dottrinale sopra citato, che in occasione Secondo Congresso Internazionale del Diritto delle Famiglie e delle Successioni, tenutosi presso l'Università la Sapienza il 10 ed 11 Ottobre 2024, un autorevole giurista<sup>5</sup>, a conclusione delle sue riflessioni a sostegno di un'abrogazione della successione necessaria, si chiedeva che senso avrebbe un «*dono preteso*».

Già in questa sede è possibile rilevare che l'*iter* legislativo del presente disegno di legge è stato piuttosto «travagliato». Difatti, le medesime modifiche previste nel d.d.l. oggetto della presente trattazione erano contenute nella legge di bilancio per il 2024<sup>6</sup>, modifiche successivamente stralciate<sup>7</sup> in quanto introduttive di norme di carattere ordinamentale o organizzatorio che oltrepassano i limiti di contenuto previsti per la legge di bilancio<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, in *Riv. Not.*, 2007, 803; DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, in *Riv. Not.*, 2007, 815; Sul punto si vedano altresì le riflessioni di BONILINI, *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, diretto da Id., Vol. III, *La successione legittima*, Milano, 2009, 729, là dove rileva che la riserva in favore dei famigliari non è una logica necessaria, bensì, semplicemente, una scelta del legislatore.

<sup>2</sup> NOCERA, *Per una rimediazione quantitativa della legittima. Solidarietà endofamiliare e autonomia nel passaggio generazionale*, in *Quad. dir. succ. fam.*, 60, Napoli, 2024, *passim*.

<sup>3</sup> GAROFALO, *La riforma della successione necessaria e le quote di riserva facoltative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2021, 69.

<sup>4</sup> Sul punto si veda SEMPRINI, *La legittima per equivalente*, in *Quad. dir. succ. fam.*, 32, Napoli, 2019, *passim*.

<sup>5</sup> Il riferimento è all'intervento del Prof. G. AMADIO, intitolato «*Per l'abolizione della legittima*».

<sup>6</sup> Cfr. BUSANI, *Abolita l'azione di restituzione dei beni oggetto di donazioni*, in *Il sole 24 ore*, 26 Ottobre 2023.

<sup>7</sup> Cfr. BUSANI, *Stralciata l'abolizione dell'azione di restituzione dei beni donati*, in *Il sole 24 ore*, 27 Ottobre 2023.

<sup>8</sup> Come ben rilevato da TANZILLO, *Osservazioni sulla recente proposta di riforma dell'azione di restituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2024, 2, 727, i limiti di contenuto della legge di bilancio sono previsti all'art. 21, comma 1 *quinquies*, l. 31 dicembre 2009 n. 196.

## 2. Il sistema vigente e le dinamiche della prassi contrattuale

Prima di esaminare il contenuto della proposta di riforma prevista nel d.d.l. semplificazioni, risulta opportuno delineare i tratti essenziali dell'attuale contesto giuridico che governa il rapporto in ordine alla tutela dei legittimari e all'interesse alla circolazione dei beni pervenuti a titolo di donazione, legato o istituzione di erede. La prospettiva dell'indagine di ricerca muove, pertanto, nel tentativo di enfatizzare le potenziali differenze che verrebbero ad instaurarsi tra il regime antecedente alla riforma e il regime successivo, con altresì l'obiettivo di sondare gli eventuali risvolti sistematici che potrebbero derivarne. Preme sottolineare che il disegno di legge precisa la portata irretroattiva della riforma in esame. Il che offre un ulteriore stimolo al fine di delineare le potenziali differenti regolamentazioni delle pretese successorie dei legittimari.

Orbene, come è noto, la sezione II del Capo X, Titolo I, Libro II del Codice Civile, è rubricata «Della reintegrazione della quota riservata ai legittimari», in quanto si occupa della regolamentazione della tutela dei legittimari.

Il sistema di tutela dei legittimari<sup>9</sup> è rappresentato, oltre alla previsione di cui all'art. 549 c.c., da tre principali azioni, autonome e connesse tra loro: l'azione di riduzione in senso stretto, l'azione di restituzione contro i beneficiari delle disposizioni ridotte, l'azione di restituzione contro i terzi acquirenti.

L'azione di riduzione in senso stretto integra un'azione di accertamento costitutivo<sup>10</sup>, personale<sup>11</sup>, con effetti retroattivi reali<sup>12</sup>, esperita, nel rispetto dei relativi presuppo-

<sup>9</sup> Cfr. CUFFARO, *Famiglia e successioni. Le forme di circolazione della ricchezza familiare*, a cura di BELLISARIO - ROSSI CARLEO - CUFFARO, quinta edizione, Torino, 2022, 288; PALAZZO, *Le norme sulla successione dei legittimari: problemi e prospettive*, in AA.VV., *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di SESTA e Cuffaro, Napoli, 2006, 759.

<sup>10</sup> Non può parlarsi di azione di nullità, giacché la validità della disposizione lesiva è un presupposto ai fini dell'esercizio dell'azione di riduzione. Sul punto si veda CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, a cura di FERRUCCI e FERRENTINO, Tomo I, Milano, 2023, 574, i quali rilevano che «È un'azione di accertamento costitutivo, perché accerta l'esistenza della lesione di legittima e delle altre condizioni dell'azione e dall'accertamento consegue automaticamente la modificazione giuridica del contenuto del diritto del legittimario».

<sup>11</sup> Sul punto si veda Cass., 22 marzo 2001, n. 4130, reperibile in *DeJure*, là dove segnala che «l'azione di riduzione configura un'azione personale diretta a procurare al legittimario l'utile corrispondente alla quota di legittima, e non un'azione reale, perché si propone non contro chi è l'attuale titolare del bene che fu donato o legato, ma esclusivamente contro i beneficiari delle disposizioni lesive. Il legittimario, dunque, non ha un diritto reale sui confronti delle disposizioni lesive: egli ha un diritto che può fare valere in giudizio nei confronti del donatario o del legatario, i quali rispondono con l'intero proprio patrimonio. Dall'azione di riduzione si distingue l'azione di restituzione (o reintegrazione): mentre l'una è un'azione di impugnativa, l'altra è un'azione di condanna, che presuppone già pronunziata la prima».

<sup>12</sup> In applicazione del brocardo latino *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*. La retroattività reale dell'azione di riduzione incontra i limiti di cui all'art 561, 563 e 2652 n. 8 c.c., meglio precisati nel prosieguo della trattazione.

sti di legge, dal legittimario leso o pretermesso<sup>13</sup> al fine di: I) accertare la suddetta qualità di legittimario; II) accertare l'entità della lesione della sua quota di legittima; III) ottenere l'inefficacia delle disposizioni testamentarie o delle donazioni nella misura necessaria ai fini della reintegrazione della sua quota di riserva. Indi, il titolo di acquisto per il legittimario non è rappresentato dalla sentenza, bensì dalla legge, giacché la successione necessaria integra un limite alla libertà dispositiva del *de cuius*<sup>14</sup>. Attenta dottrina<sup>15</sup> ha qualificato l'accordo di reintegrazione della legittima in senso stretto, avente per oggetto la *pars quota* e non la *pars bonorum*, nel senso di negozio avente i medesimi effetti della pronuncia giudiziale di riduzione. Anche in tale circostanza è la legge che lega, alla posizione del legittimario che abbia esperito vittoriosamente l'azione di riduzione, la delazione di parte del patrimonio ereditario<sup>16</sup>.

L'azione di restituzione contro i destinatari delle disposizioni ridotte integra un'azione di condanna, personale<sup>17</sup>, mediante la quale il legittimario leso o pretermesso, successivamente al passaggio in giudicato della sentenza che accoglie l'azione di riduzione, ottiene la restituzione dei beni oggetto della disposizione ridotta<sup>18</sup>.

L'azione di restituzione contro i terzi aventi causa dai donatari e, secondo l'opzione ermeneutica prevalente<sup>19</sup>, dagli onorati testamentari, consiste in un'azione di condanna, di

<sup>13</sup> La pretermessione postula una istituzione a titolo universale di terzi nell'intero patrimonio del *de cuius*. Il che implica un'assenza di delazione nei confronti del pretermesso all'apertura della successione.

<sup>14</sup> Sul punto si veda MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, 4a ed., in *Tratt. dir. civ. comm.* CICU-MESSINEO, continuato da MENGONI, Milano, 2000, 237, il quale osserva che «In forza della sentenza di riduzione i beni legati o donati si considerano, nei riguardi del legittimario, mai usciti dal patrimonio del defunto. Il suo titolo di acquisto non è la sentenza, ma la quota di eredità di cui è già investito per vocazione testamentaria o intestata o che gli viene devoluta *ex lege* per vocazione necessaria in conseguenza della riduzione pronunciata contro l'erede istituito. Il legittimario domanda la legittima in quanto tale, in veste di terzo, ma – ottenuta la riduzione – «la prende come erede», cioè come avente causa a titolo universale dal *de cuius*. In questa qualità egli domanda al possessore, divenuto *sine causa*, la restituzione dei beni donati o legati». Per un ripensamento della teorica mengoniana, sia consentito il riferimento a PACINI, *Sulla rinunzia all'azione di riduzione*, in *Fam. dir.*, 2024, 7, 683, in cui si ritiene che il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione per il legittimario pretermesso determini l'acquisto della delazione in suo favore e non l'acquisto della qualità di erede.

<sup>15</sup> Per un'attenta ricostruzione delle varie letture interpretative sul punto si veda LIGOZZI, *Sulla natura giuridica degli accordi di reintegrazione della legittima*, Studio n. 137-2021/C del Consiglio Nazionale del Notariato, approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 18 maggio 2022.

<sup>16</sup> Cfr. SANTARCANGELO, *Gli accordi di reintegrazione di legittima*, in *Notariato*, 2011, 2, 165.

<sup>17</sup> *Contra* PUGLIESE, *Nota* a Cass., 6 marzo 1952, n. 606, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1952, II, 376.

<sup>18</sup> Cfr. BARBA, *La successione dei legittimari*, in *Quad. dir. succ. fam.*, 40, Napoli, 2020, 410, il quale afferma, relativamente all'azione di restituzione, che «Si tratta di un'azione eventuale, dacché deve essere esercitata soltanto se il legittimario non abbia il possesso e debba chiedere la restituzione del bene al beneficiario della disposizione lesiva».

<sup>19</sup> Cfr. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 305; CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da RESCIGNO, 5, I, Torino, 1997, 417.

carattere reale, con cui il legittimario leso o pretermesso ottiene il relativo bene, fatta salva la facoltà del «riscatto»<sup>20</sup> del terzo stesso ai sensi e per gli effetti dell'art. 563 comma terzo c.c.

Le suddette azioni sono caratterizzate da un'evidente «connessione», tanto da sollecitare, in primo luogo, autorevole dottrina<sup>21</sup> a sostenere la facoltà di esercitare l'azione di restituzione contestualmente all'azione di riduzione – oltre all'ipotesi in cui sia diretta nei confronti del beneficiario della disposizione lesiva – anche per l'ipotesi in cui sia diretta nei confronti dell'avente causa di quest'ultimo, nel segno di una «*chiovendiana* connessione di pregiudizialità<sup>22</sup>», nonché, in secondo luogo, a sollecitare parte della giurisprudenza<sup>23</sup> a rilevare che, nella proposizione di una domanda di divisione cumulata con una di riduzione, implicitamente si reputa richiesta una domanda di restituzione. A conferma della suddetta connessione, si pensi, inoltre, agli effetti derivanti dalla rinuncia all'azione di riduzione, alla quale segue implicitamente anche una rinuncia all'azione di restituzione<sup>24</sup>.

Allo stesso tempo, le azioni in esame si differenziano sotto il profilo del *petitum, causa petendi*, legittimazione passiva, natura giuridica<sup>25</sup>. In particolare, l'azione di riduzione si contraddistingue per la sua dimensione *universale*, a fronte di quella *particolare*<sup>26</sup> dell'azione di restituzione. Il che tende inevitabilmente a riflettersi sotto il profilo delle relative rinunzie: con la rinuncia all'azione di riduzione la dismissione è universale, ossia concerne tanto le donazioni quanto le disposizioni testamentarie lesive della quota di legittima; diversamente con la rinuncia all'azione di restituzione<sup>27</sup> si assiste alla dismissione nei confronti di

<sup>20</sup> MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 307.

<sup>21</sup> Cfr. DE LISE, *Della trascrizione*, in *Commentario al codice civile teorico-pratico*, Novara, 1970, 472; PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, I, Messina, 1945, 464.

<sup>22</sup> Sul punto si veda CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. (Le azioni. Il processo di cognizione)*, Napoli, 1923, 975, là dove rileva che «Il cumulo è condizionale quando l'attore non chiede puramente e semplicemente l'accoglimento di tutte le domande cumulate, ma chiede l'accoglimento dell'una solo condizionatamente all'esito dell'altra. Si hanno tre casi di cumulo condizionale: a) *Cumulo successivo (o condizionale in senso stretto)*; quando una azione è proposta colla condizione che prima sia accolta l'altra da cui prenderà vita. Esempi: l'azione per la restituzione della cosa alienata cumulata con l'azione di rescissione dell'alienazione; l'azione per l'annullamento di un testamento cumulata con la petizione dell'eredità *ab intestato*; l'azione per l'annullamento del lodo cumulata con l'azione relativa al merito (art. 33 Cod. proc. Civ.; analogo è il caso della domanda di revocazione della sentenza, art. 508). In tutti questi casi la azione non esiste nel momento della domanda, e a rigore dovrebbe proporsi soltanto dopo passata in giudicato la sentenza che accoglie la prima azione; per economia di giudizi si ammette il cumulo mediante la contemporanea proposizione anticipata della seconda azione sopra...».

<sup>23</sup> Sul punto si veda Cass., 2017 n. 18280, reperibile in *DeJure*.

<sup>24</sup> Sul punto sia consentito il riferimento a PACINI, *Sulla rinuncia all'azione di riduzione*, in *Fam. dir.*, 2024, 7, 684.

<sup>25</sup> Cfr. IACCARINO, *Rinuncia all'azione di restituzione, prima della morte del donante: soluzioni operative*, in *Notariato*, 2012, 4, 396.

<sup>26</sup> Cfr. PERLINGIERI, *La rinuncia anticipata all'azione di restituzione e la tutela degli interessi coinvolti nella circolazione dei beni donati*, in *Foro nap.*, 2023, 2, 297.

<sup>27</sup> Sul punto si veda PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 285.

una determinata donazione. Nella consapevolezza che il diritto è cultura e, giocoforza, anche matematica<sup>28</sup>, si segnala, al fine di enfatizzare le relative differenze causali, la proporzione matematica individuata da attenta dottrina<sup>29</sup>: l'azione di riduzione sta all'azione revocatoria come l'azione di restituzione sta all'azione esecutiva. Ne segue che, come correttamente rilevato in sede dottrinale, «mentre l'azione di riduzione può prescindere dall'azione di restituzione, quest'ultima, invece, presuppone sempre l'esito positivo dell'azione di riduzione e il passaggio in giudicato della relativa sentenza, sì che si può anche affermare che la restituzione costituisce in senso lato la fase esecutiva dell'azione di riduzione<sup>30</sup>».

Orbene, analizzati i tratti essenziali degli strumenti processuali predisposti a tutela dei legittimari, risulta opportuno delineare un sintetico, chiaro e casistico quadro riepilogativo in ordine al rapporto tra beneficiari di disposizioni ridotte e legittimari e al rapporto tra terzi aventi causa da beneficiari di disposizioni ridotte e legittimari, sulla base, rispettivamente, del combinato disposto degli artt. 561 e 2652 n. 8 c.c. e del combinato disposto degli artt. 563 e 2652 n. 8 c.c.

In particolare, nel sistema giuridico vigente, relativamente al rapporto tra beneficiari di disposizioni testamentarie (legati o istituzioni di eredi) e legittimari possono profilarsi i seguenti scenari<sup>31</sup>:

<sup>28</sup> A conferma di ciò sia consentito, in tema di quantificazione dei diritti di cui all'art 540 comma secondo c.c., il rinvio a PACINI, *I diritti del coniuge superstite tra successione necessaria e successione legittima*, in *Fam. dir.*, 2023, 10, 868.

<sup>29</sup> Cfr. TORRONI, *Azione di riduzione ed azione di restituzione: alcune riflessioni introno al dogma della retroattività (sempre meno) reale dell'azione di riduzione nell'ottica della circolazione dei beni*, Relazione tenuta al 44° Raduno invernale dei Notai d'Italia, Cortina d'Ampezzo, 20-27 Febbraio 2011.

<sup>30</sup> Così PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 302-303. Cfr. altresì LENZI, *La natura della azione di riduzione e restituzione. Alcuni spunti di riflessione*, in *Riv. not.*, 2013, III, 261; *Contra* MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, 4ª ed., in *Tratt. dir. civ. comm.* CICU-MESSINEO, continuato da MENGONI, Milano, 2000, 238, il quale rileva che «L'azione di restituzione contro l'onorato testamentario o il donatario assoggettato a riduzione non ha natura di *actio iudicati*, non costituisce la fase esecutiva dell'azione di riduzione. Essa è un effetto della sentenza di riduzione nel senso che è fondata sull'inefficacia del titolo di acquisto dell'onerato o del donatario collegata dalla legge all'accertamento delle condizioni del diritto alla riduzione; non nel senso che il titolo giuridico della pretesa di restituzione è un diritto attribuito dal giudice».

<sup>31</sup> I casi indicati, per ragioni di economia processuale, postulano una congiunta proposizione dell'azione di riduzione e dell'azione di restituzione. Indi, la prescrizione che rileva nei casi proposti concerne l'azione di riduzione. Ne segue l'impossibilità di agire in restituzione qualora sia prescritto il diritto di agire in riduzione. A ben vedere, è opportuno altresì precisare che, da un punto di vista processuale, il termine di prescrizione del diritto di agire in restituzione, almeno nell'ipotesi di cui all'art. 561 c.c., dovrebbe decorrere dal passaggio in giudicato della sentenza che accoglie l'azione di riduzione. Tale profilo processuale, a parere di chi scrive, rappresenta un elemento sottovalutato dalla dottrina civilistica che si è occupata dell'analisi dell'autonomia funzionale e causale delle azioni di riduzione e restituzione. Difatti, almeno nell'ipotesi in cui le azioni in esame non siano proposte congiuntamente, il legittimario leso che abbia esperito l'azione di riduzione nei confronti del donatario, legatario o erede, potrebbe sempre agire in restituzione sino a quando non si prescrive il relativo diritto, vale a dire sino al decorso di dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza che accoglie



I) nel caso in cui il legittimario, vittorioso in sede di riduzione, agisce in restituzione nei confronti dei beneficiari di disposizioni testamentarie e la suddetta domanda giudiziale (di riduzione) viene trascritta<sup>32</sup> entro dieci anni dall'apertura della successione, egli ottiene il bene libero da ogni peso ed ipoteca. Tale caso integra un'ipotesi di «retroattività reale» e, giocoforza, di «effetto purgativo»;

II) nel caso in cui il legittimario, vittorioso in sede di riduzione, agisce in restituzione nei confronti dei beneficiari di disposizioni testamentarie e la suddetta domanda giudiziale (di riduzione) viene trascritta dopo dieci anni dall'apertura della successione, occorre constatare se il diritto di agire in riduzione si sia prescritto<sup>33</sup> o meno. In particolare, aderendo a quanto stabilito dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite<sup>34</sup>, il *dies a quo* del termine decennale di prescrizione dell'azione di riduzione, in caso di istituzione di erede, decorre dall'accettazione a titolo di erede; diversamente, in caso di legato, il *dies a quo* decorre dalla pubblicazione del testamento<sup>35</sup>. Ne segue che, in caso di prescrizione del diritto di agire in riduzione, il legittimario non ottiene il bene; in caso di mancata prescrizione, il legittimario ottiene il bene, fermi restando i diritti dei terzi che abbiano trascritto o iscritto il relativo titolo di acquisto oneroso anteriormente alla trascrizione della domanda di riduzione.

Per quanto concerne il rapporto tra donatari – «aggrediti» in sede di riduzione – e i legittimari possono profilarsi i seguenti scenari:

- I) nel caso in cui il legittimario, vittorioso in sede di riduzione, esercita l'azione di restituzione nei confronti dei donatari e la relativa domanda (di riduzione) viene trascritta prima di dieci anni dall'apertura della successione e prima di venti anni dalla trascrizione della donazione, egli ottiene il bene libero da pesi<sup>36</sup> ed ipoteche;
- II) nel caso in cui il legittimario, vittorioso in sede di riduzione, esercita l'azione di restituzione nei confronti dei donatari e la relativa domanda (di riduzione) viene trascritta prima di dieci anni dall'apertura della successione e dopo venti dalla trascrizione della donazione, egli ottiene il bene e i pesi e le ipoteche eventualmente apposti/e restano efficaci, salvo l'obbligo del donatario di compensare in denaro i legittimari in ragione del conseguente minor valore dei beni;

---

l'azione di riduzione. Il che integra uno scenario applicativo difficile da accettare sotto il profilo del bilanciamento assiologico degli interessi in gioco, giacché il legittimario leso godrebbe di un eccessivo periodo temporale al fine di esercitare le proprie pretese successorie.

<sup>32</sup> Sul punto si veda FREZZA, *Trascrizione dell'azione di restituzione e pubblicità della sua rinuncia*, in *Dir. succ. fam.*, 2022, 431, il quale nega la possibilità della trascrizione della domanda di azione di restituzione.

<sup>33</sup> Sulla «connessione» tra la rinuncia al legato in sostituzione di legittima e la prescrizione dell'azione di riduzione, si veda Cass., 4 agosto 2017 n., 19646, reperibile in *DeJure*.

<sup>34</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2004, n. 20644, *Giust. civ.*, 2005, I, 351.

<sup>35</sup> Sul punto si vedano le lucide riflessioni di GABRIELLI, *I legittimari e gli strumenti a tutela dei loro diritti*, in *Vita not.*, 2005, II, 715.

<sup>36</sup> Sul concetto di pesi si veda MENGONI, *Successioni per causa di morte*. Parte speciale. *Successione necessaria*, cit., 304, il quale rileva che per pesi debba intendersi, oltre alle servitù e agli oneri reali, qualsiasi vincolo o diritto, reale, personale, di godimento o di garanzia.

III) qualora decorrano dieci anni dall'apertura della successione si assiste alla prescrizione del diritto di agire in riduzione e, giocoforza, altresì all'impossibilità di agire in restituzione.

Per quanto riguarda il rapporto tra aventi causa da onorati testamentari e legittimari, possono emergere i seguenti casi:

- I) nel caso in cui il legittimario, vittorioso in sede di riduzione, agisce in restituzione nei confronti degli aventi causa da onorati testamentari e la relativa domanda (di riduzione) viene trascritta prima di dieci anni dall'apertura della successione, egli, premessa l'infruttuosa escussione dei beni dell'onorato, ottiene il bene, fatta salva la facoltà del «riscatto» di cui all'art. 563 comma terzo c.c. da parte dell'avente causa dall'onorato;
- II) nel caso in cui il legittimario, vittorioso in sede di riduzione, agisce in restituzione nei confronti degli aventi causa da onorati testamentari e la relativa domanda (di riduzione) viene trascritta dopo dieci anni dall'apertura della successione, occorre constatare, come sopra precisato in ordine al rapporto tra beneficiari di disposizioni testamentarie e legittimari, se il diritto di agire in riduzione si sia prescritto o meno.

Infine, relativamente al rapporto tra aventi causa da donatari e legittimari possono profilarsi i seguenti scenari:

- I) nel caso in cui il legittimario, vittorioso in sede di riduzione, agisce in restituzione nei confronti degli aventi causa da donatari e la relativa domanda (di riduzione) viene trascritta prima<sup>37</sup> di venti anni dalla trascrizione della donazione e prima di dieci anni dall'apertura della successione, egli, premessa l'infruttuosa escussione dei beni del donatario, ottiene il bene, fatta salva la facoltà del «riscatto» di cui all'art. 563 comma terzo c.c.;
- II) nel caso in cui legittimario, vittorioso in sede di riduzione, agisce in restituzione nei confronti degli aventi causa da donatari e la relativa domanda (di riduzione) viene trascritta dopo venti anni dalla trascrizione della donazione e prima di dieci anni dall'apertura della successione, egli può ottenere esclusivamente un diritto di credito nei confronti del donatario per un importo pari al valore del bene donato;
- III) nel caso in cui siano trascorsi dieci anni dalla apertura della successione il diritto di agire in riduzione si prescrive, con, pertanto, l'impossibilità di agire anche in restituzione.

Dal quadro esposto emerge, in primo luogo, la grande complessità che coinvolge il sistema di tutela dei legittimari. La suddetta complessità ha generato, come è noto, la tendenza presso gli istituti bancari a non concedere mutui in favore di soggetti intenzionati ad acquistare beni con provenienza donativa, con il rischio a carico degli istituti bancari di subire l'effetto purgativo in ordine all'ipoteca concessa dall'acquirente del bene con

---

<sup>37</sup> Fatta salva l'ipotesi in cui la decorrenza di tale termine sia sospesa in forza di un atto di opposizione. Sul punto si veda GABRIELLI, *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa dal beneficiario di donazione lesiva*, in *Studium iuris*, 2005, 1131; BUSANI, *L'atto di «opposizione» alla donazione (art. 563, comma 4, cod. civ.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 1079.

provenienza donativa in loro favore e a garanzia del relativo credito<sup>38</sup>. Il che, a sua volta, pone un problema di circolazione immobiliare. In sede dottrinale, al fine di attenuare tali tendenze, sono state delineate numerose soluzioni<sup>39</sup>, tra cui il rilascio di una polizza assicurativa e la rinuncia all'azione di restituzione compiuta in occasione dell'acquisto del bene con provenienza donativa<sup>40</sup>.

Allo stesso tempo, a parere di chi scrive, tali dinamiche insite nella prassi contrattuale (con particolare riferimento agli istituti bancari) risultano contraddittorie. Difatti, non si comprendono le ragioni per le quali, da un punto di vista tecnico-giuridico, anche per i beni con provenienza a titolo di successione particolare o universale, non si profilino le medesime «preoccupazioni» in ordine alla facoltà del legittimario di ottenere *realmente* il bene libero da eventuali pesi o ipoteche. In altri termini, come si è potuto osservare dalla ricostruzione di cui sopra, il legittimario leso, nel sistema vigente, potrebbe ottenere una tutela reale tanto in caso di circolazione del bene con provenienza donativa quanto in caso di circolazione di un bene pervenuto a titolo di legato o a titolo di eredità potenzialmente<sup>41</sup> lesivo dei diritti dei legittimari. Il che è il corollario dall'opzione ermeneutica basata sull'interpretazione estensiva<sup>42</sup> dell'art. 563 c.c. anche agli aventi causa da legatari e da eredi. Opzione ermeneutica che non tiene di conto dei gravi problemi che sarebbe in grado di determinare qualora gli istituti bancari adottassero le medesime tendenze in ordine ai beni con provenienza donativa.

<sup>38</sup> Cfr. VITUCCI, *Tutela dei legittimari e circolazione dei beni acquistati a titolo gratuito*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 557, il quale rileva «Ma il più vistoso e ricco di ricadute, fra gli inconvenienti che derivano dalla protezione accordata al legittimario, sta in ciò: che l'ipoteca, iscritta sul bene acquistato a titolo gratuito da chi la costituisce o dal dante causa di chi la costituisce, si estingue per effetto della domanda di riduzione accolta: la restituzione al legittimario leso ha ad oggetto il bene, libero «da ogni peso o ipoteca» (art. 561, vecchia e nuova stesura). Con la conseguenza che il sistema bancario non concede credito garantito da ipoteca, se l'immobile offerto in garanzia è stato acquistato a titolo gratuito da chi lo offre o da chi glielo ha venduto».

<sup>39</sup> Sul punto si veda BARBA, *La successione dei legittimari*, cit., 493; IACCARINO, *La circolazione dei beni con provenienza donativa*, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, e-library, 2016; BUSANI, *La successione mortis causa*, Milano, 2020, 723 ss.

<sup>40</sup> Cfr. D'AMICO, *La rinuncia all'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente di bene di provenienza donativa*, in *Riv. not.*, 2011, 6, 1276; TATARANO, *Il cielo sopra Torino. A proposito di rinuncia anticipata all'azione di restituzione*, nota a commento Trib. Torino, 26 settembre 2014, in *Dir. succ. fam.*, 2016, 239; FRANCO, *Sulla persistente inammissibilità della rinuncia all'azione di restituzione*, in *Riv. not.*, 2013, 307; IACCARINO, *Rinuncia all'azione di restituzione, prima della morte del donante: soluzioni operative*, in *Notariato*, 2012, 4, 395; PERLINGIERI, *La rinuncia anticipata all'azione di restituzione e la tutela degli interessi coinvolti nella circolazione dei beni donati*, cit., 285.

<sup>41</sup> Sull'imprevedibilità del rischio di subire le pretese dei legittimari si veda TANZILLO, *Osservazioni sulla recente proposta di riforma dell'azione di restituzione*, cit., 736, nota 24 e le relative citazioni bibliografiche.

<sup>42</sup> Ad onor del vero, è vivamente dibattuto se si tratti di interpretazione estensiva o applicazione analogica. Per un approfondimento sulla questione si veda TANZILLO, *op. ult. cit.*, 741, nota 36-37.

Ora, precisato ciò, l'interesse, evidentemente, a cui rivolgere l'attenzione è la tutela del mercato, senza alcun tentativo di ambire ad un potenziamento della tutela dei legittimari. Difatti, quanto appena esposto assolve meramente la funzione di strutturare l'orizzonte del discorso critico in ordine al contenuto della proposta di riforma. Quest'ultima è principalmente concentrata sulla tutela da offrire alla circolazione immobiliare di beni con provenienza donativa<sup>43</sup>. Il che si può desumere già dalla mera lettura della rubrica dell'art. 15 del D.d.l.

Giocoforza, l'analisi critica in ordine alla proposta di riforma deve muovere dalla consapevolezza che il legislatore si è preoccupato di offrire una tutela per i casi *effettivamente percepiti* come un ostacolo alla circolazione dei beni e non per tutti i casi che da un punto di vista tecnico-giuridico siano in grado di rappresentare un ostacolo alla tutela del libero mercato. Difatti, in sede dottrinale<sup>44</sup> è stata giustamente rilevata la potenziale ed irragionevole disparità di trattamento che la proposta di riforma genererebbe tra aventi causa da onorati testamentari e aventi causa da donatari, giacché «mentre il terzo acquirente dal donatario farà sempre salvo il suo acquisto se il titolo sia trascritto prima della trascrizione della domanda di riduzione (art. 2652, n. 1, c.c.), il terzo acquirente dal legatario, ancorché abbia trascritto il suo titolo di acquisto prima della trascrizione della domanda di riduzione, subirà ugualmente un pregiudizio ogni qual volta la domanda di riduzione venga trascritta entro tre anni dall'apertura della successione<sup>45</sup>».

L'esposta critica è certamente fondata. Tuttavia, a parere di chi scrive, la volontà del legislatore non è affatto quella di creare un sistema disarmonico e irragionevole, bensì quella di offrire una tutela in ordine alle problematiche *effettivamente percepite* come tali dalla prassi contrattuale. Tali considerazioni non si prefiggono l'obiettivo di rivolgersi agli autori che lucidamente hanno rilevato le incongruenze, bensì agli operatori del diritto, nella consapevolezza e speranza che non si generi un *effetto a contrario* dalla suddetta proposta di riforma, ossia quello di peggiorare la circolazione dei beni con provenienza a titolo di legato o a titolo di erede.

In secondo luogo, dalla ricostruzione di cui sopra è possibile avviare un'indagine in ordine al concetto della tutela «reale» del legittimario leso o pretermesso, intendendosi per esso tanto la possibilità di ottenere la titolarità del diritto di proprietà del bene disposto *inter vivos* a titolo donativo o *mortis causa* dal *de cuius*, quanto la possibilità che il medesimo non sia più gravato da pesi e ipoteche. Orbene, sebbene sia diffusa l'idea in base alla quale sussista una effettiva tutela reale in favore del legittimario, emerge chiaramente che le suddette circostanze si realizzano *direttamente* ed esclusivamente nel caso di esercizio dell'azione di restituzione nei confronti dei donatari e nei confronti degli onorati testamentari nel rispetto dei relativi termini di legge, giacché gli scenari analizzati sulla base dell'art. 563 c.c. postulano sempre una preventiva escussione del

<sup>43</sup> Come ben osservato da TANZILLO, *Osservazioni sulla recente proposta di riforma dell'azione di restituzione*, cit., 738.

<sup>44</sup> Cfr. PERLINGIERI, *La rinuncia anticipata all'azione di restituzione e la tutela degli interessi coinvolti nella circolazione dei beni donati*, cit., 285, nota 1; TANZILLO, *op. ult. cit.*, 746.

<sup>45</sup> Così PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 285, nota 1.

patrimonio del destinatario della disposizione lesiva, che, in caso di esito positivo, implicherebbe una tutela per equivalente e l'intangibilità dell'acquisto del terzo<sup>46</sup>. Non a caso, autorevole dottrina<sup>47</sup> ritiene la tutela reale del legittimario un falso principio.

### 3. Le modifiche all'art. 561 c.c.

È giunto il momento di esaminare il contenuto della proposta di riforma, con riferimento, in primo luogo, alle modifiche all'art. 561 c.c.

Il primo periodo della disposizione in esame viene modificato mediante l'eliminazione delle parole «o il donatario», di modo che esso possa riferirsi esclusivamente al legatario o all'erede, così recitando: «*Gli immobili restituiti in conseguenza della riduzione sono liberi da ogni peso o ipoteca di cui il legatario può averli gravati, salvo il disposto del n. 8 dell'articolo 2652 c.c.*».

La suddetta modifica deve essere letta in combinato disposto con la modifica che, a sua volta, interessa l'art. 2652, primo comma, n. 8 c.c., il quale così reciterebbe:

«*Si devono trascrivere, qualora si riferiscano ai diritti menzionati nell'articolo 2643, le domande giudiziali indicate dai numeri seguenti, agli effetti per ciascuna di esse previsti:*

8) *le domande di riduzione delle disposizioni testamentarie per lesione di legittima. Se la trascrizione è eseguita dopo tre anni dall'apertura della successione, la sentenza che accoglie*

<sup>46</sup> Cfr. BUSANI, *La successione mortis causa*, Milano, 2020, 663, nota 151, il quale rileva che «Appare evidente che, qualora il legittimario si sia integralmente soddisfatto o soddisfatto in parte (sebbene per l'equivalente), sul patrimonio del beneficiario della disposizione assoggetta a riduzione, l'azione di restituzione contro il terzo acquirente è del tutto o in parte preclusa; per poter agire in restituzione è necessario il previo esperimento positivo dell'azione di riduzione e l'infruttuosa escussione del patrimonio del donatario contro cui la sentenza stessa è pronunciata».

<sup>47</sup> Cfr. PERLINGIERI, *Per una modernizzazione del diritto successorio tra legislatore e interprete. A duecento anni dal Codice per lo Regno delle due Sicilie*, in *Foro nap.*, 2023, 5, là dove afferma che «Tuttavia, la c.d. tutela «reale» della legittima è un falso principio, non conforme sia alla solidarietà costituzionale (art. 2 cost.) – la quale imporrebbe di tenere conto della situazione concreta e dell'eventuale stato di bisogno del singolo familiare, come accade già in altri ordinamenti –, sia all'interesse alla tutela dei figli in quanto le quote di riserva ad oggi sono indiscutibilmente a vantaggio del coniuge, visto che in costanza di più figli il coniuge o l'unito hanno sempre diritto ad un quarto del patrimonio ex art. 542 c.c., oltre al diritto di abitazione sulla casa familiare, ex art. 540 c.c., che grava sulla porzione disponibile e, qualora questa non sia sufficiente, sulla quota riservata ai figli»; Id. *La rinuncia anticipata all'azione di restituzione e la tutela degli interessi coinvolti nella circolazione dei beni donati*, cit., 286-287, nt. 2, là dove rileva che «...nel sistema vigente, a prescindere dalla disciplina del patto di famiglia, il soddisfacimento della legittima in natura, non è una regola assoluta e inderogabile. È soltanto una «evenienza residuale» (è sufficiente leggere senza precomprensioni gli artt. 560, 563, 720, 722 c.c., oltre che gli artt. 737, 746, 750 c.c., nonché l'art. 64 r.d., 16 marzo 1942 n. 267, c.d. legge fallimentare, ora art. 163, d.lg. 12 gennaio 2019 n. 14, c.d. Codice della crisi d'impresa) legata alla natura dei beni mobili e immobili (artt. 563, 1153 c.c.), alla volontà del donatario e del terzo acquirente (art. 563, comma 3, c.c.), nonché ad una valutazione assiologico-funzionale dei beni coinvolti».

*la domanda non pregiudica i terzi che hanno acquistato a titolo oneroso diritti dell'erede o del legatario in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda».*

La modifica di quest'ultima disposizione, per ciò che rileva ai fini all'art. 561 c.c., primo periodo, consiste nella abbreviazione del termine di decadenza in ordine alla trascrizione della domanda di riduzione, che muterebbe da dieci anni a tre anni dall'apertura della successione.

Alla luce di un'interpretazione sistematica delle suddette disposizioni così modificate, gli scenari che riguardano l'art. 561 c.c. possono essere suddivisi ancora una volta in due categorie, la prima concernente il rapporto tra onorati testamentari e legittimari e la seconda tra donatari e legittimari.

Orbene, la riforma integrerebbe le seguenti novità in ordine al rapporto tra onorati testamentari, loro aventi causa e legittimari<sup>48</sup>:

- I) nel caso in cui il legittimario, vittorioso in sede di riduzione, agisce in restituzione nei confronti dell'onorato testamentario e la relativa domanda di riduzione viene trascritta entro tre anni dall'apertura della successione, il legittimario ottiene il bene oggetto della disposizione lesiva privo da eventuali pesi o ipoteche eventualmente apposti dall'onorato testamentario;
- II) nel caso in cui il legittimario, vittorioso in sede di riduzione, agisce in restituzione nei confronti dell'onorato testamentario e la relativa domanda di riduzione viene trascritta dopo tre anni dall'apertura della successione ma prima di dieci da quest'ultima, il legittimario ottiene la titolarità del bene, fermi restando i diritti dei terzi che abbiano trascritto o iscritto il relativo titolo di acquisto oneroso anteriormente alla trascrizione della domanda di riduzione;
- III) nel caso in cui il legittimario, vittorioso in sede di riduzione, agisce in riduzione nei confronti dell'onorato testamentario dopo dieci anni dall'apertura della successione valgono i medesimi ragionamenti di cui sopra in ordine alla prescrizione o mancata prescrizione del diritto di agire in riduzione.

A ben vedere, il rapporto tra onorati testamentari e legittimari sarebbe caratterizzato da una tutela «reale» in favore del legittimario, nel senso sopra indicato e cioè sia sotto il profilo del recupero della titolarità del bene sia sotto il profilo dell'effetto purgativo in ordine ai pesi ed ipoteche in favore di terzi, esclusivamente nella prima ipotesi qui descritta, vale a dire per il caso in cui il legittimario abbia trascritto la domanda di riduzione entro tre anni dall'apertura della successione.

Inoltre, come emerge dal secondo scenario qui esposto, qualora la domanda di riduzione del legittimario venisse trascritta dopo tre anni dall'apertura della successione e l'avente causa a titolo oneroso dall'onorato testamentario trascrivesse il proprio titolo di acquisto anteriormente alla trascrizione della domanda di riduzione, tale titolo di acquisto del terzo avente causa sarebbe salvo. In particolare, a parere di chi scrive, la riforma

---

<sup>48</sup> Anche in questa sede si presume una congiunta domanda di riduzione e restituzione da parte del legittimario leso o pretermesso.

in esame muterebbe la fonte legislativa regolativa in ordine al rapporto tra aventi causa da onorati testamentari e legittimari, giacchè essa si configurerebbe nel combinato disposto degli artt. 561 e 2652 n. 8 c.c. e non più nell'art. 563 c.c. Difatti, al fine di comprendere quest'ultima osservazione, basti pensare alla nuova formulazione dell'art. 563 c.c., di seguito meglio analizzata, imperniata unicamente sulla donazione, come conferma anche il rinvio al modificato art. 2652 n. 1 c.c., il quale si riferirebbe esclusivamente, ai nostri fini, alle «domande di riduzione della donazioni» e non anche alle domande di riduzione delle disposizioni testamentarie lesive. Inoltre, ritenere il contrario sarebbe infondato, giacchè si profilerebbe una incompatibilità tra il nuovo art. 563 c.c. e il nuovo art. 2652 n. 8 c.c., là dove il primo contempla la generale salvezza degli acquisti a titolo oneroso da parte degli aventi causa dai donatari e il secondo prevede la salvezza degli acquisti a titolo oneroso da parte degli aventi causa degli onorati testamentari solo in presenza di particolari condizioni. In altri termini, a parere di chi scrive, il nuovo art. 563 c.c. non sarebbe più suscettibile di un'interpretazione estensiva in favore degli aventi causa degli onorati testamentari.

Indi, tanto i pesi e le ipoteche gravanti sui beni dell'onorato testamentario, quanto i titoli di acquisto onerosi dell'avente causa di quest'ultimo, sarebbero salvi qualora fossero rispettivamente iscritti o trascritti anteriormente alla trascrizione della domanda di riduzione e quest'ultima venisse trascritta dopo tre anni dall'apertura della successione. Non solo, quale corollario di quanto esposto e diversamente dal sistema ancora vigente, il legittimario leso, vittorioso in sede di riduzione, che intende agire in restituzione nei confronti dell'avente causa dall'onorato testamentario non sarebbe tenuto alla preventiva escussione dei beni dell'onorato.

Orbene, se è vero, come sopra indicato, che il problema effettivamente percepito dalla prassi contrattuale consiste nella circolazione dei beni con provenienza donativa, allo stesso tempo, non ci si può esimere dal ritenere che la proposta di riforma non sarebbe assolutamente adeguata in ordine alla tutela degli aventi causa da onorati testamentari. Si tratterebbe di un'occasione persa, in quanto il termine ridotto di tre anni consentirebbe sempre al legittimario leso di aggredire i beni che l'onorato testamentario avrebbe fatto circolare, con altresì la facoltà di ottenerne l'effetto purgativo. La speranza, ci sia consentito ripeterlo, è quella di non allarmare gli operatori del diritto, con particolare riferimento agli istituti bancari interessati a concedere prestiti ai fini dell'acquisto di beni dell'onorato testamentario, giacchè nel sistema attuale tale pericolo non è, fortunatamente, *percepito*.

Infine, sempre con riferimento all'analisi del primo periodo dell'art. 561 c.c. come riformato, il legislatore avrebbe potuto aggiungere «l'erede», chiarendo che tale disposizione coinvolge anche quest'ultimo, come desumibile dall'art. 2652 n. 8 c.c.

Proseguendo l'analisi delle modifiche all'art. 561 c.c., il secondo periodo di tale disposizione così reciterebbe: «*I pesi e le ipoteche di cui il donatario ha gravato gli immobili restituiti in conseguenza della riduzione restano efficaci e il donatario è obbligato a compensare in denaro i legittimari in ragione del conseguente minor valore dei beni nei limiti in cui è necessario per integrare la quota ad essi riservata, salvo il disposto nel numero 1 del primo comma dell'articolo 2652. Le stesse disposizioni si applicano per i pesi e le garanzie di cui il donatario ha gravato i beni mobili iscritti in pubblici registri. Restano altresì efficaci i pesi e le garanzie di cui il donatario ha gravato i beni mobili non iscritti in pubblici registri restituiti*

*in conseguenza della riduzione e il donatario è obbligato a compensare in denaro i legittimari in ragione del conseguente minor valore dei beni, nei limiti in cui è necessario per integrare la quota ad essi riservata».* Dato che la disposizione in esame rinvia all'art. 2652, comma primo, n. 1. c.c., giova altresì indicare le novità di quest'ultima disposizione, la quale così reciterebbe: *«Si devono trascrivere, qualora si riferiscano ai diritti menzionati nell'articolo 2643, le domande giudiziali indicate dai numeri seguenti, agli effetti per ciascuna di esse previsti:*

*1) le domande di risoluzione dei contratti e quelle indicate dal secondo comma dell'articolo 648 e dall'ultimo comma dell'articolo 793, le domande di rescissione, le domande di revocazione delle donazioni, le domande di riduzione delle donazioni, nonché quelle indicate dall'articolo 524. Le sentenze che accolgono tali domande non pregiudicano i diritti acquistati dai terzi in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda».*

Orbene, è agevole constatare che il grande cambiamento del secondo periodo dell'art. 561 c.c. riguarderebbe l'eliminazione delle parole «se la riduzione è domandata entro venti dalla trascrizione della donazione», di modo da stabilire, quale criterio rilevante, ai fini del bilanciamento degli interessi in gioco tra creditori ipotecari dei donatari e i legittimari, il principio di priorità della trascrizione. Giocoforza, tale disposizione risulterebbe coerente da un punto di vista *sistematico* con l'art. 2644 c.c.

Difatti, sulla base del combinato disposto del secondo periodo dell'art. 561 e 2652 n. 1 c.c., emergerebbe il seguente scenario in ordine al rapporto tra donatari, i relativi creditori ipotecari e i legittimari:

- I) nel caso in cui il legittimario, vittorioso in sede di riduzione, agisce in restituzione nei confronti dei donatari e la relativa domanda di riduzione viene trascritta prima di dieci anni dall'apertura della successione e successivamente alla trascrizione o iscrizione del titolo di terzi, il legittimario ottiene il bene e i pesi e le ipoteche eventualmente apposti/e restano efficaci, salvo l'obbligo del donatario di compensare in denaro il legittimario in ragione del conseguente minor valore dei beni;
- II) nel caso in cui il legittimario, vittorioso in sede di riduzione, agisce in restituzione nei confronti dei donatari e la relativa domanda di riduzione viene trascritta prima di dieci anni dall'apertura della successione e anteriormente alla trascrizione o iscrizione del titolo di terzi, il legittimario ottiene il bene oggetto di donazione, libero da pesi e ipoteche eventualmente apposti/e;
- III) nel caso in cui decorrano dieci anni dall'apertura della successione, il diritto di agire in riduzione del legittimario si prescrive.

Orbene, sotto il profilo della prescrizione del diritto di agire in riduzione, naturalmente, nulla cambierebbe rispetto al sistema previgente. La modifica essenziale riguarderebbe, come detto, il venir meno del riferimento temporale consistente nella decorrenza ventennale dalla trascrizione della donazione.

Tale modifica risponde all'obiettivo di superare le problematiche vigenti e *percepite* come di ostacolo alla circolazione nella prassi contrattuale, affinché gli istituti bancari non siano spaventati da concessioni di prestiti ai fini dell'acquisto di beni con provenienza donativa, di modo che le relative ipoteche non subiscano alcun «effetto purgativo».



Questo è il cuore della riforma e tale obiettivo verrebbe assecondato. Giocoforza, per quanto concerne il rapporto tra donatari e legittimari, la tutela «reale» di quest'ultimi si innesterebbe esclusivamente nell'ipotesi in cui il legittimario agisse in riduzione e restituzione nei confronti dei donatari entro dieci anni dall'apertura della successione e anteriormente ad eventuali trascrizioni o iscrizioni compiute sul bene oggetto di donazione. In tale contesto, quindi, l'istituto bancario potrà constatare, sulla base delle risultanze dei registri immobiliari, eventuali trascrizioni di domande di riduzione e, in caso di assenza, essere agevolata a concedere crediti a fronte di ipoteca in suo favore, in quanto quest'ultima rimarrebbe efficace, senza che assuma più alcuna rilevanza la decorrenza del termine ventennale dalla trascrizione della donazione.

#### 4. Le modifiche all'art. 563 c.c.

La pietra miliare della proposta di riforma concerne la modifica dell'art. 563 c.c.

Tale disposizione reciterebbe: «*La riduzione della donazione, salvo il disposto del numero uno del primo comma dell'articolo 2652, non pregiudica i terzi ai quali il donatario ha alienato gli immobili donati, fermo l'obbligo del donatario medesimo di compensare in denaro i legittimari nei limiti in cui è necessario per integrare la quota ad essi riservata. Se il donatario è in tutto o in parte insolvente, l'avente causa a titolo gratuito è tenuto a compensare in denaro i legittimari nei limiti del vantaggio da lui conseguito. Le stesse disposizioni si applicano in caso di alienazione di beni mobili, salvo quanto previsto dal numero 1 del primo comma dell'articolo 2690.*».

Con la suddetta modifica si profila la salvezza degli acquisti degli aventi causa dai donatari, nel segno del principio della priorità della trascrizione. Indi, il soggetto interessato all'acquisto a titolo oneroso del bene con provenienza donativa, potrà consultare i registri immobiliari e decidere se propendere o meno per l'acquisto stesso, giacché, in caso di mancata trascrizione della domanda di riduzione, esso sarebbe inattuabile e intangibile, ferma restando l'obbligazione a carico del donatario di compensare in denaro i legittimari lesi nei limiti del vantaggio conseguito.

Pertanto, la proposta di riforma attenuerebbe fortemente la tutela «reale» del legittimario in ordine al suo rapporto con gli aventi causa dai donatari, giacché, da un lato, le possibilità del recupero del bene sono circoscritte alla priorità della trascrizione della domanda di riduzione rispetto alla trascrizione del titolo di acquisto dell'avente causa dal donatario e, da un altro lato, come sopra esaminato, l'effetto purgativo delle ipoteche si verificherebbe solo in caso di priorità della trascrizione della domanda di riduzione rispetto all'iscrizione dell'ipoteca in favore del creditore ipotecario del donatario.

L'obiettivo ambito dalla proposta di riforma in esame potrebbe essere raggiunto mediante le modifiche qui analizzate. Allo stesso tempo, tuttavia, a parere di chi scrive, anche sotto il profilo dell'art. 563 c.c., la proposta di riforma integra un'occasione persa (*rectius*: più occasioni perse).

Difatti, in primo luogo, la riforma avrebbe potuto chiarire in maniera definitiva il rapporto tra l'art. 563 c.c. e le liberalità non donative.

Come è noto, la dottrina notarile<sup>49</sup> ha «universalizzato» il principio dell'insuscettabilità di *tutte* le liberalità non donative all'esercizio dell'azione di restituzione. A parere di chi scrive<sup>50</sup>, una soluzione operativa potrebbe rinvenirsi sulla base del rispetto della locuzione *res (id est: bene)*. L'esercizio dell'azione di restituzione da parte del legittimario leso nei confronti dell'avente causa dal donatario potrebbe esservi, laddove, la liberalità non donativa sia realizzata mediante un atto negoziale in cui la *res* esce dal patrimonio del disponente e entra in quello del beneficiario. Il che, difatti, non si verifica, in occasione di una compravendita immobiliare, nella fattispecie dell'adempimento del terzo dell'obbligo altrui di pagamento del prezzo, essendo oggetto della liberalità l'immobile, mai uscito dal patrimonio del terzo-disponente. Una fattispecie che potrebbe rientrare in questo schema negoziale sarebbe il *negotium mixtum cum donatione*, là dove al paradigma reale che struttura lo schema negoziale seguirebbe la tutela reale del legittimario. Si pensi, altresì, alle liberalità non donative che potrebbero realizzarsi mediante convenzioni matrimoniali tra coniugi, tra cui, a titolo esemplificativo, la convenzione matrimoniale con cui due coniugi convengono che uno di essi destini (*rectius: trasferisca*) in comunione legale un bene precedentemente acquistato e di sua esclusiva titolarità<sup>51</sup>. L'ammissibilità dell'esercizio dell'azione di restituzione nei confronti dei terzi aventi causa di destinatari di (alcune) liberalità non donative non costituisce un ostacolo ai fini della circolazione dei rapporti giuridici, in quanto coinvolgerebbe ipotesi residuali e garantirebbe una migliore trasparenza dell'attività negoziale posta in essere dai consociati.

In secondo luogo, la riforma in esame realizzerebbe una evidente disparità di trattamento tra il donatario e il suo avente causa, giacché, mentre il primo potrebbe perdere il bene oggetto di donazione in caso di esercizio dell'azione di riduzione e restituzione entro tre anni dall'apertura della successione; il secondo, come sopra affermato, vedrà salvo ed intangibile il suo acquisto nel rispetto del principio della priorità della trascrizione. Ancora una volta emerge in maniera cristallina che l'interesse del legislatore si è circoscritto esclusivamente su quello che è il problema *percepito* nella prassi contrattuale, vale a dire la *mera* circolazione dei beni con provenienza donativa. Pertanto, sebbene possa affermarsi, alla luce della presente riforma, la prevalenza dell'interesse alla circolazione dei beni donati rispetto all'interesse alla tutela del recupero in natura dei beni donati, non può, allo stesso tempo, affermarsi un generale ed *aprioristico* principio di prevalenza della tutela degli interessi dei beneficiari delle disposizioni lesive rispetto alla tute-

<sup>49</sup> Cfr. IACCARINO, *Circolazione dei beni: la Cassazione conferma che gli acquisti provenienti da donazioni indirette sono sicuri*, in *Notariato*, 2010, 508; *Contra* SCUCCIMARRA, *L'azione di riduzione nelle donazioni indirette*, nota alla sentenza Cass. civ. n. 11496/2010, in *Imm. e prop.*, 2011, 2, nota 57.

<sup>50</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a PACINI, *Sulla rinuncia all'azione di riduzione*, cit., 686-687.

<sup>51</sup> Sull'ammissibilità di una simile convenzione si veda il Quesito del C.N.N. n. 564 - 2009/ a firma di MATTIA, *Coniugi in regime di separazione e adozione della comunione legale*. Il tema è stato recentemente affrontato anche da FERRARI - LABRIOLA, *La comunione convenzionale*, Studio del Consiglio nazionale del Notariato, n. 115-2023/C.

la *reale* dei legittimari. Più precisamente, non può affermarsi un generale principio di prevalenza dell'interesse alla circolazione dei beni con provenienza successoria rispetto all'interesse alla tutela dei legittimari.

In terzo luogo, a parere di chi scrive, un'altra mancata opportunità può ravvisarsi con riferimento alla formulazione letterale delle disposizioni in esame, ai fini di una distinzione chiara ed evidente tra l'azione di riduzione e l'azione di restituzione. In altri termini, il legislatore avrebbe potuto distinguere espressamente e tecnicamente le due azioni attraverso le disposizioni di cui all'art. 561 e 563 c.c. Allo stesso tempo, un problema da non sottovalutare, è quello del termine di prescrizione del diritto di agire in restituzione. Difatti, acclarata l'autonomia funzionale dell'azione di riduzione rispetto a quella di restituzione, ne segue, evidentemente, che le due azioni dovrebbero essere caratterizzate da due termini di prescrizione differenti<sup>52</sup>. Ciò significa che, relativamente agli scenari sottesi all'art. 561 c.c. come modificato, potrebbero emergere evidenti aporie sistematiche, con particolare riferimento all'ipotesi in cui il legittimario esperisca l'azione di riduzione entro il triennio dall'apertura della successione senza esperire congiuntamente anche l'azione di restituzione, di modo che quest'ultima possa essere esperita legittimamente entro dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza che accoglie l'azione di riduzione<sup>53</sup>. Il rischio potrebbe essere quello di rendere instabile un acquisto a titolo di donazione, legato o erede, a causa dell'eccessivo spazio temporale concesso al legittimario ai fini dell'esercizio dell'azione di restituzione.

Tale scenario conferma la fondatezza della lettura critica già delineata in sede dottrinale in ordine alla disparità di trattamento tra i donatari, legatari o eredi e gli aventi causa dai donatari.

## 5. Riflessioni «sistematiche» e conclusive

È giunto il momento di tentare di avanzare delle riflessioni di carattere sistematico.

<sup>52</sup> Non a caso si ritiene che, nell'ambito del vigente rapporto tra legittimario e avente causa dal donatario, qualora il legittimario abbia esperito esclusivamente l'azione di riduzione entro il ventennio dalla trascrizione della donazione, «egli ottenuta la sentenza a sé favorevole, potrebbe agire in restituzione contro l'avente causa dal donatario anche se il ventennio fosse ormai nel frattempo trascorso». Così CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 623.

<sup>53</sup> Sul punto si veda Trib. Monza, 27 giugno 1996, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, 459, nota di LUCCHINI GUASTALLA, *Sull'azione di restituzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione*, là dove afferma espressamente: «L'azione di restituzione contro gli aventi causa dal donatario soggetto a riduzione è ammissibile solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza di riduzione»; *Contra* M. BONAVITA, *sub art. 533 c.c.*, in *Comm. PERLINGIERI, Libro Secondo, Delle successioni, Artt. 456-809*, Napoli, 2010, 298, il quale sostiene che l'azione di riduzione e l'azione di restituzione avrebbero lo stesso *dies a quo* in ordine alla prescrizione. Per un approfondimento sul punto si veda M. TESCARO, *La prescrizione dell'azione di riduzione, nel più generale contesto dell'inadeguato e incerto diritto della prescrizione italiano*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 11, 788.

Orbene, in primo luogo, la riforma in esame, ferma restando la sua portata irretroattiva, integrerebbe un'abrogazione dell'istituto del diritto di agire in opposizione alla donazione, preordinato alla sospensione del termine ventennale dalla trascrizione della donazione stessa. Difatti, con il mutamento del sistema di tutela dei legittimari, verrebbe meno la giustificazione causale e l'utilità di un simile diritto. Il che, a sua volta, potrebbe rimodulare l'idea in base alla quale è possibile esperire l'azione di simulazione anche prima della morte del disponente, al fine di dimostrare che l'atto simulato dissimuli una donazione potenzialmente lesiva delle pretese successorie degli aventi diritto. Quest'ultima opzione ermeneutica<sup>54</sup> traeva la propria ragion d'essere dalla vigenza del diritto di opposizione.

In secondo luogo, occorre chiedersi se la rinuncia anticipata all'azione di restituzione possa mantenere delle utilità. La risposta, alla luce delle riflessioni di cui sopra, non che può essere positiva<sup>55</sup>, giacché l'azione di restituzione potrebbe essere sempre esperita nei confronti dei donatari, legatari o eredi o rispettivi aventi causa, nel rispetto dei relativi termini e condizioni sopra analizzati. Indi, un'eventuale rinuncia all'azione di restituzione potrebbe sempre assicurare, da un lato, la stabilità dell'acquisto del donatario, legatario o erede e, dall'altro lato, garantire con certezza la circolazione dei beni donati o legati.

In terzo luogo, risulta opportuno chiedersi se il nuovo sistema di tutela dei legittimari possa definitivamente eliminare la tutela *reale* dei legittimari lesi o pretermessi.

Questa, forse, rappresenta la vera occasione persa del legislatore, in quanto abbiamo potuto osservare che permangono scenari in cui il legittimario leso o pretermesso possa ottenere il recupero del bene e giovare di un effetto purgativo in ordine alle relative ipoteche. Giocoforza, a parere di chi scrive, la suddetta riforma non può rappresentare un'argomentazione a sostegno della tesi di una introduzione della legittima per equivalente. Il che, a sua volta, implica un sicuro mantenimento<sup>56</sup> della giustificazione causale del patto di famiglia rispetto ad una donazione, giacché consentirebbe una *eccezionale* conversione della legittima in natura in legittima di credito per i «legittimari non assegnatari» del bene oggetto del patto di famiglia.

Allo stesso tempo, giova osservare che nel caso in cui un soggetto disponga interamente del suo patrimonio a mezzo di donazioni e i rispettivi donatari facciano circolare a titolo oneroso i suddetti beni oggetto delle donazioni, il legittimario pretermesso godrebbe

<sup>54</sup> Sul punto si veda Cass., 9 settembre 2019, n. 22457, là dove ritiene ammissibile l'azione di simulazione solo se preordinata a consentire al coniuge o al parente in linea retta di notificare e trascrivere l'atto di opposizione. Cfr. anche VERDICCHIO, *Donazione dissimulata e attualità dei diritti del legittimario in pectore*, nota a Trib. Cagliari, 21 maggio 2015, in *Dir. succ. e fam.*, 2016, 754.

<sup>55</sup> A constatare ciò è PERLINGIERI, *La rinuncia anticipata all'azione di restituzione e la tutela degli interessi coinvolti nella circolazione dei beni donati*, cit., 285, nota 1.

<sup>56</sup> Mantenimento che sarebbe sempre assicurato dalla altresì eccezionale disattivazione della collazione e riduzione. Per un approfondimento sul punto sia consentito il riferimento a PACINI, *Riflessioni sul patto di famiglia e sul suo rapporto con la successione necessaria*, in AA.VV., *Le garanzie del credito e la tutela del contraente debole*, a cura di RIZZO, BERTI DE MARINIS, POMBO, MEZZASOMA, PÉREZ – SERRABONA GONZALEZ, PUCCI, Napoli, 2024, 135.

di una mera tutela per equivalente. Giocoforza, potrebbe ipotizzarsi, ai fini di una programmazione della vicenda successoria, la stipulazione di tante donazioni modali quanti sono i beni del soggetto disponente, tutte accomunate dall'onere a carico dei donatari di alienare quanto ricevuto entro un determinato arco temporale. L'onere potrebbe essere garantito da una condizione risolutiva della donazione in caso di inadempimento dell'onere stesso.

In alternativa ad una condizione risolutiva e, quindi, al suo carattere di assolutezza reale, per garantire una tutela meramente «obbligatoria» in ordine all'inadempimento dell'onere apposto alla donazione, potrebbe essere stipulato un patto di fiducia<sup>57</sup> tra il donante (fiduciante) e il donatario (fiduciario), con cui quest'ultimo si impegna a trasferire ad un terzo a titolo oneroso quanto pervenuto dalla donazione<sup>58</sup>.

Tale meccanismo negoziale impedirebbe ai legittimari un recupero reale dei beni del *de cuius* e, a parere di chi scrive, non integrerebbe affatto una elusione alla tutela dei legittimari, giacchè, come si è potuto osservare, il legislatore avrebbe stabilito il principio di prevalenza dell'interesse alla circolazione dei beni con provenienza donativa rispetto all'interesse alla tutela del recupero reale dei legittimari<sup>59</sup>.

Per trarre le fila del discorso ed elaborare delle riflessioni conclusive, è possibile affermare che la proposta di riforma si è focalizzata principalmente sull'interesse alla circolazione dei beni con provenienza donativa, attenuando, da un lato, la grande complessità del sistema di tutela dei legittimari e, dall'altro, integrando delle aporie e disparità di trattamento all'interno del nostro ordinamento giuridico.

## ABSTRACT

Il presente contributo si pone l'obiettivo di analizzare il contenuto della proposta di riforma in ordine al sistema di tutela dei legittimari, con particolare riferimento agli artt. 561 e 563 c.c., nel segno di una prospettiva in chiave sistematica.

<sup>57</sup> La letteratura è vasta. Su tutti, si veda LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, *passim*; CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, *passim*; LENZI, *La lezione di Cariota Ferrara: dalla potestà di abuso alla fiducia rafforzata*, in AA.VV., *Rileggere i «classici» del diritto civile italiano (1920 – 1935)*, a cura di PERLINGIERI, Napoli, 2024, 227 ss.; ID., *Fiducia e patto fiduciario*, in D'AMICO (a cura di), *Enciclopedia del Diritto. I Tematici*, Milano, 2021, 543; Per un'analisi comparata dell'istituto della fiducia in chiave successoria si vedano le pregevoli considerazioni di CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, Madrid, 1996, 316.

<sup>58</sup> Sul punto si veda OCCORSIO, *Circolazione fiduciaria di beni*, Studio n. 5-2020/C del Consiglio Nazionale del Notariato, approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 21 settembre 2021.

<sup>59</sup> A conferma dell'ammissibilità del congegno negoziale esposto nel testo, è possibile affermare che esso non risulta così dissimile dallo *schema mortis causa* che caratterizza la disposizione fiduciaria di cui all'art. 627 c.c., con la differenza che il negozio di trasferimento del fiduciario, nel caso di nostro interesse, avverrebbe a titolo oneroso, in esecuzione di un'obbligazione civile e non naturale. Indi, donazione e patto fiduciario potrebbero profilarsi quali strumenti di pianificazione successoria, volti a soddisfare l'eventuale volontà del *de cuius* di evitare che i propri legittimari possano godere *realmente* dei suoi beni.

*The purpose of this contribution is to analyse the content of the proposed reform with regard to the system of protection of legitimaries, with particular reference to Articles 561 and 563 of the Civil Code, in the sign of of a systematic perspective.*



### La successione necessaria al cospetto della Corte EDU



Marco Rizzuti

Prof. ass. dell'Università di Firenze

**SOMMARIO:** 1. Due casi francesi. – 2. Le decisioni europee. – 3. Spunti di riflessione per l'ordinamento italiano.

#### 1. Due casi francesi

Le complesse vicende giudiziarie relative alle eredità di due celebri musicisti francesi<sup>1</sup> hanno recentemente portato sino all'attenzione della Corte di Strasburgo la fondamentale questione della rilevanza dei meccanismi interni di tutela dei legittimari alla stregua dei parametri assiologici sovranazionali. I due casi si assomigliano in maniera notevole: in entrambi troviamo una celebrità transalpina che ha acquisito da tempo una residenza californiana e si avvale dello strumento del *trust* per realizzare un'operazione di programmazione successoria nettamente favorevole al nucleo familiare di più recente costituzione, in pregiudizio delle aspettative dei figli nati da quelli precedenti, con i quali i rapporti appaiono ormai allentati se non, in almeno uno dei casi, gravemente compromessi.

I soggetti in questione reagiscono dunque avvalendosi di un tradizionale strumento del diritto successorio domestico, il prelievo compensatorio che nelle successioni transnazionali consentiva al cittadino francese di recuperare sui beni relitti in patria una porzione eguale al valore di quei beni ereditari siti all'estero da cui fosse stato per qualunque ragione escluso in base agli ordinamenti locali. L'istituto, invero, affondava le sue radici

---

<sup>1</sup> Le due vicende parallele hanno riguardato, rispettivamente, le successioni del compositore Maurice Jarre e dell'arrangiatore Michel Colombier.

nella necessità di contemperare opposte esigenze risalenti alla transizione dall'*Ancien Régime* alla modernità<sup>2</sup>, ma dopo due secoli appariva piuttosto come un mero privilegio connesso allo *status civitatis*, fonte di inaccettabili discriminazioni nei confronti dei successibili stranieri, di talché nell'ambito di una delle due vicende da cui abbiamo preso le mosse veniva sollevata una questione di legittimità costituzionale circa la compatibilità del prelievo compensatorio con il principio di eguaglianza, ed il suo accoglimento<sup>3</sup> si ripercuoteva inevitabilmente anche sull'altra.

Privati così dello strumento di reazione potenzialmente più efficace, i legittimari lesi argomentavano quindi in ordine al contrasto con l'ordine pubblico francese che sarebbe stato determinato dall'applicazione della legge californiana, ma i supremi giudici transalpini rigettavano tale prospettazione osservando come la successione necessaria fosse già stata dequotata a livello interno dalle recenti riforme, oltre che dal già ricordato intervento della giustizia costituzionale, e comunque in concreto non fossero stati violati principi fondamentali<sup>4</sup>. Il legislatore francese aveva infatti circa dieci anni prima ridimensionato sia il numero dei legittimari, escludendo gli ascendenti e mantenendo solo coniuge e discendenti, sia soprattutto le modalità della loro tutela, assumendo come regola quella per equivalente e peraltro consentendone anche una rinunzia anticipata<sup>5</sup>. Non risultava quindi evidentemente più sostenibile che la tutela dei legittimari rappresentasse di per sé un valore inderogabile di ordine pubblico, come pure certamente era stato in passato<sup>6</sup>, ma occor-

<sup>2</sup> Da una parte, sin dal 7 agosto 1790 l'Assemblea Nazionale aveva proclamato l'eguaglianza successoria tra francesi e stranieri, condannando come contrario al principio rivoluzionario della fraternità tra tutte le genti, l'antico diritto di albinaggio che i signori feudali e quindi i sovrani avevano vantato sui beni relitti dagli stranieri. Dall'altra, il Primo Console aveva poi reintrodotta agli artt. 726 e 912 del *Code Civil* pesanti limitazioni a tale eguaglianza, subordinandola al rispetto della condizione di reciprocità con il Paese di provenienza. Era stata dunque paradossalmente la Restaurazione a determinare l'avvento di un sistema più liberale con la *Loi du 14 juillet 1819 relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction*, il cui art. 1 aboliva i predetti articoli del *Code* e riconosceva agli stranieri la medesima capacità successoria dei francesi, mentre l'art. 2 specificava per l'appunto che in caso di concorso di coeredi stranieri e francesi, quest'ultimi godessero del prelievo compensatorio.

<sup>3</sup> Si allude alla decisione del *Conseil constitutionnel*, 5 agosto 2011, n. 2011-159 QPC; in *JCP – Semaine juridique (édition générale)*, 2011, n. 26, 1236. In proposito si possono vedere: CASEY, *Requiem pour le droit de prélèvement de la loi du 14 juillet 1819*, in *Rev. jur. pers. et fam.*, 2011, 12, 32 ss.; FONGARO, *Feu le droit de prélèvement. Note sous Conseil constitutionnel, 5 août 2011, décision n° 2011-159 QPC*, in *JCP – Semaine juridique (édition générale)*, 2011, 36, 23 ss.; EGEA, *Note sous Conseil constitutionnel, 5 août 2011, décision numéro 2011-159 QPC, Mme Elke B. et a.*, in *Rev. fr. de droit const.*, 2012, 155 ss.

<sup>4</sup> Il riferimento è alle due decisioni della *Cour de cassation*, 27 settembre 2017, n. 16-13151 e n. 16-17198, in *Dr. fam.*, 2017, 230. In proposito si possono vedere: GUILLAUME, FULCHIRON, *Ordre public successoral et réserve héréditaire: réflexions sur les notions de précarité économique et de besoin*, in *Recueil Dalloz*, 2017, 40, 2310 ss.; VINCENT, *Réserve héréditaire et ordre public international. Mise en oeuvre des arrêts du 27 septembre 2017*, in *Dr. fam.*, 2018, 5, 16 ss.; CALÒ, *Il terzo uomo: con Johnny Hallyday dopo Michel Colombier e Maurice Jarre si ripropone il rapporto fra successione necessaria e ordine pubblico internazionale*, in *Riv. not.*, 2018, 1141 ss.

<sup>5</sup> Si allude alla *Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités*.

<sup>6</sup> La rilevanza del *partage égal* come principio di ordine pubblico era stata affermata, in tutt'al-



reva semmai verificare se in concreto l'applicazione della legge straniera avesse determinato una situazione comunque inaccettabile, lasciando gli interessati in una condizione di incapacità di far fronte ai propri bisogni essenziali<sup>7</sup>, il che non era invero accaduto nei casi di specie, che vedono come protagonisti soggetti adulti e benestanti.

Più di recente, tuttavia, nella legislazione d'oltralpe si è manifestata una relativa inversione di tendenza, con la reintroduzione, per i casi in cui ad una successione transnazionale si applichi, in forza del diritto internazionale privato di applicazione universale ormai uniformato a livello di regolamento europeo<sup>8</sup>, una legge straniera che non preveda la tutela dei figli come legittimari, di un nuovo diritto di prelievo compensatorio sui beni relitti in Francia in favore del figlio pregiudicato, o dei suoi aventi causa, mentre viene al contempo previsto un obbligo per il notaio di informare i legittimari lesi sul loro diritto di chiedere la riduzione delle liberalità poste in essere dal defunto. L'obiettivo della novella, non esplicitato nel testo normativo ma reso manifesto dalla sua collocazione nel contesto della cosiddetta "legge contro il separatismo religioso"<sup>9</sup>, è stato quello di intervenire nelle situazioni in cui alla successione di un *de cuius* immigrato si applica un diritto di matrice islamica che avvantaggi i figli maschi rispetto alle figlie femmine, e l'intento della riforma era per l'appunto quello di offrire a quest'ultime uno strumento che consenta un riequilibrio patrimoniale per mezzo del prelievo compensativo da realizzare sui beni relitti in Francia<sup>10</sup>. In effetti, il nuovo meccanismo non parrebbe presentare le stesse problematiche di costituzionalità di quello storico, in quanto prescinde dallo *status civitatis* dei soggetti coinvolti, risultando sufficiente per attivarlo la circostanza che il *de cuius* o almeno uno dei suoi figli fosse cittadino di un Paese dell'Unione Europea oppure vi risiedesse abitualmente al momento dell'apertura della successione. Anzi, quelle che nelle intenzioni del legislatore dovrebbero essere le principali beneficiarie del prelievo saranno in molti casi cittadine straniere.

---

tro contesto storico, dalla *Cour de cassation*, 27 aprile 1868 (D.P. 1868-I. 302), cui fanno riferimento le decisioni qui in commento nella loro ricostruzione della giurisprudenza interna rilevante.

<sup>7</sup> Un siffatto approccio era stato prospettato in dottrina anche da LAGARDE, *Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions*, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 101, 2012, 4, 709 ss.

<sup>8</sup> *Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession*.

<sup>9</sup> *Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République*. Per un commento generale alla legge si veda TIRA, *La legge francese n. 1109 del 24 agosto 2021 sul "rafforzamento del rispetto dei principi della Repubblica"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2021, 16, 91-129.

<sup>10</sup> Si veda in proposito, anche per ulteriori riferimenti, RIZZUTI, *Libertà individuali e "separatismo religioso" nel prisma del diritto successorio: spunti di riflessione da una legge francese e un caso giurisprudenziale greco*, in CARLINO, MILANI (a cura di), *Rule of law, culture e territori*, Genova, 2023, 85-91.

Si è aperto semmai un dibattito circa la compatibilità della novella con il menzionato regolamento europeo di diritto internazionale privato uniforme, in quanto essa potrebbe determinare una frammentazione della *lex successionis* contrastante con gli obiettivi del legislatore euro-unitario, laddove secondo i commentatori più critici ci si sarebbe dovuti limitare a ricorrere alla clausola dell'ordine pubblico, ben nota anche allo stesso regolamento, per disapplicare la legge straniera discriminatoria<sup>11</sup>. Ad ogni modo, come dicevamo, la nuova normativa non è formulata in maniera esplicitamente riferibile agli immigrati di matrice islamica, il che sarebbe stato del resto a sua volta in totale contrasto con i principi laici ed egualitari che l'hanno ispirata, per cui nulla esclude che essa possa *pro futuro* applicarsi pure in contesti sociali radicalmente diversi, come quelli dei casi da *jet set* su cui siamo intrattenuti.

## 2. Le decisioni europee

Frattanto, invero, entrambi i nostri casi erano stati portati all'attenzione della giustizia sovranazionale, con ricorsi per certi aspetti paralleli ma rispettivamente incentrati sull'asserita violazione di due distinti diritti fondamentali.

In uno dei due si faceva riferimento al diritto al rispetto della vita privata e familiare, in quanto l'esito determinatosi in seguito alla decisione finale dei giudici francesi avrebbe gravemente compromesso il valore dei legami familiari ed oltretutto non avrebbe considerato la condizione di vulnerabilità di uno dei figli, in quanto portatore di handicap. I giudici europei riconoscono che alla vicenda ereditaria ineriscono anche interessi morali, affettivi e familiari, a maggior ragione in quanto viene in considerazione il patrimonio artistico relitto dal celebre *de cuius*, ma non ravvisano alcun motivo per considerare irragionevole l'esito della vicenda a livello interno, osservando come il deterioramento e la crisi dei rapporti nell'ambito della compagine familiare in questione, ampiamente precedenti all'apertura della successione, non fossero in alcun modo imputabili ad azioni od omissioni dello Stato convenuto, e rimarcando come, d'altra parte, non fosse mai stato allegato e provato che il figlio portatore di handicap versasse anche in una condizione di bisogno economico<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Si vedano al riguardo LAURENT-BONNE, *L'incerto futuro della riserva ereditaria nel diritto francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 1201 ss., nonché AA.VV., *Articles - Débat: le retour du droit de prélèvement?*, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2021, 291-346. L'osservazione, tuttavia, non ci convince fino in fondo, dal momento che gli effetti della disapplicazione di una legge straniera in forza di un'eccezione di ordine pubblico ci parrebbero verosimilmente più ridotti di quelli del nuovo *prélèvement*: nel primo caso si potrà solo evitare che i beni relitti in Francia vengano attribuiti secondo il criterio discriminatorio tipico dell'ordinamento straniero e inevitabilmente applicato a quelli relitti altrove; nel secondo si potrà arrivare a ribaltare gli effetti economici dell'esito dell'attribuzione dei beni siti all'estero operando in patria una sorta di discriminazione rovesciata.

<sup>12</sup> Corte EDU, 15 febbraio 2024, *Affaire Colombier c. France* (requête n. 14925/18).

L'altro ricorso faceva invece leva sul profilo patrimoniale della asserita violazione del diritto al rispetto dei propri beni, fra i quali si assume possa rientrare anche l'aspettativa ereditaria, violazione determinatasi per effetto del vuoto giuridico dovuto da un lato all'applicazione retroattiva *erga omnes* della pronuncia di incostituzionalità del prelievo compensatorio storico, suscitata nell'ambito del caso parallelo, e dall'altro all'ordinaria irretroattività della riforma che ha introdotto quello nuovo. I giudici europei riconoscono che la retroattività dell'intervento della giustizia costituzionale può considerarsi come una forma di ingerenza pubblica nella sfera patrimoniale, che deve essere quindi scrutinata alla stregua dei parametri della legalità, dell'interesse pubblico e della proporzionalità. Non sorgono particolari problemi dai primi due punti di vista, in quanto si tratta dell'ordinario svolgersi di una vicenda abrogativa che è espressamente prevista dall'ordinamento interno e che risponde all'esigenza di consentire la piena ed immediata affermazione del fondamentale principio di eguaglianza, ma anche dal punto di vista della proporzionalità l'approccio adottato dai giudici francesi appare come un ragionevole esercizio del margine di discrezionalità che compete agli Stati<sup>13</sup>.

Entrambe le sentenze esprimono infatti una sostanziale condivisione delle argomentazioni dei supremi giudici d'oltralpe, le cui opinioni vengono riportate con una deferenza di cui forse non ogni altro ordinamento avrebbe goduto, specie con riferimento alle motivazioni per cui l'esito concreto della vicenda non risulta in contrasto con nessun fondamentale principio di ordine pubblico. Ritroviamo così i richiami alla circostanza che nessuno dei figli si è venuto a trovare in una situazione di bisogno, al carattere non fraudolento del ricorso alla legge di un Paese straniero in cui il *de cuius* aveva effettivamente e da tempo stabilito la propria residenza abituale, ed al fatto che l'applicazione del diritto californiano non ha determinato discriminazioni fra i successibili in ragione di criteri assiologicamente inaccettabili quali il sesso o la religione o la natura della filiazione.

### 3. Spunti di riflessione per l'ordinamento italiano

Dal punto di vista del nostro ordinamento le due decisioni, benché attinenti a vicende che non lo riguardano in maniera diretta, sono tuttavia di notevole interesse anche e soprattutto in quanto giungono all'attenzione dell'interprete italiano in un momento in cui l'annoso dibattito sulla riforma della successione necessaria<sup>14</sup> è stato appena rav-

<sup>13</sup> Corte EDU, 15 febbraio 2024, *Affaire Jarre c. France (requête n. 14157/18)*. A proposito di questa seconda sentenza si veda anche il commento di NOCERA, *Ordine pubblico internazionale e successione necessaria: nota sulle note del "Tema di Lara"*, in *Jus Civile*, 2024, 6, 978 ss.

<sup>14</sup> Si possono vedere, anche per gli ulteriori riferimenti da differenti prospettive, i recenti contributi di: SEMPRINI, *La legittima per equivalente*, Napoli, 2019; GAROFALO, *La riforma della successione necessaria e le quote di riserva facoltative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2021, 69 ss.; NOCERA, *Per una rimediazione quantitativa della legittima. Solidarietà endofamiliare e autonomia nel passaggio generazionale*,

vivato dalla presentazione di un nuovo disegno di legge di iniziativa governativa, la cui eventuale approvazione rappresenterebbe una svolta importante, ancorché limitata al profilo della circolazione degli immobili di provenienza donativa, e ad ogni modo potrebbe preludere ad una più complessiva revisione sistematica della materia della successione necessaria<sup>15</sup>. L'esito cui sono pervenuti i giudici europei costituisce dunque anzitutto un'indicazione circa l'assenza di vincoli sovranazionali che limiterebbero la percorribilità di una riforma anche radicalmente limitativa dei diritti dei legittimari, il che del resto va a confermare quanto può trarsi dall'assenza di riferimenti costituzionali interni alla successione necessaria nonché dall'orientamento delle nostre corti, che avevano già escluso il contrasto dell'applicazione di regole straniere che non li tutelino con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano<sup>16</sup>.

Tuttavia, ci sembra rilevante considerare anche quei passaggi motivazionali delle sentenze francesi, ripresi e condivisi da quelle europee, in cui vengono rimarcate talune circostanze fattuali che sembrerebbe essere state decisive per la valutazione di accettabilità dell'esito della concreta vicenda successoria in esame: da un lato, la circostanza che nessuno dei figli si è venuto a trovare in una condizione di bisogno, e, dall'altro, l'assenza di discriminazioni in base al sesso, alla religione o alla natura della filiazione. *A contrario*, si potrebbe dunque ipotizzare che se invece così non fosse stato, allora una qualche misura di tutela dei figli in quanto legittimari avrebbe potuto rivelarsi necessaria pure alla stregua dei parametri sovranazionali invocati, laddove per i soggetti diversi dai figli davvero potremmo parlare di una piena libertà del legislatore di smontare completamente l'istituto<sup>17</sup>. I limiti di una potenziale revisione della materia andrebbero pertanto individuati anche alla luce di tali considerazioni.

---

Napoli, 2024; BILARDO, *Paradigmi della successione necessaria. Conflitti assiologici e interessi protetti*, Napoli, 2024.

<sup>15</sup> Si allude all'art. 15 del DDL n. 1184 presentato, dal Ministro per la pubblica amministrazione e dal Ministro per le riforme istituzionali e la semplificazione normativa, al Senato della Repubblica in data 5 luglio 2024, e recante "*Disposizioni per la semplificazione e la digitalizzazione dei procedimenti in materia di attività economiche e di servizi a favore dei cittadini e delle imprese*". In proposito si veda TANZILLO, *Osservazioni sulla recente proposta di riforma dell'azione di restituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2024, 2, 727 ss.

<sup>16</sup> Si vedano in proposito Cass., 24 giugno 1996, n. 5832, in *Giust. civ.*, 1997, 1668, nonché Cass., 30 giugno 2014, n. 14811, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 2, 567, con nota di CALÒ, *La vedova non è più allegra: la mancanza di reciprocità con Cuba preclude lo status di legittimario*.

<sup>17</sup> Il che varrà anzitutto per la posizione di super-protezione di cui nell'ordinamento italiano gode oggi il coniuge, persino in caso di separazione, e sulla quale si è infatti appuntata l'attenzione degli interpreti (cfr. ROSSI, *La riserva a favore del coniuge superstite. Scenari attuali e prospettive evolutive*, Napoli, 2022; nonché FREZZA (a cura di), *Riforme proposte in ambito familiare*, Napoli, 2023, 121 ss.), ma anche per l'eventuale eliminazione, proprio sulla falsariga del modello francese, della tutela degli ascendenti come legittimari, che invero può portare ad esiti assurdi, laddove si consenta ai genitori originari di ridurre i lasciti che l'adottato abbia disposto in favore dell'adottante nell'ipotesi che il legislatore chiama ancora adozione in casi particolari nonostante la sua odierna posizione di preminenza sistematica (cfr. RIZZUTI, *Adozione aperta e rapporti successori*, Napoli, 2021, 101).

Da una parte, in caso di figli minori o comunque non autosufficienti dovrebbe permanere quanto meno una sorta di assegno alimentare a carico dell'eredità, il che appare certamente compatibile anche con le spinte verso una ristrutturazione della tutela dei legittimari che abbandoni i tradizionali meccanismi della realtà. Dall'altra parte, andrebbe garantita una qualche, pur minimale, misura di eguaglianza fra tutti i figli, onde evitare le inaccettabili discriminazioni cui si è fatto riferimento, e questo come abbiamo visto è stato per l'appunto l'obbiettivo della reintroduzione del prelievo compensatorio in Francia, che dimostra la specifica attualità di un intervento di tutela proprio a fronte delle sfide che oggi alle società europee pone il multiculturalismo<sup>18</sup>. Varrà dunque la pena di ricordare, e tener presente negli odierni dibattiti, che, proprio nella Francia rivoluzionaria e poi napoleonica, la successione necessaria non scaturì affatto dalla tutela della famiglia tradizionale, ma tutt'al contrario dall'irresistibile impulso dello Stato moderno alla demolizione delle basi degli antichi poteri familiari, in funzione di garanzia dell'eguaglianza fra i singoli oltre che con lo scopo di indurre la frammentazione dei grandi patrimoni<sup>19</sup>.

#### ABSTRACT

Il contributo analizza due recenti vicende giudiziarie francesi in materia di successioni transnazionali, decise infine dalla Corte EDU. L'evoluzione interna delle regole in

<sup>18</sup> Può essere utile ricordare la vicenda evolutiva della giurisprudenza tedesca. In un primo e discusso caso si era ritenuta conforme all'ordine pubblico l'applicazione della legge iraniana, *in parte qua* lascia al figlio maschio una quota maggiore rispetto a quella della femmina, posto che l'esito concreto appariva identico a quello che si sarebbe realizzato se il padre avesse lasciato per testamento l'intera disponibile allo stesso figlio maschio, come certamente sarebbe stato possibile anche sotto la legge germanica (*Landgericht Hamburg*, 12 febbraio 1991, in *IPRspr*, 1991, 264). Successivamente la giurisprudenza e la dottrina tedesche si sono invece riorientate nel senso di distinguere fra il potere del testatore di discriminare, evidentemente ammissibile anche alla stregua del diritto interno e invero di ogni diritto in cui si ammetta la successione testamentaria, istituto che ha senso in quanto consenta di prevedere una ripartizione in una qualche misura differenziata rispetto a quella che deriverebbe dall'applicazione delle quote ereditarie legali, e la diversa ipotesi di una norma straniera che sia essa stessa discriminatoria e come tale insanabilmente contrastante con l'ordine pubblico nazionale (cfr. RADEMACHER, *Die Abwehr anstößigen Familien- und Erbrechts: Zwischen Toleranz und Geschlechter-gleichstellung*, in RUPP (a cura di), *IPR zwischen Tradition und Innovation*, Tübingen, 2019, 121-140).

<sup>19</sup> Non si trattava certo di rafforzare il patriarcato tradizionale ed i connessi legami di solidarietà, ma al contrario di abbatterli in nome dell'eguaglianza di tutti i figli valorizzati come singoli individui, e non più funzionalizzati alle esigenze di continuità del patrimonio familiare dall'operare del maggiorasco e del fedecommesso, oppure premiati o puniti a seconda del loro grado di obbedienza ai voleri del *pater*: è del resto ben noto l'aforisma per cui il *partage égal* sarebbe stato più efficiente della ghigliottina nel destrutturare le basi patrimoniali del potere delle grandi famiglie feudali (GALGANO, *Il rovescio del diritto*, Milano, 1991, 10). Ed è invero alla stessa logica, se vogliamo giacobina, che si ispira la nuova legge francese quando si propone di imporre l'eguaglianza tra figli e figlie nelle successioni delle famiglie islamiche.

punto di successione necessaria era stata portata all'attenzione della Corte, che tuttavia non ha ravvisato alcuna violazione dei diritti umani, né dal punto di vista del rispetto per la vita privata e familiare né da quello del pacifico godimento dei propri beni. Tale esito appare di notevole interesse pure da un punto di vista italiano, in quanto contribuisce a gettare luce sul dibattito in atto anche da noi circa la possibile riforma della successione necessaria ed i limiti che essa incontrerebbe.

*The paper analyses two recent French cases regarding cross-border successions, decided by the European Court of Human Rights. The domestic modifications to the rules concerning reserved shares of inheritance were brought to the attention of the Court that however found no violations of human rights, nor from the viewpoint of the respect for private and family life, nor from the viewpoint of the peaceful enjoyment of possessions. Such an outcome is interesting also from an Italian perspective, as it sheds light unto the ongoing debates about the possible reform of reserved shares and its limits.*



### Responsabilità sanitaria e copertura assicurativa: le polizze conformi a d.m. 232/2023 e l'autoassicurazione ospedaliera



Stefania Pia Perrino

Assegnista dell'Università di Milano - Bicocca

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. La copertura del rischio sanitario della struttura ospedaliera prima e dopo la legge Gelli Bianco. – 3. Il decreto c.d. assicurativo. – 4. L'autoassicurazione. – 5. Le criticità delle polizze e delle autoassicurazioni conformi a decreto. – 6. Le ricadute sull'azione diretta ex art. 12 l. n. 24/2017. – 7. Conclusioni.

#### 1. Premessa

L'art. 10 l. 8 marzo 2017, n. 24<sup>1</sup> intendeva segnare una svolta significativa rispetto al passato, introducendo un obbligo assicurativo per le strutture sanitarie, a copertura dei danni derivanti da carenze organizzative e dall'operato di dipendenti e ausiliari. Tutta-

<sup>1</sup> La letteratura sul punto è copiosa. Senza pretesa di completezza, si vedano CORRIAS, *Diritto alla salute e contratto di assicurazione: premessa ad un'indagine*, in Corrias-Piras-Racugno (a cura di), *Diritto alla salute e contratto di assicurazione*, Napoli, 2019, 11 ss.; ID., *I profili di rilievo assicurativo della legge Gelli-Bianco*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, 114; ONNIS CUGIA, *Responsabilità medica, sanitaria e gestione dei rischi*, in M. Gorgoni-F. Greco (a cura di), *Diritto delle Assicurazioni. Attività, contratti, responsabilità e mercato*, Pisa, 2024, 383; BUGIOLACCHI, *Le strutture sanitarie e l'assicurazione per la r.c. verso terzi: natura e funzione dell'assicurazione obbligatoria nella legge n. 24/2017 (legge «Gelli/Bianco»)*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1051; PES, *L'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza nel sistema delle assicurazioni della salute*, in *Assicurazioni*, 2021, 618 ss.; MONTICELLI, *Le nuove dinamiche assicurative*, in VOLPE (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco (l. n. 24/2017)*, Bologna, 2018, 161; BERTI DE MARINIS, *Responsabilità delle strutture sanitarie e mezzi di gestione del rischio*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, 294; CAMEDDA, *Assicurazione e responsabilità civile: vecchi e nuovi orizzonti*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, 18, 1992-2007.

via, l'obbligo di assicurazione, in capo alle strutture sanitarie pubbliche e private, non vanta meccanismi di coercizione e, inoltre, la legge ha disposto l'attuazione della previsione con decreto ministeriale, volto a declinare i criteri minimi per la conformazione delle polizze assicurative. Dunque, in assenza di criteri di attuazione, la disputa attorno all'obbligo di assicurarsi si è esaurita sul piano dogmatico.

Circa sette anni dopo l'entrata in vigore della legge, il decreto del 15 dicembre 2023, n. 232<sup>2</sup> ha finalmente introdotto un Regolamento per la determinazione dei criteri applicabili ai contratti assicurativi e alle misure alternative devono soddisfare. Tuttavia, conferma – e non poteva fare altrimenti – le criticità esistenti: l'ospedale può scegliere di adottare un contratto di assicurazione, conforme ai criteri del decreto ministeriale, oppure optare, con una delibera motivata, per le c.d. altre misure analoghe, anch'esse conformi ai requisiti minimi del recente decreto ministeriale. Eppure, è proprio con riferimento alle misure analoghe che si rintracciano ulteriori *deficit*, atteso che il decreto ministeriale non pare affrontare l'eventualità dell'omessa delibera o della sua inadeguatezza rispetto a quanto previsto dal d.m. 232/2023.

Così (ri)configurata la facoltà di assicurarsi delle strutture sanitarie, gli interpreti e gli operatori del diritto sono chiamati a confrontarsi con le implicazioni delle disposizioni normative, così come attuate dal decreto ministeriale, nonché con le conseguenze specifiche della mancata o inadeguata attuazione di uno dei modelli declinati.

Per questa ragione, si rende necessario seguire il seguente piano di indagine. Premessi cenni su alcune discipline che in passato hanno tentato di introdurre un obbligo assicurativo in capo alle strutture, si analizzano le disposizioni del decreto ministeriale per le polizze assicurative e per le misure analoghe, per rintracciare le criticità che neutralizzano l'efficacia della legge Gelli Bianco. Infine, sarà analizzato il regime intertemporale di operatività delle polizze e dell'autoassicurazione conforme al decreto, in quanto esso incide pure sull'immediata o differita operatività della azione diretta contro la compagnia assicuratrice di cui all'art. 12 l. n. 24/2017.

---

<sup>2</sup> Sul tema, si vedano CHESSA, *L'azione diretta nella responsabilità sanitaria all'alba del regolamento attuativo della legge Gelli-Bianco*, in PIRAS (a cura di), *Le attuali prospettive della previdenza complementare*, 81 ss.; ROMAGNOLI, *L'attesa per l'operatività della disciplina assicurativa della legge Gelli-Bianco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1388; ONNIS CUGIA, *Responsabilità medica, sanitaria e gestione dei rischi*, cit., 370 ss.; BENATTI, *Responsabilità medica e assicurazioni nell'esperienza comparatistica*, in Romagnoli (a cura di) *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, Napoli, 2018, 37 ss.



## 2. La copertura del rischio sanitario della struttura ospedaliera prima e dopo la legge Gelli Bianco

Prima dell'introduzione della legge Gelli-Bianco nel 2017, per le strutture pubbliche e private<sup>3</sup>, non esisteva alcun obbligo di copertura assicurativa<sup>4</sup>, ex artt. 29 d.p.r. 27 marzo 1969, n. 130<sup>5</sup>, 28 comma 2 d.p.r. 20 dicembre 1979, n. 761<sup>6</sup> e 25 CCNL del personale del Comparto Sanità del 7 aprile 1999<sup>7</sup>. L'ente, tuttavia, poteva prevedere nell'esercizio della sua autonomia negoziale una polizza o eventuali clausole volte a includere i rischi derivanti dall'attività di tali soggetti nel perimetro della copertura assicurativa adottata.

Successivamente, l'art. 27, comma 1-bis, d.l. 24 giugno 2014, n. 90<sup>8</sup> (di seguito, decreto Madia) ha previsto che a ogni struttura del SSN, pubblica o privato, è posto l'obbligo di dotarsi di una copertura assicurativa o di analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera, a tutela dei pazienti e del personale. Cionondimeno<sup>9</sup>, la garanzia operava soltanto per la sanità pubblica, per i danni determinati dalla condotta dei medici e del personale dipendente. Salvo i casi individuati in specifiche clausole contrattuali idonee ad estendere la copertura, queste organizzazioni non erano obbligate ad assicurarsi contro le richieste di risarcimento per la *medical malpractice* dei professionisti lavoratori autonomi oppure dei professionisti convenzionati con l'ATS e operanti all'interno delle strutture pubbliche.

Nel corso degli anni si è registrato, però, un aumento della litigiosità, un crescente ricorso alla medicina difensiva<sup>10</sup>. Al contempo, si è verificata la proliferazione di nuovi rischi

<sup>3</sup> GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, ed. spec., 718 ss.

<sup>4</sup> BARNI, *La responsabilità medica verso il difficile approdo dell'assicurazione obbligatoria*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 3, 830; SELINI, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno resp.*, 2017, 301 ss.

<sup>5</sup> Disciplina recante lo statuto giuridico dei dipendenti degli enti ospedalieri.

<sup>6</sup> Disciplina recante lo statuto giuridico del personale delle unità sanitarie locali.

<sup>7</sup> ROMAGNOLI, *Limiti di praticabilità della c.d. autoassicurazione della responsabilità medica da parte delle amministrazioni sanitarie*, in Landini (a cura di), *Assicurazione e gestione del rischio*, Firenze, 2015, 61 ss.; HAZAN - ZORZIT, *Responsabilità sanitaria e assicurazione*, Milano, 2012, 23; MANTOVANI, *Assicurazione obbligatoria medico-sanitaria e modelli contrattuali*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2016, 5, 49-83.

<sup>8</sup> ONNIS CUGIA, *Responsabilità medica, sanitaria e gestione dei rischi*, in GORGONI-GRECO (a cura di), *Diritto delle Assicurazioni. Attività, contratti, responsabilità e mercato*, Pisa, 2024, 365.

<sup>9</sup> FEOLA, *La responsabilità sanitaria tra inadempimento e torto*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2022, 11, *passim*.

<sup>10</sup> GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 410 ss.; ID., *La medicina difensiva in Italia*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 22 ss.; PUCCELLA, *È tempo per un ripensamento del rapporto medico-paziente*, in *Resp. medica*, 2018, 3 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2017, 744; CATTÒ - NARDELLA - CAPALBO - RICCI, *La medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 909; FIORI, *La medicina legale difensiva*, *ivi*, 1996, 889. Secondo la

sanitari, prestazioni e figure di danno alla persona<sup>11</sup>. Conseguentemente, sono aumentati più che progressivamente i sinistri: secondo le stime<sup>12</sup>, nel 1994 i sinistri denunciati nel settore R.C. medica per le strutture sanitarie erano 6.345, mentre nel 2012 ne sono stati contestati ben 19.436. Ciò ha determinato pure la crescita dei premi: dai premi per le assicurazioni degli enti nosocomiali del 1994 pari a 17.260 euro si è passati a premi pari a 287.798 euro nel 2012, con un conseguente aumento dei costi per i settori sanitario e assicurativo. In questo scenario, è intervenuta la legge 8 marzo 2017, n. 24 (di seguito, legge c.d. Gelli Bianco), che ha reso centrale la responsabilità dell'ente nel sottosistema di responsabilità sanitaria, così da presidiare l'alleanza terapeutica tra medico e paziente. Tra le strategie volte a realizzare questo risultato, si annoverano, da un lato, un trasversale obbligo di assicurazione, applicabile alle strutture nosocomiali pubbliche e private con varietà di accenti, e, dall'altro, l'azione diretta del danneggiato contro la compagnia assicuratrice.

L'art. 10 l. n. 24 del 2017, rubricato "Obbligo di assicurazione", ha previsto per le strutture sanitarie e sociosanitarie il dovere di dotarsi di una copertura assicurativa<sup>13</sup> oppure di provvedere all'adozione di analoghe misure (c.d. autoassicurazione) da parte di strutture ospedaliere ed enti comunque nominati, per i danni prodotti da difetti organizzativi, da inadempimenti degli ausiliari o del personale medico-sanitario alle dipendenze dell'azienda nosocomiale<sup>14</sup>. Sono esclusi dallo spettro applicativo della disposizione tutti i danni cagionati dai professionisti autonomi, ogniqualvolta sprovvisti di con-

---

definizione elaborata nel 1994 dall'OTA, Office of Technology Assessment, U.S. Congress, la medicina difensiva «si verifica quando i medici prescrivono test, procedure diagnostiche o visite, oppure evitano pazienti o trattamenti ad alto rischio, principalmente (ma non esclusivamente) per ridurre la loro esposizione ad un giudizio di responsabilità per *malpractice*. Quando i medici prescrivono extra test o procedure, essi praticano una medicina difensiva positiva; quando evitano certi pazienti o trattamenti, praticano una medicina difensiva negativa».

<sup>11</sup> FIORI – MARCHETTI, *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, Milano, 2009, 50; VELLISCIG, *op. cit.*, 248.

<sup>12</sup> I dati a supporto di tale affermazione sono consultabili nei seguenti studi: Fondazione Istud, *Impatto sociale, economico e giuridico della pratica della medicina difensiva in Italia e negli Stati Uniti, Programma "Scienziati in Azienda" – XII Edizione*, Stresa, 26 settembre 2011-16 luglio 2012, 1° Project Work, <http://www.fsk.it/eventi/documentieventi/2012-11-09c.pdf>; Ordine Provinciale di Roma dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, *Chi si difende da chi. E perché? I dati della prima ricerca nazionale della Medicina Difensiva*, Roma, 23 novembre 2010, <http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato9848861.pdf>; R. MANZATO, *Responsabilità sanitaria e assicurazioni: alcune criticità e possibili soluzioni*, in *Legge Balduzzi – cosa cambia nella valutazione della colpa*, Ania, Milano, 12 dicembre 2012, [http://www.cnpsd.it/documenti/manzato\\_relazione.pdf](http://www.cnpsd.it/documenti/manzato_relazione.pdf); Ania, "Commissione parlamentare di inchiesta sugli errori in campo sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali", Roma, 31 ottobre 2012, [http://www.ania.it/export/sites/default/documenti/8f029184-2450-11e2-b408-f3c446ddbba06\\_\\_CAMERA-Audizione\\_rc\\_sanitaria\\_-31.10.12.pdf](http://www.ania.it/export/sites/default/documenti/8f029184-2450-11e2-b408-f3c446ddbba06__CAMERA-Audizione_rc_sanitaria_-31.10.12.pdf).

<sup>13</sup> DI GIOVANNI, *L'assicurazione nella responsabilità da attività sanitaria*, in RUFFOLO – SAVINI RICCI (a cura di), *Le nuove frontiere della responsabilità medica. Enti e operatori sanitari, dalla legge Gelli Bianco all'era post-pandemica*, Milano, 2022, 384.

<sup>14</sup> MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, Napoli, 2017, 111.

venzione con l'ATS, e da coloro che stipulano un accordo direttamente con il paziente e che non coinvolgono nel trattamento terapeutico alcuna struttura nella sua esecuzione<sup>15</sup>. Dunque, il regime di responsabilità inaugurato dalla legge Gelli Bianco vanta un doppio canale, distinto per medico e struttura, e i binari si scindono pure per l'assicurazione.

Nonostante la rubrica e il verbo impiegato, non si rintraccia nella disposizione un obbligo di assicurare o di adottare misure per i danni prodotti dalla struttura, dai propri dipendenti e ausiliari. Semmai è più corretto affermare che il nosocomio ha la facoltà<sup>16</sup> di assicurare o meno, ferma restando la possibilità di creare in alternativa un fondo rischi e un fondo costituito dalla messa a riserva per competenza dei risarcimenti relativi ai sinistri denunciati. Tuttavia, se la struttura pubblica o privata dovesse decidere di sottoscrivere un accordo di assicurazione, allora la copertura assicurativa o da analoga misura deve conformarsi ai requisiti minimi previsti dal decreto attuativo. Se il nosocomio dovesse decidere di non assicurare, allora, può adottare meccanismi di auto-ritenzione<sup>17</sup>.

Alcuni interpreti<sup>18</sup> hanno censurato il fraseggio ambiguo dell'art. 10 l. n. 24/2017, taluni<sup>19</sup> hanno concluso per la non sussistenza di un obbligo in senso tecnico, mancando del resto una sanzione per la violazione, altri<sup>20</sup> sostengono, invece, che l'obbligo sia stato introdotto ma con la possibilità di adempiere con una prestazione alternativa a carattere generico.

Non solo la disposizione in commento impone l'obbligo di assicurarsi, con la facoltà di adempiere mediante auto-ritenzione, ma così come attuata tanto la polizza quanto l'autoassicurazione deve essere conforme al d.m. 232/2023. In accordo con l'art. 10, comma 6, l. n. 24 del 2017<sup>21</sup>, l'obbligo in esame risulta programmatico fino all'emanazione del

<sup>15</sup> ROSSETTI, *Misure alternative all'assicurazione previste dal D.M. 232/2023*, in *ONE Legale*.

<sup>16</sup> ROSSETTI, *Assicurazione della r.c. sanitaria*, in *ONE Legale*.

<sup>17</sup> VELLISCIG, *op. cit.*, 300; DI GIOVANNI, *L'assicurazione nella responsabilità da attività sanitaria*, in RUFFOLO – SAVINI NICCI, *op. cit.*, 381.

<sup>18</sup> PONZANELLI, *Il fascino irresistibile dei sistemi no-fault*, in *Jus*, 2021, p. 127: «Come è ampiamente noto, una responsabilità civile obbligatoriamente e bilateralmente assicurata doveva essere negli iniziali intenti del legislatore come del resto è previsto nel settore della circolazione auto, cui la Gelli-Bianco ha insistentemente guardato durante il percorso legislativo. Per la durissima posizione assunta dalle imprese di assicurazione, si è poi passati a un'assicurazione sì obbligatoria ma unilaterale, per cui molte strutture sanitarie, a causa del costo troppo elevato, sono rimaste prive di una garanzia assicurativa, finendo per optare verso forme di autoassicurazione». GIUSTI, *L'incidenza delle linee guida e dei protocolli nell'area sanitaria*, in Landini (a cura di), *Autoassicurazione e gestione del rischio*, cit., 109-110.

<sup>19</sup> PONZANELLI, *Assicurazioni e responsabilità medica: un breve commento sul D.M. 15 dicembre 2023, n. 232*, in *Danno resp.*, 2024, 4, 406.

<sup>20</sup> ROMAGNOLI, *op. cit.*, 67.

<sup>21</sup> ANTENUCCI, *Impatto e prospettive pratiche della L. n. 24/2017 - Il punto di vista dell'assicuratore*, in *Resp. medica*, 2018, 31; BUGIOLACCHI, *Le strutture sanitarie e l'assicurazione per la r.c. verso terzi: natura e funzione dell'assicurazione obbligatoria nella Legge n. 24/2017 (legge "Gelli/Bianco")*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1032; DE LUCA – D'AIELLO – SCHIAVOTTIELLO, *Le assicurazioni di responsabilità civile in ambito sanitario (art. 10-15 L. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuove leggi civ.*, 2017, 788; HAZAN, *L'azione diretta*

decreto attuativo per l'individuazione dei requisiti minimi delle polizze. Si completa così l'ellissi: non sussistendo i requisiti attuativi di queste polizze, non esiste un obbligo, neppure in tal diverso modo di intendere la norma, e la struttura non può neppure avvalersi della facoltà in esame.

Al contempo, è rimasta inattuata un'altra disposizione, ossia l'art. 12 l. n. 24 del 2017, che regola l'azione diretta<sup>22</sup> nei confronti dell'impresa di assicurazione, che presta la copertura per la struttura sanitaria o sociosanitaria<sup>23</sup>. L'unico vero obbligo assicurativo, allora, è posto in capo ai professionisti, dipendenti e non, e, conseguentemente, l'allocatione che si voleva in capo all'ente pare smentita dal decreto di attuazione.

---

*nell'assicurazione obbligatoria della r.c. sanitaria (e il regime delle eccezioni)*, in *Danno e resp.*, 2017, 317; LANDINI, *La responsabilità medica - responsabilità sanitaria e assicurazione*, in *Giur. It.*, 2021, 2, 456; MONTICELLI – PONZANELLI, *Il medico "strutturato" imputato in sede penale non può chiamare in garanzia la propria assicurazione*, in *Danno resp.* 2024, 1, 40; ID., *Assicurazioni e responsabilità medica: un breve commento sul D.M. 15 dicembre 2023, n. 232*, *ivi*, 2024, 4, 405; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La riforma della responsabilità sanitaria tra amnesie legislative e deviazioni giurisprudenziali*, *ivi*, 2023, 2, 129; ROSSETTI, *La riforma della responsabilità medica. L'assicurazione*, in *Questione giustizia*, 2018, 167.

<sup>22</sup> PACILEO - SICA, *Sub. art. 12*, in MEOLI – SICA – STANZIONE (a cura di), *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Napoli, 2018, 254 ss.; CHESSA, *L'azione diretta nella responsabilità sanitaria all'alba del regolamento attuativo della legge Gelli-Bianco*, in PIRAS (a cura di), *Le attuali prospettive della previdenza complementare e della sanità integrativa*, Napoli, 2022, 69 ss.; ID., *Le tutele derivanti dalla polizza assicurativa stipulata dalle strutture e dagli esercenti l'attività sanitaria*, in *Riv. dir. bancario*, 2019, 1, 35-59; ROMAGNOLI, *L'attesa per l'operatività della disciplina assicurativa della legge Gelli-Bianco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 6, p. 1389-1391; ID., *Riflessioni critiche sull'autoassicurazione della responsabilità medica: compatibilità della scelta delle Regioni e delle aziende sanitarie con i principi di diritto interno ed europeo*, in *Giust. Amm.*, 2015, 7 ss.; ID., *Autoassicurazione della responsabilità medica: compatibilità con i principi di diritto interno ed europeo*, in *Danno resp.*, 2015, 335 ss.; ID., *Limiti di praticabilità della c.d. autoassicurazione della responsabilità medica da parte delle amministrazioni sanitarie*, in LANDINI (a cura di), *op. cit.*, 61 ss.; POLETTI, *L'azione diretta per gli «accidenti» derivanti dall'esercizio dell'attività e della professione sanitaria*, in IUDICA (a cura di), *Le tutele della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Milano, 2019, 351-368; TURCI, *L'azione diretta tra unità e molteplicità*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2023, 2, 301-326.

<sup>23</sup> Oltre al danneggiato, sono legittimati attivi pure il coniuge e lo stabile convivente *more uxorio*, gli eredi legittimi e i parenti fino al quarto grado, il datore di lavoro e, secondo la lettura proposta da alcuni autori, anche il nascituro, ancorché soggetta alle condizioni di procedibilità, alternative, ex art. 8 l. n. 24/2017. Cfr. POLETTI, *L'azione diretta per gli «accidenti» derivanti dall'esercizio dell'attività e della professione sanitaria*, cit., 364; ONNIS CUGIA, *Responsabilità medica, sanitaria e gestione dei rischi*, cit., 383. Mentre tra i legittimati passivi si annoverano l'assicurato (la struttura) e l'assicuratore, i quali sono coobbligati in solido e litisconsorti necessari: CHESSA, *Le tutele derivanti dalla polizza assicurativa stipulata dalle strutture e dagli esercenti l'attività sanitaria*, in *Riv. dir. banc.*, 6-8; ID., *L'azione diretta nella responsabilità sanitaria all'alba del regolamento attuativo della legge Gelli-Bianco*, cit., 74;

### 3. Il decreto c.d. assicurativo

Il d.m. 15 dicembre 2023, n. 232<sup>24</sup> ha attuato le regole sull'obbligo per i professionisti e sulla facoltà di assicurare per le strutture<sup>25</sup>, con una disciplina dedicata all'assicurazione per la copertura dei danni patrimoniali e non patrimoniali, cagionati dalla struttura ospedaliera a terzi e prestatori d'opera per il tramite del personale operante a qualunque titolo presso la stessa, compresi coloro che svolgono attività di formazione, aggiornamento, sperimentazione e ricerca clinica, inclusi i danni derivanti dalle prestazioni sanitarie realizzate nell'ambito di attività di sperimentazione e nella ricerca clinica oppure in regime di convenzione con il SSN, così come dalle prestazioni erogate attraverso la telemedicina. I requisiti introdotti sono poi entrati in vigore qualche mese più tardi, a decorrere dal 16 marzo 2024.

I requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie<sup>26</sup> sono i seguenti: i massimali, i termini di operatività, il regime di ultrattività, il termine per la denuncia dell'evento avverso, così come la possibilità di determinare variazioni contrattuali *in executivis* ad ogni scadenza contrattuale.

Più precisamente, l'art. 4 stabilisce i massimali, che vanno da 1 a 5 milioni di euro, a seconda del tipo di soggetto assicurato e del rischio.

Sotto il profilo temporale, il contratto di assicurazione che il decreto ministeriale delinea riguarda la responsabilità civile del tipo *claims made*<sup>27</sup> c.d. temperata, «operando

<sup>24</sup> HAZAN - MARTINI - RODOLFI (a cura di), *Il decreto attuativo della legge Gelli-Bianco*, Milano, 2024, 15.

<sup>25</sup> FEOLA, *op. cit.*, 24.

<sup>26</sup> RODOLFI - CARTABELLOTTA, *L'ambito di applicazione del decreto*, in HAZAN - MARTINI - RODOLFI (a cura di), *Il decreto attuativo della legge Gelli-Bianco*, cit., 15 ss.; HAZAN, *Decreto attuativo della Legge Gelli Bianco: cosa cambia?*, in *Dir. giust.*, 24 luglio 2024.

<sup>27</sup> È vasta la letteratura sulle clausole *claims made* e sulla loro validità. Senza pretesa di completezza, si vedano: NAZZARO, *Il contratto di assicurazione: la clausola claims made*, in *Corti fiorentine*, 2017, 1, 3-22; ID., *Ancora in tema di clausole claims made*, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2020, 3; PIRAINO, *Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso dell'assicurazione della responsabilità civile con copertura "claims made"*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 1045 ss.; CALVO, *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le sezioni unite*, in *Corr. giur.*, 2016, 921 ss.; FACCI, *Le claims made e la meritevolezza di tutela*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1138; VOLPE PUTZOLU, *La clausola claims made. Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Assicurazioni*, 2010, 3 ss.; LANDINI, *L'adeguatezza delle "claims made"*, in *Giur. comm.*, 2020, II, 130 ss.; ID., *La clausola claims made è vessatoria?*, ivi, 3 ss.; DEL PRATO, *Assicurazione della responsabilità professionale e tutela del professionista contro clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette*, in CONTE - LANDINI (a cura di), *Principi, Regole, Interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguiele*, II, Mantova, 2017, 559 ss.; RIZZUTI, *Vessatorietà e clausole di limitazione della responsabilità*, ivi, 2010, 470 ss.; ANTONUCCI, *Prassi e norma nel contratto di assicurazione, la clausola claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 153; CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, II, 656; GAGGERO, *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contr. impr.*, 2013, 401 ss.; DELFINI, *Clausole claims made e determinazione unilaterale dell'oggetto nel b2b: l'equilibrio giuridico del contratto negli obiter dicta della cassazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 545 ss.

per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta nel periodo di vigenza della polizza e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi in tale periodo e nei dieci anni antecedenti» (art. 5 co. 1 d.m. 232/2023). La copertura decorre dalla prima polizza stipulata ed estende la sua copertura per i dieci anni pregressi; il termine di durata si calcola dal momento della stipula della prima polizza, non invece dall'ultimo contratto. Il contratto di assicurazione, si chiarisce, deve coprire gli effetti della condotta dei medici strutturati e degli ausiliari. Si vanno così a dissipare i dubbi che si sono posti sul testo dell'art. 10 l. n. 24 del 2017<sup>28</sup>, atteso che, rispetto al passato, la copertura assicurativa riguarda pure i danni derivanti dal fatto dei parasubordinati, in regime convenzionato con il SSN, come i professionisti di medicina generale con funzioni di medico di base<sup>29</sup>.

Come per la disciplina RC Auto<sup>30</sup>, si prevede anche l'introduzione del *bonus malus* (art. 3 comma 7), ancorché, quantomeno entro una riflessione ancora soltanto teorica, il meccanismo risulti poco adeguato rispetto alle dinamiche del danno alla salute, specie per i danni lungo-latenti.

Con l'elaborazione dei requisiti minimi delle polizze, poi, l'azione diretta contro l'assicuratore, *ex art.* 12 l. n. 24 del 2017<sup>31</sup>, sembra finalmente operativa, specie perché il decreto delinea pure le eccezioni contrattuali non opponibili<sup>32</sup>.

#### 4. L'autoassicurazione

Una volta definiti i requisiti minimi delle polizze, si prevedono anche le regole per la migliore gestione del rischio allorché difetta la copertura assicurativa, con la costituzione di Fondi Rischi e Sinistri<sup>33</sup>. La struttura sanitaria può scegliere di assumere direttamente, in tutto o in parte, il rischio. Tuttavia, questa scelta deve essere assunta

<sup>28</sup> RODOLFI – CARTABELLOTTA, *op. cit.*, 13.

<sup>29</sup> Per un approfondimento, si rinvia a ONNIS CUGIA, *Responsabilità medica, sanitaria e gestione dei rischi*, *cit.*, 371.

<sup>30</sup> I parallelismi tra settori sono molteplici, come evidenzia COLAIANNI, *Autoassicurazione e assicurazione nella responsabilità medica*, in LANDINI (a cura di), *op. cit.*, 33 ss.

<sup>31</sup> CHESSA, *Le tutele derivanti dalla polizza assicurativa stipulata dalle strutture e dagli esercenti l'attività sanitaria*, in *Riv. dir. banc.*, 2019, 3, 1-21; GAGGERO, *L'azione diretta del danneggiato*, in ALPA (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Commento alla l. 8 marzo 2017, n. 24*, Pisa, 2017, 466 ss.; PACILEO-SICA, *Sub art. 12*, in MEOLI – SICA – STANZIONE (a cura di), *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Napoli, 2018, 254 ss.; COPPOLA, *Il nuovo sistema della responsabilità civile sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 1448 ss.

<sup>32</sup> Eccezioni opponibili anche se non espressamente previste dal contratto, così CHESSA, *op. ult. cit.*, 3.

<sup>33</sup> ROSSI, *Fondo di garanzia per i danni derivanti da attività sanitaria*, in AA.VV., *La nuova responsabilità civile sanitaria*, in *Quotidiano Sanità*, 2017, 680 ss.; MEOLI, *Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria. Commentario alla legge 8 marzo 2018, n. 24*, Napoli, 2021, 261 ss.; CHESSA, *Il fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria dopo la "legge Gelli"*, in *Corr. giur.*, 2017, 759 ss.; CAMEDDA, *op. cit.*, 1997.

mediante apposita delibera motivata, approvata dai soggetti apicali della struttura, nella quale si deve delineare la modalità di funzionamento<sup>34</sup>.

I meccanismi di autoassicurazione, a ben vedere, corrispondono a strategie eterogenee<sup>35</sup> tra loro, che vengono adottate dalle imprese ogniqualvolta manchi l'assicurazione dell'ente rispetto al rischio sanitario. Nella categoria in discorso si ascrivono tutti quegli accantonamenti senza trasferimento del rischio a soggetti terzi.

Come è noto, l'assicurazione determina lo spostamento del rischio, dalla propria sfera patrimoniale verso quella di terzi, mentre con l'auto-assicurazione l'allocazione su terzi non c'è: si mantiene il rischio nella propria sfera<sup>36</sup>, pur se con riferimento alle somme quantificate e destinate ai patrimoni segregati. Dunque, sarebbe meglio discutere di autonoma sopportazione del rischio (c.d. *self-bearing*) o più semplicemente di c.d. autoritenzione<sup>37</sup>.

Gli accantonamenti in discorso devono essere effettuati per ciascun sinistro, tenuto conto della probabilità statistica di verifica<sup>38</sup>, e sono necessari per fronteggiare le esternalità negative derivanti tanto dall'elevata litigiosità quanto dalle somme da corrispondere all'esito delle condanne. I fondi servono pure a coprire quelle spese non altrimenti coperte dalle polizze assicurative, atteso che vi è una carenza di offerte di questo tipo sul mercato, in ragione di tre fattori: i premi sono divenuti insostenibili, specie per gli enti territoriali competenti italiani; gli assicuratori italiani reputano il settore di scarsa redditività; sussiste una difficoltà crescente a stimare i rischi e a selezionarli<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> Non poteva essere altrimenti: l'adozione di un provvedimento dotato di una motivazione rafforzata in capo all'amministrazione sanitaria, specie per quella pubblica, è necessario per l'internalizzazione della gestione del rischio sanitario, in luogo dell'esternalizzazione del servizio, proprio per rispondere al fallimento del mercato o alla difficoltà di reperire contraenti, nell'osservanza dei principi di concorrenza e trasparenza.

<sup>35</sup> VELLISHIG, *Assicurazione e "autoassicurazione" nella gestione dei rischi sanitari. Studio di diritto comparato*, Milano, 2018, 23 ss. L'A. evidenzia come il fenomeno dispone di molteplici applicazioni diversificate, non sempre costanti. Si è sviluppato negli Stati Uniti, ma va rafforzandosi in Europa nei periodi di crisi del mercato assicurativo, specie per la gestione del rischio sanitario. Sul punto si veda pure VANCE, *Handbook of the Law of Insurance*, St. Paul Minnesota, 1904, 2-13.

<sup>36</sup> Discute di "gestione in proprio" del rischio e di copertura assicurativa limitata ai danni di importo elevato, superiore ai 200000 euro oppure ai 500000 euro, ROMAGNOLI, *Limiti di praticabilità della c.d. autoassicurazione della responsabilità medica da parte delle amministrazioni sanitarie*, cit., 61 ss. Così pure, GALANTI, *Assicurazione obbligatoria e self-insurance possono coesistere? Alcuni spunti da giurisprudenza e prassi*, in Landini (a cura di), *Autoassicurazione e gestione del rischio*, cit., 84-85.

<sup>37</sup> Difatti, la locuzione inglese è quella di *Self Insurance Retention* (SIR), cfr. GALANTI, *op. cit.*, 84.

<sup>38</sup> ROMAGNOLI, *op. cit.*, 69.

<sup>39</sup> COLAIANNI, *op. cit.*, 41-44. L'A. osserva che l'adesione al sistema di autoassicurazione ha avuto pure effetti sulla rivalsa per il danno erariale indiretto oggetto di accertamento da parte della Corte dei Conti: mentre in caso di coperture assicurative, la rivalsa può avere luogo nei limiti della franchigia della polizza; in caso di autoassicurazione, si espande il suo spazio applicativo a tutti i casi di *medical malpractice* per il cattivo funzionamento della struttura pubblica e per tutte le prestazioni offerte dall'ente nosocomiale.

Con l'auto-ritenzione l'ente può realizzare, nel breve periodo o quantomeno nel periodo iniziale, un risparmio di cassa, visto che non occorre pagare nell'immediato dei premi e che le denunce solitamente sono tardive o attengono a danni lungo-latenti o, comunque, si verificano dilazioni nella liquidazione dei risarcimenti dei danni<sup>40</sup>. Non solo, questa soluzione stimola le procedure di conciliazione, compatibilmente con quanto previsto dalla l. n. 24/2017, oltre che lo sviluppo e l'implementazione di un sistema di *risk-management*<sup>41</sup> e di valutazione dell'entità dei risarcimento secondo il modello *loss-adjuster*<sup>42</sup>. La struttura, così, può gestire e liquidare autonomamente il sinistro, senza neppure doverlo denunciare all'assicuratore, avvantaggiando pure il paziente danneggiato<sup>43</sup>.

In accordo con il decreto ministeriale, la struttura, che delibera in favore dell'auto-ritenzione<sup>44</sup>, deve costituire un Fondo Rischi e un Fondo Riserva Sinistri<sup>45</sup>. Occorre, a questo punto, comprendere le differenze tra i fondi. Il fondo rischi rappresenta un patrimonio destinato alla copertura dei rischi individuabili al termine dell'esercizio, per le eventuali richieste di risarcimento avanzate contro l'azienda ospedaliera. Il Fondo Riserva Sinistri, invece, assolve al diverso scopo di riservare risorse per fare fronte alle richieste di risarcimento per i danni derivanti da sinistri denunciati ma non ancora pagati,

<sup>40</sup> La soluzione appare meno costosa ma con meno garanzie e, su tale scelta, incide pure la variabile relativa al regime tributario di riferimento. Così GALANTI, *op. cit.*, 72-73.

<sup>41</sup> Sulla responsabilità per rischio d'impresa, TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano 1961, 34 ss.; Id., *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, 513 ss.; CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile (Analisi economico giuridica)*, trad. it., Milano 1975, 399 ss. Per un approfondimento sulla gestione del rischio in sanità, si vedano MAUTONE, *Clinical risk management e consenso informato alle cure mediche*, in Id. (a cura di), *Responsabilità sanitaria e risk management*, Milano, 2020, 491 ss.; DELLE DONNE, *Risk management in sanità*, ibidem, 583 ss.; MARCHI, *Autoassicurazione e gestione dei rischi sanitari*, in Landini (a cura di), *Autoassicurazione e gestione del rischio*, cit., 14 ss.

<sup>42</sup> MARCHI, *op. cit.*, 14-15.

<sup>43</sup> GALANTI, *op. cit.*, 84.

<sup>44</sup> LANDINI, "Autoassicurazione" e gestione del rischio, cit., 7-8. Come rilevato dall'A., si tratta della traduzione letterale del lemma inglese *self-insurance*, con cui si fa riferimento all'accantonamento di risorse patrimoniali destinate a specifico scopo, dunque un patrimonio segregato dell'ente. Lo scopo è quello di ovviare ai problemi di tipo gestionale, derivanti dalla interazione di assicurazione e autoassicurazione. Si tratta di fenomeno diverso dall'*Alternative Risk Transfer* (ART), ossia dalle tecniche diverse dalla assicurazione o dall'autoassicurazione, che servono a coprire le perdite senza perdere il controllo diretto da parte degli investitori sulla gestione del rischio e tra cui si annoverano i CAT Bond. Sulla *self-insurance* nella prospettiva di studio economico, si vedano EHRlich-RLICH ECKER, *Market insurance, Self-Insurance, and Self-Protection*, in *Journal of Political Economy*, 1972, 4, 623; HIEBERT, *Self-Insurance, Self-Protection and the Theory of Competitive Firm*, in *Southern Economic Journal*, 1983, 160; CHANGE-EHRlich, *Insurance, Protection from Risk, and Risk-Bearing*, in *Canadian Journal of Economics*, 1985, 18, 574.

<sup>45</sup> Sull'autoassicurazione, si vedano LANDINI, *op. cit.*, 7 ss.; VELLISHIG, *op. cit.*, 23; Id., "L'autoassicurazione", in CORRIAS – PIRAS – RACUGNO (a cura di), *Diritto alla salute e assicurazione*, Napoli, 2019, 107 ss.



presentate nel corso dell'esercizio in corso o in quelli precedenti<sup>46</sup>. Per entrambi i fondi, però, si evidenziano alcune regole comuni: devono essere accantonate risorse in misura adeguata e la congruità degli accantonamenti deve essere certificata da un revisore legale o dal collegio sindacale.

La struttura sanitaria, sia che abbia optato per l'auto-ritenzione sia che abbia deciso di adottare la copertura assicurativa conforme ai criteri, deve inoltre adempiere a ulteriori obblighi: dotarsi di un Comitato Valutazione Sinistri; istituire una *task force* la valutazione dei sinistri con competenze di medicina legale, giuridiche, *loss adjustor* e *risk management* per valutare le richieste risarcitorie ricevute e commisurare le somme destinate alla mitigazione del rischio da inserire in bilancio; valutare i rischi con cadenza annuale per rintracciare il rischio di responsabilità civile e selezionare le misure di mitigazione; redigere una relazione annuale sull'adeguatezza dei processi di valutazione dei rischi, tenuto conto dei rischi riscontrati e quelli potenziali. Oltre alla delibera con motivazione rafforzata, allora, occorre un procedimento perché l'auto-ritenzione possa sopperire effettivamente al difetto di polizza assicurativa, in quanto l'accantonamento deve essere tendenzialmente adeguato *ex ante* e soggiacere ad attendibili criteri di verifica nel tempo in ordine alla adeguatezza delle risorse destinate.

## 5. Le criticità delle polizze e delle autoassicurazioni conformi a decreto

Il metodo principale per la copertura dei rischi era e resta quello dell'autoassicurazione. Con il d.m. 232/2023, però, l'auto-ritenzione viene nominata, anche se con la generica locuzione "altre misure analoghe", conformata e proceduralizzata. La ricaduta applicativa di un simile assetto è assai rilevante: se l'azione diretta contro l'assicuratore della struttura, quantomeno nella strategia sottesa alla l. n. 24/2017, costituisce uno dei meccanismi più attesi e promettenti della legge, per presidiare pazienti e professionisti, allora la carenza di una copertura assicurativa depotenzia o addirittura neutralizza l'effettività del congegno. Solo se il nosocomio riesce a individuare un'impresa disponibile alla stipula, allora il contratto si deve conformare ai criteri del decreto. Solo se c'è un contratto di assicurazione allora l'azione diretta può essere esperita. Anzi, secondo taluni<sup>47</sup>, solo se c'è un contratto conforme ai criteri del decreto assicurativo l'azione *ex art. 12 l. n. 24/2017* è esperibile.

Si innescano, allora, alcuni dubbi sui contratti di assicurazione e sui fondi non conformi a decreto.

<sup>46</sup> Per un'analisi comparata relativa al funzionamento dei fondi in altri ordinamenti, si veda TROILI, *Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria*, in ALPA (a cura di), *La responsabilità sanitaria*, Pisa, 2022, 481 ss.

<sup>47</sup> CHESSA, *op. ult. cit.*, 4.

Si cominci con il primo. Il decreto tratteggia un modello di assicurazione caratterizzato per una peculiare estensione e durata della garanzia, per la misura del massimale e del premio; tuttavia nulla si dice sul contratto stipulato secondo lo schema *loss occurrence*. Quale sorte spetta allora al contratto senza clausole *claims made*? L'irregolarità rispetto al decreto potrebbe determinare la nullità: oltre alla difformità allo schema del decreto, si potrebbe valorizzare l'insostenibilità economica delle polizze *loss occurrence* per il sottosistema di responsabilità sanitaria. Dunque, se si annovera la sostenibilità tra i principi e i valori inclusi nella clausola generale di ordine pubblico<sup>48</sup>, allora si può inferire la nullità del contratto per illiceità. Cionondimeno, questa ricostruzione non sembra persuasiva. Anzitutto, quando il legislatore ha voluto ha qualificato espressamente le disposizioni della legge Gelli Bianco come norme imperative: il pensiero corre alle norme sul regime di responsabilità applicabile al medico e alla struttura *ex art. 7 l.n. 24/2017*. In secondo luogo, il contratto di assicurazione conforme a modello *loss occurrence* presidia più efficacemente i diritti dei pazienti, da un lato, e, dall'altro, offre una copertura più appetibile per evitare di intentare un giudizio contro il medico: allora sarebbe contraddittorio dedurre la nullità quale sanzione per l'irregolarità. Inoltre, le clausole diverse da quelle *claims made* non possono essere considerate illecite, visto che lo schema è conforme al modello generale, delineato dalla disciplina codicistica e soltanto derogato dalla l. n. 24/2017 e dal d.m. 232/2023. Peraltro, lo schema di r.c. sanitaria del tipo *claims made* temperato non sembra costituire un modello obbligatorio per le strutture sanitarie per le ragioni menzionate: il fraseggio dell'art. 10 l. n. 24/2017 è ambiguo; non è sancita alcuna sanzione per l'irregolarità del contratto; pure a voler tenere fermo un obbligo di assicurare in capo alla struttura, il decreto ministeriale sembra configurare la facoltà di adempiere con una prestazione alternativa a carattere generico, ossia con le altre misure analoghe. Dunque, le clausole diverse dai criteri del decreto non sono di per se nulle, ma occorre verificare che la difformità determini una condizione asimmetrica e abusiva a svantaggio della parte che dipende dall'altra per poter ricorrere al mercato assicurativo. In tal caso, la difformità della clausola al decreto ministeriale potrebbe essere censurata per la sua vessatorietà.

Al primo dubbio si annoda il successivo. Il contratto non conforme o lacunoso può essere etero-integrato? Si potrebbe prospettare un meccanismo di etero-integrazione adoperando le clausole previste dalla legge, così come declinate dai criteri ministeriali.

---

<sup>48</sup> PENNASILICO, *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2020, 3, 30 ss.; ID., *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 763; ID., *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico", un altro modo di soddisfare i bisogni*, in ID. (a cura di), *Contratto e interpretazione*, Torino, 2021, 291; ID., *La causa negoziale oltre il pensiero di Emilio Betti*, in PERLINGIERI – RUGGERI (a cura di), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, vol. II, Napoli, 2019, 798 s.; PERSIA, *Proprietà e contratto nel paradigma del diritto civile "sostenibile"*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2018, 1, 13; ROSSI, *L'evoluzione del diritto dell'ambiente*, *ivi*, 2015, 4; ROBLES, *Finanza di progetto e «sostenibilità» eco-sistemica*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 450 ss.

Tuttavia, si può ricorrere all'integrazione del contratto fintanto che la legge impone uno schema o tipi di clausole, ma così non è. Con la legge Gelli Bianco prima e con il decreto ministeriale si conforma e procedimentalizza la facoltà di assicurare la responsabilità medico-sanitaria. Pure volendo configurare un obbligo, la possibilità di adempiere con una prestazione alternativa a carattere generico e, segnatamente, con meccanismi di auto-ritenzione consente sempre alla struttura ospedaliera di mantenere il rischio entro la propria sfera, in via totale e parziale. Come è stato evidenziato<sup>49</sup>, nella prassi la gestione mista è stata già implementata: sono state adottate strategie miste di assicurazione e ritenzione, così le strutture sanitarie italiane hanno "gestito in proprio" il rischio per poi provvedere a una copertura assicurativa solo per i danni di importo elevato, superiore ai 200.000 euro oppure ai 500.000 euro. In alcuni casi è stato adottato<sup>50</sup>, invece, un modello indennitario *no-fault*, ossia sistema di indennizzo frequentemente adottato nei paesi nord-europei<sup>51</sup>, indipendente dall'accertamento di una eventuale responsabilità colposa dei sanitari, che realizzano la prestazione nell'interesse e a vantaggio dell'ente, e che diverge dunque dal c.d. *tort system*.

Se la l. n. 24/2017 e il decreto configurano una facoltà di adempiere all'obbligo assicurativo con una prestazione alternativa a carattere generico, occorre concentrarsi sulle "altre misure" e sui dubbi ingenerati dalla disciplina dedicata.

All'amministrazione ospedaliera è consentito ricorrere ai congegni già diffusi nella prassi e destinati a sopperire alla carenza di polizze nei periodi di crisi del mercato per la gestione del rischio: *self-insurance*, *self-retention*, *self-bearing*.

Si tratta, però, di misure non troppo analoghe al contratto di assicurazione, fondato sulla mutualità e sulla comunione dei rischi<sup>52</sup>. L'aggettivo allora genera il seguente quesito: quale è la conseguenza di una copertura "in proprio" non adeguata e, soprattutto, non pari a quella che avrebbe potuto offrire un contratto di assicurazione conforme a

<sup>49</sup> ROMAGNOLI, *Limiti di praticabilità della c.d. autoassicurazione della responsabilità medica da parte delle amministrazioni sanitarie*, cit., 61 ss. Così pure, GALANTI, *Assicurazione obbligatoria e self-insurance possono coesistere? Alcuni spunti da giurisprudenza e prassi*, in LANDINI (a cura di), *Autoassicurazione e gestione del rischio*, cit., 84-85.

<sup>50</sup> ONNIS CUGIA, *Le condizioni minime di polizza e le "altre analoghe misure" nel decreto attuativo della legge Gelli-Bianco*, in *Resp. civ. prev.*, 2024, 3, 1027; ID., *Responsabilità medica, sanitaria e gestione dei rischi*, cit., 376-377. Secondo quanto rilevato dall'A., nella prassi molte Amministrazioni hanno scelto e successivamente adottato misure di *no fault system*. L'A. avverte però che un simile meccanismo rischia di determinare effetti di *overdeterrence*, ossia un atteggiamento estremamente difensivo per evitare di dover corrispondere cospicui risarcimenti, da un lato, e, dall'altro, anche effetti di *underdeterrence*, deresponsabilizzando il danneggiante.

<sup>51</sup> OECD, *Medical Malpractice. Prevention, Insurance and coverage option, Policy Issue in Insurance*, Oecd Publishing, 2006, 11, <http://www.aemh.org/pdf/OECDMedicalMalpractice.pdf>. Su tali sistemi, si veda PONZANELLI, *Il fascino irresistibile dei piani no fault*, in *Jus*, 2021, 1, 125-130.

<sup>52</sup> ROSSETTI, *Misure alternative all'assicurazione previste dal D.M. 232/2023*, cit., §2. Secondo l'A., la legge ha conferito una delega in bianco al ministro, il ministro l'ha attuata ma conferendo a sua volta una delega in bianco, questa volta, al direttore delle ASL o delle Aziende Ospedaliere.

decreto? La risposta era già prevedibile prima della adozione dei criteri ministeriali: la costituzione di patrimoni segregati da parte dell'amministrazione ospedaliera non potrà mai costituire una misura "analoga" al trasferimento del rischio al mercato assicurativo. Difatti, manca un terzo al rapporto, viene a mancare la solidarietà tra i coobbligati litisconsorti necessari, non è applicabile il peculiare regime delle eccezioni opponibili e, conseguentemente, si neutralizza il meccanismo di azione diretta di cui all'art. 12 l. n. 24/2017<sup>53</sup>.

Dunque, non si tratta di misure effettivamente analoghe né assicurative: ne deriva un ulteriore problema, quello del c.d. *shadow insuring*<sup>54</sup> con la possibile elusione della vigilanza esercitata sul mercato assicurativo dall'IVASS. Conseguentemente, se queste misure eccedono la competenza dell'IVASS<sup>55</sup>, vista la carenza di un contratto di assicurazione e il ricorso al *self-bearing* o alla *self-retention* all'esito di una delibera motivata, allora chi vigilerà sulla conformità dell'autoassicurazione al decreto ministeriale? Sembra che il legislatore non si sia confrontato con la possibilità che l'ente non adotti alcun contratto, che la struttura non deliberi l'adozione dei fondi e che, pure se deliberati, tali riserve necessitano di un'attività di vigilanza sulla conformità al decreto ministeriale.

In secondo luogo, se all'obbligo assicurativo è possibile adempiere con l'auto-ritenzione, allora le altre misure analoghe sono obbligatorie? Cosa accade nel caso dell'inadempimento dell'obbligo di "autoassicurarsi" oppure nel caso di adozione di misure analoghe difformi ai requisiti minimi del decreto? Anche per la mancata adozione della delibera motivata relativa agli accantonamenti in bilancio<sup>56</sup>, non emergono chiaramente le conseguenze dell'omissione o dell'irregolarità. Queste misure sono interamente regolate dal decreto ministeriale, che però lasciano ai soggetti apicali l'individuazione delle modalità di finanziamento delle riserve di denaro, al netto del numero dei fondi da costituire e delle modalità di adozione. Cionondimeno, l'omissione della citata delibera può condurre l'interprete a vagliare una serie di meccanismi reattivi all'irregolarità, in ambito civile, amministrativo e penale.

Il primo può rintracciarsi nella responsabilità dell'amministratore per l'omessa adozione di una delibera motivata, ex art. 2392 c.c. per la violazione dell'art. 10 l. n. 24/2017 e dei requisiti del d.m. 232/2023, visto che l'amministratore è tenuto ad adempiere i doveri a lui imposti dalla legge, oltre che dallo statuto. Ciò confermerebbe la tendenza, seguita pure dalla l. n. 24/2017, di responsabilizzare ulteriormente gli organi dirigenziali apicali delle strutture sanitarie private e il direttore generale delle strutture pubbliche

<sup>53</sup> Sull'ambiguità del testo del decreto e sul dubbio in ordine all'applicazione dei massimali anche alle misure analoghe, si veda GAGLIARDI, *La responsabilità sanitaria obbligatoriamente assicurata e la sicurezza delle cure: molte conferme e qualche occasione mancata a seguito del Decreto 232/2023*, in *Danno resp.*, 2023, 4, 699 ss.

<sup>54</sup> CORRIAS, *I profili di rilievo assicurativo della legge Gelli-Bianco*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, 1, 124; ONNIS CUGIA, *op. cit.*, 1027.

<sup>55</sup> CAMEDDA, *op. cit.*, 1996.

<sup>56</sup> DI GIOVANNI, *op. cit.*, 382. Secondo l'A., più che un obbligo, pare trattarsi di un *flatus vocis*.

per il rischio clinico<sup>57</sup>. Tuttavia, l'adempimento si misura con la diligenza richiesta per la natura dell'incarico e delle competenze. Sicché potrebbe paventarsi la carenza delle competenze specifiche necessarie per l'adozione della delibera, visto che la medesima richiede la preventiva valutazione dei rischi ad opera di un gruppo eterogeneo<sup>58</sup> di tecnici<sup>59</sup>. Peraltro, posto che non vi è un obbligo di adottare un contratto di assicurazione e visto che non sembra possibile evincere un obbligo pure per l'adozione delle altre misure analoghe, ci si chiede chi e perché avrebbe interesse alla proposizione di un'azione per la responsabilità sociale dell'amministratore ex art. 2395 c.c. Non pare chiara la natura delle previsioni di legge, conseguentemente meno nitida risulta la possibilità di censurare o di configurare eventuali ipotesi di *mala gestio* dell'apicale.

L'omissione potrebbe pure rilevare ai fini dell'applicazione di un altro genere di responsabilità. Ci si domanda infatti se è possibile ascrivere una responsabilità amministrativa da reato, per il fatto degli apicali, in capo all'ente ex d.lgs. 231/2001? Occorre però precisare che tale responsabilità, in ambito sanitario, può ricorrere ogniqualvolta si imputa ad un apicale o un sub-apicale una condotta penalmente rilevante, come la lesione o la morte del paziente ex art. 25-septies d.lgs. 231/2001. La responsabilità amministrativa può essere contestualmente o indipendentemente contestata all'ente per la commissione del fatto nell'interesse o a vantaggio dell'ente, ogniqualvolta risulta omessa l'adozione di un modello organizzativo idoneo a prevenire il reato presupposto, rientrando nei profili di rischio dell'organizzazione<sup>60</sup>. Tale modello organizzativo muove da una valutazione dei rischi simile a quella demandata agli apicali per la messa a punto dei fondi rischio e riserva sinistri. Tuttavia, mentre il modello organizzativo è funzionale alla prevenzione e alla neutralizzazione dei fattori che possono determinare eventuali illeciti vantaggiosi per l'ente, la valutazione per l'autoassicurazione è volta alla commisurazione di patrimoni destinati alla copertura degli indennizzi e dei risarcimenti dei danni. Inoltre, difficil-

---

<sup>57</sup> AMIDEI, *La responsabilità della struttura sanitaria, e dei dirigenti apicali, nella gestione del rischio clinico*, in RUFFOLO - SAVINI NICCI (a cura di), cit., 54 ss.

<sup>58</sup> Il comitato valutazione dei rischi deve essere composto da tecnici e, in particolare, deve vantare un avvocato, un medico legale, un perito e un gestore del rischio. Dal testo del decreto non è dato intendere se la costituzione del comitato è obbligatoria o facoltativa. Tale aspetto risulta essere stato rilevato dal Consiglio di Stato che aveva chiesto una riformulazione della previsione, da un lato, e la precisazione in ordine alle conseguenze della mancata formulazione di un giudizio da parte del comitato costituito in seno all'ente.

<sup>59</sup> La struttura, infatti, deve dotarsi di un Comitato Valutazione Sinistri, istituire una *task force* la valutazione dei sinistri con competenze di medicina legale, giuridiche, *loss adjustor* e *risk management* per valutare le richieste risarcitorie ricevute e commisurare le somme destinate alla mitigazione del rischio da inserire in bilancio, valutare i rischi con cadenza annuale per rintracciare il rischio di responsabilità civile e selezionare le misure di mitigazione, redigere una relazione annuale sull'adeguatezza dei processi di valutazione dei rischi, tenuto conto dei rischi riscontrati e quelli potenziali, adottare una delibera motivata.

<sup>60</sup> CANZIO, *Linee evolutive del sistema della responsabilità in ambito sanitario*, in *Dir. soc.*, 2020, 4, 657 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo volto della responsabilità del medico. Verso il definitivo tramonto della responsabilità da contatto sociale?*, in *Resp. medica*, 2017, 1, 35 ss.

mente può considerarsi omessa, nell'interesse e vantaggio dell'ente, l'adozione di uno dei modelli declinati dal d.m. 232/2023. Semmai, l'omissione determina uno svantaggio e si scontra con l'interesse organizzativo.

Con riferimento agli enti sanitari territoriali pubblici, invece, ci si chiede se l'omessa adozione della delibera motivata per l'adozione dell'autoassicurazione possa determinare una responsabilità erariale. Allo scopo si dovrebbe verificare se l'omessa autoassicurazione possa determinare effettivamente un nocumento diretto per il patrimonio pubblico. Si potrebbe prospettare una soluzione differenziata: se l'auto-ritenzione conforme a decreto avesse potuto comportare una contrazione dello spazio dei danni risarcibili allora il pagamento di somme eccedenti potrebbe astrattamente costituire un danno per il patrimonio pubblico. Tuttavia, almeno per quanto concerne la costituzione dei fondi, sia la delega che l'attuazione della delega con d.m. 232/2023 risultano generici<sup>61</sup>. Inoltre, l'assunzione diretta del rischio ricorre anche quando non si realizza l'auto-ritenzione: se la struttura ospedaliera viene condannata al pagamento del risarcimento del danno paga con il proprio patrimonio, pure se non c'è un'assicurazione o una fideiussione o un contratto di garanzia o un contratto di apertura del credito. Semmai, se ha asservito una parte del suo patrimonio allo scopo, il paziente si avvantaggia dell'impignorabilità degli accantonamenti<sup>62</sup>.

Da queste criticità e da tali dubbi deriva un quesito più ampio e di sistema. Quello appena delineato costituisce davvero il miglior meccanismo per direzionare le azioni del paziente contro le strutture *deep pocket*? La legge Gelli Bianco mirava a riconfigurare il sottosistema di responsabilità medico-sanitaria per limitare la responsabilità del medico e costruire una disciplina basata sulla gestione del rischio sanitario da parte dell'ente. Cionondimeno, l'unico dotato di un vero e proprio obbligo assicurativo è il medico. La prassi conferma, inoltre, che, pure dopo l'entrata in vigore della l. n. 24/2017, la domanda del risarcimento del danno viene proposta contro l'*équipe* sanitaria e contro la struttura, responsabili in solido ex art. 2055 c.c.

## 6. Le ricadute sull'azione diretta ex art. 12 l. n. 24/2017

Dopo circa sette anni, il decreto ministeriale ha attuato, dunque, la legge Gelli Bianco, con riferimento alle polizze, all'auto-ritenzione e all'azione diretta nei confronti della compagnia di assicurazione. Tuttavia, occorre comprendere correttamente la portata applicativa degli effetti sul piano temporale.

L'art. 10 co. 6 l. n. 24/2017 dispone che le norme sull'azione diretta si applicano a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto. Secondo quanto previsto dall'art. 18 d.m. 232/2023, le strutture hanno 24 mesi per uniformare le misure assicurative e auto-

---

<sup>61</sup> PONZANELLI, *Assicurazioni e responsabilità medica*, cit., 406.

<sup>62</sup> Prima del decreto attuativo, infatti, gli accantonamenti non potevano godere del regime di impignorabilità di cui all'art. 1 co. 5 e 5-bis l. 18 marzo 1993, n. 67.

assicurative già adottate o per adottarne nuove ma conformi ai criteri. Appare inesigibile, così, una copertura conforme ai requisiti già a decorrere dal marzo 2024.

Se quanto precede non pare controverso, lo è invece l'impatto che le citate disposizioni hanno sull'azione diretta ex art. 12 l. n. 24/2017. Dunque, l'azione diretta contro l'assicuratore, di cui all'art. 12 l. n. 24/2017, potrà essere esperita solo a partire dal 16 marzo 2026? La soluzione del quesito dipende da plurimi fattori: la natura giuridica della norma; la conformità della polizza a decreto; la strategia di copertura del rischio adottata dal nosocomio. Conseguentemente, sul punto, si rintracciano già alcune pronunce dei tribunali italiani e risulta già possibile individuare diversi orientamenti.

Secondo alcune prime pronunce del Tribunale di Cagliari, di Milano e di Locri, «l'azione diretta del danneggiato (...) [può] considerarsi allo stato operativa atteso che il decreto ministeriale menzionato nella norma risulta pubblicato (...) in esso essendo ricompresi proprio i requisiti minimi delle polizze assicurative come previsti dall'art. 10, comma 6 l. 24/2017 quale presupposto per l'azione diretta del danneggiato nei confronti della compagnia assicuratrice»<sup>63</sup>. Si qualifica espressamente l'art. 12 come norma processuale, dunque sottoposta al generale principio del *tempus regit actum*. L'orientamento in esame ascrive rilevanza al solo art. 10 co. 6 l. n. 24/2017, che subordina l'operatività dell'azione diretta alla sola entrata in vigore dei requisiti minimi delle polizze assicurative. Non sembra, invece, considerare lo *spatium temporis* conferito e necessario per l'adeguamento delle polizze, cui è ricollegata l'effettiva esperibilità dell'azione diretta, oltre che l'individuazione solo ad opera del decreto ministeriale delle eccezioni opponibili<sup>64</sup>.

Al primo orientamento sembra opporsi un secondo, fatto proprio dal Tribunale di Caltanissetta<sup>65</sup>. In accordo con questo diverso indirizzo: «quanto alla domanda di condanna in solido proposta dall'attrice nei confronti della Compagnia, si osserva che l'eccezione di inammissibilità dell'azione diretta (ex art. 12 L. n. 24 del 2017) del danneggiato nei confronti dell'assicurazione (...) è fondata, in quanto non risulta ancora emanato il decreto attuativo di cui all'art. 10, comma 6, L. n. 24 del 2017, alla cui entrata in vigore è subordinata la facoltà di proporre azione diretta contro la compagnia assicurativa». Si esclude così l'ammissibilità dell'azione diretta contro la compagnia di assicurazione in quanto al momento della proposizione della domanda non risultava ancora entrato in vigore il d.m. 232/2023. Non sembra però comprendersi la regola operativa per le azioni proposte dopo l'entrata in vigore del decreto.

<sup>63</sup> Trib. Milano, 26 agosto 2024, in *Ius explorer*; Trib. Milano, 10 settembre 2024, *ivi*; Trib. Locri, 24 agosto 2024, *ivi*; Trib. Cagliari, 30 luglio 2024, n. 15464, *ivi*; Trib. Cagliari, 10 settembre 2024, *ivi*.

<sup>64</sup> HAZAN, *L'azione diretta del danneggiato verso l'assicuratore in ambito medico*, in *Il Sole24*, 21 ottobre 2024; *Id.*, *Per le polizze sanitarie il nodo dei termini dell'allineamento ai nuovi criteri*, *ivi*, 8 aprile 2024; CODRINO – HAZAN, *Errori medici, azione diretta contro l'assicurazione anche per le «vecchie» polizze*, in *Nt+*, 16 settembre 2024.

<sup>65</sup> Trib. Caltanissetta, 30 settembre 2024, in *ONE Legale*.

Un terzo orientamento, fatto proprio dai Tribunali di Cosenza<sup>66</sup>, Bergamo<sup>67</sup> e Bologna<sup>68</sup>, valorizza espressamente la delega accordata al Ministro per l'attuazione dell'art. 10 co. 6 l. n. 24/2017, considera il nesso tra azione diretta e criteri contenuti nel decreto ed esclude la natura processuale della disciplina. L'art. 12 della legge Gelli Bianco ha introdotto l'azione diretta e questa vale tanto per l'assicuratore del professionista quanto per quello della struttura, ma il comma 4° annovera l'attuazione della legge con il d.m. tra le condizioni di operatività. Il Tribunale di Bergamo ha infatti chiarito: «la stipula di nuove polizze assicurative o l'adeguamento delle preesistenti al regolamento stesso non può dunque ritenersi un fatto secondario rispetto all'assetto organizzativo delineato dalla normativa in questione, ma è elemento fondamentale per l'attuazione di esso. Tanto più laddove una quota del rischio sia condotta in autoritenzione». L'azione diretta esperita dal ricorrente, allora, non solo è inammissibile, perché al momento della proposizione del ricorso il decreto non era ancora in vigore, ma lo è soprattutto perché l'art. 18 co. 2 d.m. 232/2023 consente di adeguare il contratto entro un termine di 24 mesi. Solo con il decorso di questo termine l'azione diretta può ritenersi "operante", mentre l'esistenza di un contratto precedente alla decretazione attuativa non è di per sé idonea al raggiungimento degli obiettivi fissati dalla normativa «tanto più laddove la compagnia assicuratrice dichiara che la polizza non è ancora adeguata ai requisiti di cui alla decretazione attuativa». Osserva, inoltre, il Tribunale di Bologna che occorre considerare pure la rilevanza dell'autonomia negoziale, atteso che è necessaria la sottoscrizione di apposita clausola contrattuale per determinare l'operatività di un contratto ancorché conforme ai requisiti minimi citati. All'opposto, l'immediata azione diretta rischierebbe di far gravare sulle compagnie assicurative «nuovi ed enormi oneri non supportati finanziariamente, con conseguente ricaduta negativa sull'intero sistema assicurativo e quindi sul complessivo sistema economico».

L'orientamento da ultimo tratteggiato pare, da un lato, più persuasivo proprio perché adesivo a una interpretazione sistematica del dettato normativo dedicato alla responsabilità sanitaria e alla copertura assicurativa. Dall'altro, tali decisioni mostrano una peculiare sensibilità all'autonomia negoziale, ai tempi e ai procedimenti entro cui tale autonomia può estrinsecarsi, così come alla sostenibilità economica. Cionondimeno, anch'esso mostra delle criticità, ogniqualvolta si ascrive una peculiare rilevanza alla sola dichiarazione asseverata dalla compagnia assicuratrice, secondo la quale la polizza non risulta conforme ai criteri ministeriali.

Più chiara è, invece, la regola per le polizze aggiudicate con bando pubblico: se non liberamente rinegoziabili dalle parti, per espressa clausola<sup>69</sup>, è possibile l'esecuzione del

<sup>66</sup> Trib. Cosenza, 29 aprile 2024, n. 926, inedita.

<sup>67</sup> Trib. Bergamo, 9 ottobre 2024, n. 4619, inedita.

<sup>68</sup> Trib. Bologna, 14 ottobre 2024, inedita.

<sup>69</sup> Sulla recente disciplina per la rinegoziazione dei contratti pubblici, si consenta il rinvio a PERRINO, *La rinegoziazione "coercibile" nel nuovo codice dei contratti pubblici: alla ricerca di una base legale, tra riforme fallite e riforme riuscite*, in *Contratto e impresa*, 2024, 1, 178-198.



contratto invariato fino a scadenza, ma non oltre 24 mesi dall'entrata in vigore del decreto. Nel medesimo termine le strutture sanitarie sono tenute ad adeguare le proprie misure organizzative e finanziarie<sup>70</sup>. Peraltro, così configurata la scansione temporale dell'operatività della copertura assicurativa, conseguita dall'amministrazione sanitaria pubblica, si potrebbe considerare iniquo un sistema che invece assoggetta le strutture private all'immediata operatività.

## 7. Conclusioni

I criteri del d.m. 232/2023, con le criticità accennate, hanno provveduto alla “messa a terra” della facoltà di copertura assicurativa conforme. Il disegno complessivo della legge Gelli Bianco però non è ancora compiuto. Le strutture sanitarie, insieme alle compagnie assicurative, sono chiamate ad adeguare i contratti di assicurazione entro 24 mesi dall'entrata in vigore del decreto attuativo, dunque entro il 16 marzo 2026. Non appare chiaro, però, cosa debba accadere in questi due anni per i contratti da stipulare entro il 2026: devono conformarsi ai nuovi criteri o possono essere stipulate liberamente per poi coordinarsi entro il termine finale ai nuovi criteri? La soluzione, che l'interprete è chiamato a ricercare, è funzionale pure e soprattutto per abilitare l'esperimento dell'azione diretta di cui all'art. 12 L. n. 24 del 2017 contro la compagnia assicuratrice.

---

<sup>70</sup> Il d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209 reca le nuove disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36. Il decreto correttivo, all'art. 42 d.lgs. 209/2024, prevede la modifica e l'integrazione dell'art. 120 d.lgs. 36/2023. Con la modifica sono state specificamente individuate alcune delle varianti in corso d'opera, al ricorrere delle quali è consentita la modifica del contratto senza l'indizione di una nuova evidenza pubblica. Tra le varianti in corso d'opera tipizzate e imprevedibili per la stazione appaltante si annoverano tradizionali e meno tradizionali sopravvenienze contrattuali, tra cui pure la sopravvenienza normativa. Segnatamente, secondo l'art. 120, co. 1, lett. c) d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, costituisce variante in corso d'opera, idonea alla modifica in deroga alla regola della gara pubblica, l'introduzione di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti sopravvenuti di autorità e di enti preposti alla tutela di interessi rilevanti. Tale modifica dell'art. 120 d.lgs. 36/2023 non estende la portata applicativa delle varianti, atteso che la sopravvenienza normativa costituiva già una fattispecie considerata significativa nell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale. Cionondimeno, risulta rilevante la convergenza tra il correttivo e il decreto c.d. assicurativo: a questo punto, occorre comprendere se, pure in difetto di clausola di *hardship*, sarà possibile procedere alla modifica del contratto senza evidenza pubblica a partire dalla entrata in vigore delle modifiche introdotte dal correttivo oppure sarà ancora possibile eseguire il contratto fino a scadenza e comunque fino al termine assegnato per la conformazione delle polizze ai criteri ministeriali. Questa seconda soluzione appare più persuasiva, vista specificità della disciplina speciale, dedicata alle polizze per l'allocatione del rischio sanitario sul mercato assicurativo, rispetto a quella generale dei contratti pubblici. Inoltre, l'art. 120 d.lgs. 36/2023 consente di modificare il contratto per tenere conto della sopravvenienza, cionondimeno le parti non sono costrette all'adeguamento del contratto, quantomeno fino al decorso dei 24 mesi dall'entrata in vigore del d.m. 232/2023.

Si va ancora trasformando l'assetto della responsabilità sanitaria, per abbandonare una primigenia impostazione accusatoria. Risulta ancora *in itinere*, però, il procedimento di adesione a un modello di "sanità responsabile", ossia ad un impianto idoneo a garantire la migliore sicurezza delle cure, partendo dalla gestione del rischio ad opera di quelli che si considerano essere i *deep pocket*, ossia gli enti nosocomiali. La responsabilità e la copertura assicurativa cambiano, mentre già soffiano venti di riforma.

Eppure, la mancanza di un vero obbligo, in capo alle strutture, e le altre previsioni illustrate, declinate con il recente decreto, sembrano tradire o quantomeno depotenziare la missione volta a riconfigurare la sicurezza nelle cure offerte dalla sanità italiana.

## ABSTRACT

L'art. 10 l. n. 24/2017 avrebbe dovuto segnare un punto di rottura con il passato, con la previsione di un obbligo di assicurazione in capo alle strutture sanitarie per i danni da disorganizzazione e derivanti dal fatto dei dipendenti e degli ausiliari. Dopo circa sette anni, il d.m. 232/2023, ha individuato i criteri cui devono conformarsi i contratti di assicurazione e le misure analoghe alternative, tuttavia conferma le criticità riscontrate per la l.n. 24/2017. Nonostante la rubrica dell'art. 10 l. n. 24/2017 e l'utilizzo del verbo dovere, la stipula di un contratto di assicurazione resta una facoltà per il nosocomio pubblico o privato; l'obbligo può essere adempiuto mediante l'esecuzione di una prestazione alternativa "analogà"; tra le prestazioni analoghe possono rientrare misure di auto-ritenzione, che non spostano il rischio sul mercato assicurativo e, dunque, non offrono al paziente pari garanzie. Semmai la novità è un'altra: anche il modello di auto-assicurazione pare privo di meccanismi di coercizione e, come la legge, il decreto ministeriale non pare confrontarsi con l'evenienza della sua mancata adozione. E allora l'interprete è chiamato a confrontarsi con le implicazioni del dettato normativo, così come attuato dal decreto ministeriale, oltre che specificamente con le conseguenze della mancata adozione oppure della attuazione irregolare di uno dei modelli citati.

*Article 10 of Law No. 24/2017 was supposed to mark a breaking point with the past, with an insurance obligation on the part of healthcare facilities for disorganization damages and for those resulting from the actions of employees and auxiliaries. After about seven years, Ministerial Decree 232/2023, has identified the criteria with which insurance contracts and similar alternative measures must comply, but it confirms the critical issues of the law. Despite the heading of Article 10 l. no. 24/2017 and the use of the verb must, the insurance contract remains an option for the public or private hospital; the obligation can be fulfilled by means of 'analogous' alternative performance; analogous performance can include self-retention measures, which do not shift the risk to the insurance market and, therefore, do not offer the patient equal guarantees. If anything, the novelty is another: even the self-insurance model appears to be devoid of coercion mechanisms, and, like the law, the ministerial decree does not appear to deal with the eventuality of its non-adoption. And so, the interpreter is called upon to deal with the implications of the law, as implemented by the ministerial decree, as well as specifically with the consequences of the non-adoption or irregular implementation of one of the models mentioned.*



### Circolazione dei dati e innovazione tecnologica



Valentina Di Gregorio

Prof. ass. Università di Genova

**SOMMARIO:** **1.** La regolamentazione dei dati nel mercato digitale. – **2.** Dalla *data protection* alla *data economy*: il *Data Governance Act*. – **3.** Verso uno spazio europeo dei dati: il *Data Act*. – **4.** Circolazione dei dati e intelligenza artificiale nel nuovo *AI Act*.

#### 1. La regolamentazione dei dati nel mercato digitale

La rapidità dell'innovazione tecnologica, la digitalizzazione dei prodotti e dei servizi, lo sviluppo di un mercato sempre più competitivo nel campo della gestione e dello sfruttamento delle informazioni hanno accresciuto negli ultimi anni il valore potenziale dei dati per le imprese, i consumatori e più in generale per la società, contribuendo ad incentivare un processo economico nel quale ha assunto un ruolo primario l'intelligenza artificiale, scienza capace di generare dati e di amplificare gli effetti (positivi e negativi) derivanti dalla loro circolazione, agevolata dalla facilità di utilizzo delle piattaforme informatiche.

In questo contesto hanno svolto un ruolo fondamentale la scienza digitale e computazionale, la robotica, la bioingegneria, fondate su algoritmi e metodi di machine learning che raccolgono, analizzano ed elaborano e consentono alle digital companies di offrire prodotti e servizi di livello sempre più sofisticato e adattato alle esigenze della collettività<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Il reg. (UE) 2024/1869 (Regolamento sull'intelligenza artificiale) del 13.6.2024, noto come *AI Act*, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale, offre la prima definizione legislativa di un sistema di "AI" in termini di "sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali". Il tema è attualmente oggetto di particolare attenzione da parte della comunità scientifica e di numerosi scritti, tra cui, *ex multis*, FINOCCHIARO, *Diritto dell'intelli-*

L'interconnessione digitale, l'affermarsi della data economy, in cui il dato diviene l'oggetto degli scambi commerciali (data based) e non solo la sua fonte (data driven) e l'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale, hanno conferito natura negoziale ai dati (anche personali) che possiedono nell'attuale momento storico anche un valore economico<sup>2</sup>.

Le trasformazioni determinate dalle tecnologie basate sui dati e le ricadute in termini di vantaggi dell'uso delle informazioni che da essi possono trarsi sul piano economico e della crescita sostenibile per le imprese europee, hanno progressivamente condotto ad un cambiamento di approccio del legislatore europeo in materia di gestione dei dati, segnato dal passaggio dalla primazia della protezione consacrata nel reg. (UE) 2016/679 (GDPR) per i dati personali e nel reg. (UE) 2018/1807 per i dati non personali, alla valorizzazione dei dati "interoperabili" (personali e non personali) in un quadro di data sharing per fini "di sovranità tecnologica dell'Europa"<sup>3</sup>, obiettivo principale dei recenti reg. (UE) 2022/868 (Data Governance Act, DGA) e reg. (UE) 2023/2854 (Data Act, DA)<sup>4</sup> che partecipano alla composizione del quadro regolatorio europeo in tema di dati<sup>5</sup>.

---

genza artificiale, Bologna, 2024; ALPA, *L'intelligenza artificiale. Contesto giuridico*, Modena, 2021; ID. (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020; RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale - Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020. Il fondamento di questa scienza è ricondotto agli studi di Alan Turing, considerato il padre dell'informatica (TURING, *Computing machinery and Intelligence*, in *Mind, New Series*, 1950, 59). Per una riflessione nel settore medico-sanitario v. D'ADDA, *Danni « da robot» (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 805 ss. e MORLEY et al., *Governing Data and Artificial Intelligence for Health Care: Developing an International Understanding*, in *JMIR Form. Res.*, 2022, vol. 6, 1 ss. Nel settore dei trasporti, soprattutto sotto il profilo economico: SERVOU et al., *Data, AI and governance in MaaS - Leading to sustainable mobility?*, in *Transportation Research Interdisciplinary Perspectives*, 19, 2023.

<sup>2</sup> Sul tema del dato come bene giuridico suscettibile di scambio v. MORACE PINELLI, *Dalla Data Protection alla Data Governance: il regolamento UE 2022/868*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 487; ID., *Introduzione*, in *La circolazione dei dati personali. Persona, contratto e mercato*, Pisa, 2023, 2 e 16 ss.; AINIS, *Circolazione dei dati personali e disciplina del mercato*, ivi, 53 ss.; RICCIUTO, *Il contratto e i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 642 ss. Sulle sfide della data economy, sotto l'angolo visuale specifico dell'AI, NITZBERG, ZYSMAN, *Algorithms, data, and platforms: the diverse challenges of governing AI*, in *Journal of European Public Policy*, 2022, 1753 ss.

<sup>3</sup> Così la relazione della Commissione europea "Una strategia europea per i dati" ([https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy\\_it](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_it)), in cui si precisa che la strategia europea è diretta a far acquisire all'Unione Europea una posizione di *leadership* nella società basata sui dati con la creazione di un mercato unico che consenta ai dati di circolare liberamente all'interno dell'UE e in tutti i settori a vantaggio delle imprese, dei ricercatori e delle pubbliche amministrazioni.

<sup>4</sup> Il reg. (UE) 2022/868 del 30.5.2022 relativo alla *Governance* europea dei dati precisa che "gli ostacoli alla condivisione dei dati impediscono un'allocazione ottimale dei dati a vantaggio della società" (cons. n. 2). Sul tema v. BRAVO, *Intermediazione di dati personali e servizi di Data sharing dal GDPR al Data governance act*, in *Contr. e impr. Europa*, 2021, 199 ss. e, in particolare, sulla normativa introdotta con il reg. (UE) 2023/2854 (Data Act, DA) RICCI, *Introduzione al regolamento europeo sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 804.

<sup>5</sup> Per alcune illuminanti riflessioni sui rapporti tra diritto e tecnologia: ALPA, *opp. citt.*, RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995; LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013.

Con una visione sovranazionale, la Commissione, consapevole degli ostacoli allo sviluppo dell'economia dei Paesi dell'Eurozona posti dalle limitazioni alla circolazione dei dati, si è prefissata il fine di rafforzare la competitività europea con l'istituzione di uno "spazio unico europeo dei dati" "senza frontiere", per garantire la disponibilità di un maggior numero di dati in Europa, "mantenendo al contempo al centro dell'attenzione le imprese e gli individui che generano i dati e che ne hanno il controllo", con l'intento di esercitare un ruolo chiave nello sviluppo e nel controllo della tecnologia<sup>6</sup>.

Il metodo per generare ricchezza e apportare benefici nei vari settori, come quello sanitario, della mobilità, dei servizi pubblici e nei rapporti tra cittadini e istituzioni, consiste nell'indirizzare le imprese e il settore pubblico verso scelte strategiche efficienti capaci di creare valore per l'economia e la società attraverso lo sfruttamento e la condivisione tra settori e Stati membri dell'enorme potenziale insito nella massa di dati in circolazione immessi tramite prodotti e servizi, nel rispetto delle dinamiche concorrenziali.

Tutela dei dati personali e sviluppo del mercato europeo costituiscono già principi fondanti del GDPR ove la "libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione e il loro trasferimento verso paesi terzi e organizzazioni internazionali"<sup>7</sup> è sancita nell'art. 1 e traspare dall'obiettivo della creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, del rafforzamento delle economie nel mercato interno che presuppone la conciliazione tra protezione dei diritti delle persone fisiche e circolazione dei dati, rintracciabile sia nel preambolo (cons. n. 4) in cui si dichiara che la funzione sociale del diritto alla protezione dei dati deve essere temperata con i diritti fondamentali, sia nella norma sulla data portability che attribuisce all'interessato il diritto di chiedere ad un titolare del trattamento di trasferire i propri dati personali ad un altro soggetto senza impedimenti (art. 20)<sup>8</sup>.

È noto tuttavia come il GDPR, nella finalità di preservare i diritti delle persone fisiche, abbia imposto una serie di limitazioni alla circolazione che inevitabilmente attraggono anche dati che, se gestiti con adeguate misure di tutela dei diritti personali, potrebbero essere, di converso, molto utili o addirittura indispensabili allo sviluppo dell'economia e della ricerca.

L'ampio numero di atti europei emanati in ambito digitale ove ha trovato dimora il Data Governance Act e da ultimo anche il Data Act, il cui focus è centrato sull'accessibilità al valore rappresentato dai dati e sulla loro interoperabilità, intesa come "la capacità di due o più spazi di dati o reti di comunicazione, sistemi, prodotti connessi, applicazioni, servizi di trattamento di dati o componenti di scambiare e utilizzare dati per svolgere le

<sup>6</sup> V. la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. *Una strategia europea per i dati*, 19.2.2020 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0066>) e il cons. n. 3 DGA.

<sup>7</sup> Cons. nn. 6 e 9 GDPR.

<sup>8</sup> V. sul punto S. TROIANO, *Il diritto alla portabilità dei dati*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di ZORZI GALGANO, Milano, 2019, 195 ss.

loro funzioni”<sup>9</sup>, rappresenta la risposta dell’Unione all’esigenza di rilancio dell’economia tramite l’utilizzo dei dati e l’espressione di una precisa ambizione delle politiche europee di potenziamento della competitività delle imprese.

Ne recano testimonianza, oltre all’esplicita menzione di tale finalità nei testi legislativi citati, anche il lessico utilizzato nelle norme, da cui emerge come il “titolare dei dati ” (e non il titolare del trattamento) corrisponda al soggetto che ha “il diritto o l’obbligo di utilizzare e mettere a disposizione dati ” (art. 2, n. 13 Data Act) cui competono diritti e obblighi specifici, e il dato non sia più solo un’entità da proteggere, ma un bene giuridico al quale è assegnato un valore intrinseco e ascrivito un potenziale economico da sfruttare in modo equo e trasparente, con i conseguenti effetti in ambito industriale, commerciale e sociale.

In questo scenario trovano spazio gli interventi normativi mirati a promuovere, sotto diversi profili, una crescita economica sostenibile e a rafforzare la posizione dell’UE nel mercato digitale e dell’ICT, rappresentati dalla direttiva 2019/790/UE sul diritto d’autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale<sup>10</sup>, dalle due direttive 2019/770/UE, sui contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali e 2019/771/UE sulla vendita di beni che incorporano contenuti digitali o servizi digitali interconnessi, che hanno integrato il codice del consumo nel settore della tecnologia digitale, cui hanno fatto seguito, nel quadro dell’uso dei dati nei servizi digitali, il Digital Service Act (reg. UE 2022/2065, DSA) in tema di sviluppo dell’economia nell’ambito delle reti e dei servizi e il Digital Markets Act (reg. UE 2022/1925, DMA) in materia di piattaforme online e concorrenza, facenti parte del Digital Services Package, con cui è stata delineata la disciplina di intermediari e piattaforme informatiche ove circolano dati, con l’obiettivo principale di prevenire le attività illecite attraverso la creazione di un contesto equo e aperto per le piattaforme e di un mercato digitale competitivo per tutte le imprese digitali, in condizioni di parità, indipendentemente dalle loro dimensioni, nel rispetto dei diritti fondamentali delle persone cui i dati sono riferibili.

Gli obiettivi della strategia europea mirata al rilancio del mercato basato sulla data economy continuano ad animare anche i progetti di legge in itinere.

In campo finanziario, ad esempio, la proposta di regolamento FIDA (Financial Data Access), nel quadro di un sistema di open finance, si pone il fine di “migliorare i risultati economici per i clienti dei servizi finanziari (consumatori e imprese) e le imprese del settore finanziario promuovendo la trasformazione digitale e accelerando l’adozione di modelli aziendali basati sui dati nel settore finanziario”, agevolando i consumatori nell’accesso ai dati finanziari per ottenere prodotti e servizi personalizzati con strumenti basati sui dati che li supportino nel prendere decisioni informate, nel confronto tra

---

<sup>9</sup> Dir. 2019/790/UE sul diritto d’autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale, recepita con d. lgs. n. 177/2021, dir. 2019/790/UE sul diritto d’autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale, recepita con d. lgs. n. 173/2021.

<sup>10</sup> Dir. 2019/790/UE sul diritto d’autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale, recepita con d. lgs. n. 177/2021, dir. 2019/790/UE sul diritto d’autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale, recepita con d. lgs. n. 173/2021.

offerte in linea con le loro esigenze specifiche. La proposta intende favorire le imprese, in particolare le PMI, con conseguenti vantaggi sia per gli enti finanziari che potrebbero essere in grado di sfruttare appieno le tendenze della trasformazione digitale, sia per i prestatori di servizi che godrebbero di nuove opportunità commerciali nell'ambito dell'innovazione basata sui dati<sup>11</sup>.

L'apparato regolatorio orizzontale delineato dall'UE, finalizzato ad incentivare l'innovazione tecnologica e l'utilizzo dei dati a vantaggio delle imprese e dei consumatori, ha dato origine ad una stratificazione normativa dettata dall'urgenza di contenere gli effetti imprevedibili di un fenomeno che nella data driven economy, nei big data, nell'intelligenza artificiale trova la sua fonte di ricchezza. I numerosi interventi legislativi dedicati al settore digitale sono stati dettati dall'esigenza di fornire strumenti per il migliore sfruttamento dei dati in campo industriale, nei trasporti, nella tutela dell'ambiente e per le necessità della vita quotidiana per le quali sono oggi fruibili dispositivi connessi alla rete di uso comune (Internet of Things o IoT) o applicazioni basate su sistemi algoritmici di facile accesso, come ChatGPT di OpenAI o come il nuovo DeepSeek AI cinese.

Ne è derivato "un sistema" basato su un ampio materiale normativo, rimesso alla razionalizzazione dell'interprete, in cui confluiscono principi di carattere generale e norme settoriali che rispondono all'esigenza di rilancio dell'economia tramite la circolazione dei dati e l'uso dell'intelligenza artificiale, espressione di una precisa ambizione delle politiche europee di potenziamento della competitività delle imprese europee e di cooperazione tra gli Stati membri.

## 2. Dalla data protection alla data economy: il Data Governance Act

Il primo passo verso il superamento della visione incentrata prevalentemente sulla protezione dei dati personali (nonostante il GDPR sia diretto anche a promuovere la circolazione) è compiuto nel 2022 dal Data Governance Act che si propone di realizzare "un mercato interno digitale senza frontiere e una società e un'economia dei dati antropocentriche, affidabili e sicure", di "migliorare le condizioni per la condivisione dei dati nel mercato interno, creando un quadro armonizzato per gli scambi di dati" (cons. n.3).

Creare un quadro armonizzato per gli scambi di dati, facilitare la cooperazione tra gli Stati membri e consentire ai titolari dei dati di valorizzare il proprio patrimonio informativo attraverso la condivisione di dati personali e non personali e agli utenti di mantenere il pieno controllo dei propri dati, rappresenta il fine dell'azione legislativa dell'UE, con il limite dell'uso improprio dei dati in violazione dei diritti fondamentali, del rispetto

<sup>11</sup> Proposta di regolamento relativa a un quadro per l'accesso ai dati finanziari, COM (2023) 360 final, 28.6.2023. Cfr. sull'argomento STANZIONE, *Open banking, Open Finance e protezione dei dati personali*, in FALCE e MORERA (a cura di), *Dall'Open Banking all'Open Finance. Profili di diritto dell'economia*, Torino, 2024, 65 ss.

del diritto di proprietà intellettuale e alla libera concorrenza (cons. nn. 17-21 e art. 3, 1° comma, lett. c).

L'obiettivo è quello di sbloccare una massa di dati utili per lo sviluppo economico, garantendone la circolazione libera e sicura, mantenendo al contempo il controllo della pubblica sicurezza e dell'ordine pubblico nel rispetto dei diritti fondamentali.

È il legislatore europeo, nel preambolo del DGA, a sottolineare l'opportunità di un'interazione tra circolazione dei dati, suscettibili di essere pregiudicati da pratiche di sfruttamento e diffusione potenziate anche dal ricorso all'intelligenza artificiale – che sulla base dell'analisi dei big data permette di semplificare le operazioni e prendere decisioni strategiche informate – e sviluppo delle nuove tecnologie all'interno di uno spazio comune europeo, da intendersi come mercato interno nel quale i dati possano essere utilizzati indipendentemente dal loro luogo fisico di conservazione.

Il DGA, dedicato alla governance degli spazi dati europei, si inquadra in una linea di intervento che in materia di dati è stata strutturata dall'UE sulla base di quattro pilastri, di cui il primo delinea un quadro normativo "integrato", diretto a garantire un migliore accesso e un uso più responsabile che ha trovato espressione nel Data Act, finalizzato a incentivare la disponibilità dei dati e del riutilizzo in un contesto di parità e con l'eliminazione degli ostacoli per i consumatori e le imprese nell'accesso ai dati generati soprattutto dai dispositivi dell'Internet of Things<sup>12</sup>.

Gli altri pilastri sostengono l'azione dell'UE nel rafforzamento delle capacità di ospitare, elaborare e utilizzare i dati con la previsione della creazione di spazi europei comuni e di infrastrutture cloud interconnesse per superare gli ostacoli legali e tecnici alla condivisione in Europa (così il secondo pilastro), nel potenziamento dell'empowerment delle persone fisiche che prevede l'adozione di misure di supporto per l'utilizzo dei dati generati dall'uso dei dispositivi informatici e la creazione di migliori opportunità nell'economia dei dati per le persone giuridiche e in particolare per le PMI (terzo pilastro) e nella promozione dello sviluppo di spazi di dati comuni europei in settori economici strategici e in altri ambiti di interesse pubblico (quarto pilastro).

Il regolamento, in una prospettiva trasformativa e dinamica dell'economia digitale, si prefigge di valorizzare il potenziale insito nei dati (personali e non personali) e garantisce l'accesso affidabile e non discriminatorio da parte di singoli utenti e imprese con l'introduzione di una disciplina sul riutilizzo dei dati pubblici, sui servizi di intermediazione di dati e sulla registrazione volontaria dei soggetti che raccolgono e trattano dati per

---

<sup>12</sup> Sfide e pilastri sono indicati nella Comunicazione della Commissione "Una strategia europea per i dati", cit., par. nn.4 e 5. Cfr. il documento di lavoro della Commissione, "Common European Data Spaces", SWD (2022) 45 final, 23.2.2022. Si veda anche CURRY, SCERRI e TUIKKA, *Data Spaces. Design, Deployment, and Future Directions*, New York, 2022, 1 ss., [https://doi.org/10.1007/978-3-030-98636-0\\_1](https://doi.org/10.1007/978-3-030-98636-0_1). In materia di dati sanitari lo spazio comune europeo dei dati dovrebbe essere istituito con l'*European Health Data Space*, oggetto della proposta di regolamento COM (2022) 197 final, 3.3.2022, approvata dal Parlamento europeo il 24.4.2024 e all'esame del Consiglio.



scopi altruistici, nella direzione indicata nel primo dei pilastri individuati dalla descritti dalla Commissione europea<sup>13</sup>.

Questi strumenti dovrebbero funzionare per rendere i dati reperibili, accessibili, interoperabili e riutilizzabili («principi FAIR per i dati»), garantendo al contempo un elevato livello di cybersecurity<sup>14</sup>.

Una concreta modalità di applicazione dei principi è rappresentata dalla figura dei “servizi di intermediazione dei dati”, di cui l’art. 2 offre una definizione in termini di “servizio che mira a instaurare, attraverso strumenti tecnici, giuridici o di altro tipo, rapporti commerciali ai fini della condivisione dei dati tra un numero indeterminato di interessati e di titolari dei dati, da un lato, e gli utenti dei dati, dall’altro, anche al fine dell’esercizio dei diritti degli interessati in relazione ai dati personali” e che rivestono particolare importanza nel settore in ragione del ruolo svolto nel mercato dai data brokers e della finalità dello scambio e della circolazione dei dati attraverso strumenti collaborativi nell’ambito della fornitura di servizi di condivisione.

In un’ottica di semplificazione delle formalità e di incremento della circolazione non è previsto per tali servizi un regime di autorizzazioni come nel GDPR, ma una procedura di notifica all’Autorità nazionale competente della sussistenza dei requisiti che assicurino un grado di sicurezza rigoroso (artt. 11 e 12) che dovrebbero garantire il ruolo neutrale (condizioni paritarie e oggettive) svolto dagli intermediari rispetto agli scambi da realizzare mediante una separazione, nell’economia dei dati, tra fornitura, intermediazione e utilizzo dei dati, favorendo l’interoperabilità, la circolazione di dati facilmente fruibili, il riutilizzo di un ampio numero di dati nella disponibilità della pubblica amministrazione, con il coinvolgimento nel processo anche delle PMI e delle start up<sup>15</sup>.

Quest’ultimo obiettivo è realizzabile, secondo il legislatore europeo, anche attraverso strumenti “altruistici”, con i quali apportare benefici (con un compenso che non vada oltre la compensazione dei costi sostenuti) al progresso della ricerca scientifica, al miglioramento dei servizi sanitari e della mobilità, alla lotta ai cambiamenti climatici, all’agevolazione dell’elaborazione, della produzione e della divulgazione di statistiche europee, al miglioramento della fornitura dei servizi pubblici, o delle politiche pubbliche<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Lasciando impregiudicate le competenze degli Stati membri in materia di sicurezza pubblica, difesa e sicurezza nazionale. V. sul punto, l’art. 1 del DGA e il commento di POLETTI, *Gli intermediari dei dati*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2022, 1, 46 ss. La disciplina dell’altruismo dei dati (artt. 15, 16-25) rappresenta una novità rilevante soprattutto se utilizzata in campo medico per quanto riguarda la donazione dei dati medici. V. sul punto KRUTZINNA e FLORIDI, “*Ethical Medical Data Donation: A Pressing Issue*” in KRUTZINNA e FLORIDI (eds.), *The Ethics of Medical Data Donation*, Springer, New York, 2019.

<sup>14</sup> Cons. n. 2 DGA.

<sup>15</sup> Sul punto v. il cons. n. 27 DGA.

<sup>16</sup> Art. 2, n. 16 DGA. Per una riflessione sulla prevalenza della tutela dei diritti fondamentali garantita dal GDPR, significativa della rilevanza della persona e non tanto del dato, v. RESTA, *La regolazione digitale nell’Unione europea. Pubblico, privato collettivo nel sistema europeo di governo dei dati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 971 ss.

I dati possono essere messi a disposizione su base volontaria anche da parte degli enti pubblici (art. 5) che hanno la facoltà di condividere alcune categorie di dati (art. 3) per il riutilizzo, purché essi siano anonimizzati (nel caso di dati personali) e modificati, aggregati o trattati con altri metodi di controllo se riguardano informazioni commerciali riservate, ivi compresi i segreti commerciali o i contenuti protetti da diritti di proprietà intellettuale e messi a disposizione in conformità al principio open by design and by default<sup>17</sup>. Il riutilizzo dei dati detenuti dagli enti pubblici dovrebbe favorire la ricerca scientifica con l'adozione di processi armonizzati intesi a rendere i dati facilmente accessibili nell'interesse pubblico (cons. n. 16).

Il rilancio dell'economia digitale dell'Unione si fonda quindi anche sulla partecipazione degli enti pubblici riguardo ai quali, in particolare, il bilanciamento tra sviluppo del mercato e tutela dei diritti delle persone costituisce criterio di selezione dell'accesso e del riutilizzo dei dati nel rispetto delle norme sulla trasparenza amministrativa e all'interno del perimetro delineato dalla direttiva Open Data, già indirizzata alla disciplina della circolazione dei dati nel quadro del progressivo sviluppo della tecnologia basata anche sull'intelligenza artificiale<sup>18</sup>.

Per perseguire gli obiettivi di cui si è detto sono previste nell'art. 10 tre tipologie di servizi di intermediazione: a) servizi tra titolari dei dati e potenziali utenti nell'ambito di servizi che comprendono scambi di dati, creazione di piattaforme o banche dati comuni oltre all'istituzione di un'infrastruttura per l'interconnessione tra questi soggetti, nell'obiettivo di ridurre i costi di transazione e facilitando i contatti tra utenti e fornitori, b) fornitori di servizi tra interessati che mettono a disposizione dati personali o persone fisiche che intendono mettere a disposizione dati non personali e potenziali utenti dei dati che ricevono assistenza per l'esercizio dei diritti di cui al GDPR e che funzionano come mezzo di controllo dei singoli individui sui dati che li riguardano, sulla base di un rapporto fiduciario; c) cooperative di dati impegnate a rafforzare la posizione dei singoli attraverso un'attività di consulenza sulla condivisione e sull'utilizzo dei dati e fornire un'adeguata informazione sul tema, sia nei rapporti tra imprese che nei rapporti tra queste e i consumatori (definite nell'art. 1, n. 15).

Il contenuto dell'attività degli intermediari riguarda dunque l'utilizzo, il riutilizzo, lo scambio, la condivisione, lo sfruttamento dei dati (anche a titolo oneroso, v. l'art. 12 lett. b, riguardo alle condizioni per la fornitura di servizi di intermediazione e l'art. 20, per l'altruismo dei dati) tra i soggetti identificati nelle nuove figure del data holder e del data user (descritti nell'art. 2, nn. 8 e 9, che si aggiungono al data subject di cui al GDPR al

---

<sup>17</sup> Cons. nn. 9 e 45 e artt. 2, nn. 10 e 16 DGA.

<sup>18</sup> Dir. 2019/1024/UE, *Open Data*, recepita con d. lgs. n. 200/2021. Il cons. n. 13 della direttiva chiarisce in particolare che *“L'informazione del settore pubblico o le informazioni raccolte, prodotte, riprodotte e diffuse nell'ambito di un compito di servizio pubblico o di un servizio di interesse generale sono un'importante materia prima per i prodotti e i servizi imperniati sui contenuti digitali e diventeranno una risorsa contenutistica ancora più importante con lo sviluppo di tecnologie digitali avanzate, tra cui l'intelligenza artificiale, le tecnologie di registro distribuito e l'Internet delle cose”*.

quale l'art. 2, n. 7 rinvia), che detengono i dati grazie al diritto alla portabilità (direttamente o da parte di altre società che li hanno acquisiti) e che agiscono sulla base di un rapporto contrattuale che può ricondursi allo schema dell'appalto di servizi o del mandato.

Il titolare dei dati si differenzia dal titolare del trattamento del GDPR (data controller) sia per la tipologia di dati, che nel DGA riguarda quelli personali e non personali, sia per il perimetro dei dati sui quali ha il diritto di operare: i titolari dei dati (data holders) sono le persone giuridiche, compresi gli enti pubblici e le organizzazioni internazionali o le persone fisiche che non coincidono con gli interessati rispetto agli specifici dati in questione e che, conformemente al diritto dell'Unione o nazionale applicabile, hanno il diritto di concedere l'accesso a determinati dati personali o dati non personali o di condividerli (art. 2, n. 8), mentre gli utenti dei dati (data users) sono le persone fisiche o giuridiche che hanno accesso legittimo a determinati dati personali o non personali e che hanno diritto, anche a norma del GDPR in caso di dati personali, a utilizzare tali dati a fini commerciali o non commerciali.

L'introduzione delle categorie del data holder e del data user accanto al data subject, si è detto, ha suscitato dubbi sulla configurabilità del dato personale come oggetto del diritto di proprietà, che determinerebbe non solo un cambio di paradigma<sup>19</sup> rispetto alla disciplina sui dati personali, ma anche un pericolo per la mercificazione della persona<sup>20</sup>. Contro questo rischio sono individuate nel capo IV (art. 16) del DGA le "organizzazioni per l'altruismo dei dati riconosciute nell'UE" che dovrebbero favorire la circolazione mettendo a disposizione quantità considerevoli di dati pertinenti per sostenere obiettivi di interesse generale, svolgendo quindi un'attività che non sfrutta il profilo commerciale del dato, ma si basa su una logica solidaristica e sociale opposta a quella sottesa ad un modello di property rights, attestata anche dagli obblighi di trasparenza e di tutela dei diritti degli interessati e dei titolari dei dati previsti nel regolamento (artt. 20 e 21).

Che le politiche europee favoriscano un'attenuazione della visione personalistica del dato è conclusione confermata dal valore conferito all'utilizzo e al riutilizzo dei dati che si pone a base anche dell'uso dei sistemi di intelligenza artificiale, scienza alla quale l'Unione Europea attribuisce funzione di motore dell'economia nella competizione con le multinazionali, ma è evidente altresì che il grado di controllo sul dato e il livello di limitazione nella circolazione o il divieto di uso dipendono anche dalla natura personale o non personale del dato; in quest'ultimo caso, la circolazione dovrebbe essere favorita sul presupposto della sua utilità per la crescita delle imprese europee, compatibilmente con il diritto di proprietà intellettuale, elemento che non sempre è di agevole identificazione perché i dati possono circolare anche in modalità mista.

<sup>19</sup> Il tema, in rapporto ai dati personali, è diffusamente trattato da BRAVO, *Intermediazione di dati personali e servizi di Data sharing dal GDPR al Data governance act*, cit. e ID., *Le cooperative di dati*, in *Contr. impr.*, 2023, 757.

<sup>20</sup> Così, MORACE PINELLI, *Dalla Data Protection alla Data Governance*, cit., 491.

Tale ultima fase della produzione legislativa europea in materia digitale, costituita dalla normativa sui prodotti e i servizi digitali, sulla governance e circolazione dei dati, volta precipuamente a favorire lo scambio di dati soprattutto di natura industriale e commerciale, riveste inoltre particolare importanza anche per i dati detenuti a fini di ricerca scientifica (cons. n.16), rappresentando il consenso al riutilizzo un'opportunità per la condivisione delle informazioni per la tutela della salute e dell'ambiente. Anche in questo caso, la promozione della fiducia nell'economia dei dati si unisce necessariamente al controllo sui dati strategici e sensibili anche non personali, riguardanti non solo la salute pubblica, la sicurezza e l'ambiente, ma anche la protezione dei consumatori, la tutela dei diritti di proprietà intellettuale e dei segreti commerciali, essendo il principio ispiratore della disciplina sempre il favore e non il freno alla circolazione<sup>21</sup>.

In un'ottica coerente con l'istituzione di un sistema di governo dei dati che si dirige sia verso la promozione dell'innovazione, sia verso la funzione sociale e solidaristica della condivisione, espressa nelle disposizioni che trattano dell'altruismo dei dati, restano fermi i principi dettati nel GDPR in caso di eventuale conflitto tra tutela dei diritti della persona e ragioni economiche (cons. n. 4 DGA).

Il regolamento sulla governance integra dunque il quadro regolatorio europeo sui dati introducendo figure deputate alla gestione equa, affidabile e trasparente, fissando principi programmatici e istituendo meccanismi che garantiscono il controllo da parte degli interessati e dei titolari dei dati, benché non sia ancora chiaro come tali principi potranno trovare applicazione pratica.

Un'esplicazione, pur nel dubbio sulla raggiungibilità dell'obiettivo del controllo dei dati da parte degli utilizzatori dei prodotti e dei servizi, può trovarsi nel Data Act, dedicato a facilitare l'accesso e l'utilizzo dei dati da parte di imprese e consumatori per quanto riguarda la condivisione, la disponibilità e l'interoperabilità dei dati generati dall'uso di prodotti connessi e di servizi correlati alla rete e per incentivare le imprese a investire nel settore. In questo contesto anche le Authorities possono svolgere un determinante ruolo di controllo che non dovrebbe ostacolare le economie di mercato.

### 3. Verso uno spazio europeo dei dati: il *Data Act*

Le moderne economie digitali si basano ormai su dispositivi informatici, elettronici, multimediali connessi come i prodotti di domotica e gli elettrodomestici, gli assistenti virtuali, le smart cars, le macchine industriali, i droni, i device utilizzabili in healthcare, come smartwatch, wearable devices, dotati di sensori fisici che raccolgono segnali analogici (luce, suono, temperatura, movimento fisico) e li convertono in dati elettronici

---

<sup>21</sup> SHABANI, *The data governance act and the EU's move towards facilitating data sharing*, in *Molecular System Biology*, 2021, 17:e10229 e <https://doi.org/10.15252/msb.202110229>, rileva l'importanza di regole che favoriscano l'espressione di un consenso al riutilizzo di dati per scopi scientifici, anche tramite intermediari o organizzazioni con scopi altruistici.

binari, elaborati da un software incorporato o comunicati a server remoti per un'ulteriore elaborazione.

L'utilizzo di dispositivi collegati alla rete e la connessione con un servizio, attuata tramite applicazioni per l'utilizzo del prodotto, consentono al fornitore o al titolare dei dati di ricevere informazioni su tempi, modi e interazioni relative all'attività svolta con lo strumento utilizzato, sugli interessi dell'utente, sui contatti posti in essere con altri soggetti durante il servizio.

I produttori dei dispositivi, in questo campo, possono progettare strutture di dati c.d. "chiuse", in cui le misure di protezione tecnica a livello di hardware e software impediscono agli utenti del dispositivo di accedere direttamente ai dati solo sulla base delle condizioni contrattuali monopolistiche stabilite dai produttori o strutture c.d. "aperte", che al contrario, aumentano la concorrenza nei mercati dei dati a monte e nei mercati dei servizi basati sui dati.

Il GDPR, riguardo ai dati personali raccolti dai dispositivi digitali o dai servizi online, ha riconosciuto all'interessato persona fisica il diritto di accesso, di cancellazione e di portabilità dei dati personali e imposto l'obbligo per i responsabili del trattamento dei dati di ottenere il consenso degli interessati per la raccolta dei loro dati personali, ma l'accesso ai dati anche non personali e di dati pubblici raccolti ed elaborati per effetto di device elettronici connessi in rete (cui contribuisce anche l'intelligenza artificiale attraverso sistemi di Large Language Models), ha ricevuto considerazione solo nel Data Act che, come anticipato, integra il precedente regolamento sulla governance attuandone i principi e che si propone di facilitare l'uso di un maggior numero di dati per imprese e consumatori, stabilendo norme armonizzate sull'accesso equo e age da parte degli utenti.

Nell'offrire nuove opportunità di utilizzare servizi basati sui dati<sup>22</sup> e un migliore accesso ai dati raccolti o prodotti da un dispositivo, con misure atte a ridurre i costi in caso di trasferimento dei dati a un altro fornitore di servizi cloud e a fornire garanzie contro i trasferimenti illeciti di dati, il regolamento appronta un sistema di condivisione dei dati collegati ai prodotti e ai servizi<sup>23</sup> – anche a titolo oneroso quando si tratti di rapporti tra imprese – tale da aumentarne la disponibilità, contribuendo alla realizzazione degli obiettivi di accrescimento della fiducia nei meccanismi volontari di condivisione dei dati<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Il *Data Act* definisce, nell'art. 2. n. 1, i dati come "qualsiasi rappresentazione digitale di atti, fatti o informazioni e qualsiasi compilazione di tali atti, fatti o informazioni, anche sotto forma di registrazione sonora, visiva o audiovisiva".

<sup>23</sup> I prodotti connessi e i servizi correlati nell'art. sono definiti nell'art. 2, nn. 5 e 6: i primi sono oggetti che possono generare, ottenere o raccogliere dati sull'uso, le prestazioni o l'ambiente in cui vengono utilizzati e che possono comunicare questi dati tramite connessione *wireless* o basata su cavo, mentre i servizi correlati sono servizi digitali che possono essere collegati al funzionamento di un prodotto connesso e che contribuiscono alla funzionalità di tale prodotto connesso trasmettendo dati o comandi.

<sup>24</sup> L'art. 3, n. 1 DA specifica "in modo facile, sicuro, gratuito, in un formato completo, strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico e, ove pertinente e tecnicamente possibile, in modo diretto". Il compenso, per i rapporti tra imprese è previsto nell'art. 9.

Sono dunque previsti obblighi relativi ai rapporti tra imprese, tra consumatori o utenti e imprese e tra quest'ultime ed enti pubblici per l'accesso e l'utilizzo dei dati, allo scopo di ottimizzare i processi produttivi e migliorare i servizi offerti nella produzione di dispositivi tecnologici e macchinari industriali, anche con lo sfruttamento delle risorse proprie dell'intelligenza artificiale che, attraverso i dispositivi connessi e i servizi correlati ai prodotti utilizzabili (spesso in abbinamento) genera, a sua volta, una quantità di dati la cui qualità viene sottoposta ad una serie di procedure di controllo nel reg. (UE) 2024/1689 sull'intelligenza artificiale.

Se da un lato, tuttavia, l'eterogeneità e il volume delle informazioni accessibili, utilizzabili e trasferibili grazie allo sviluppo scientifico e tecnologico costituiscono "un'opportunità per l'innovazione e la competitività"<sup>25</sup> e uno strumento fondamentale per potenziare le risorse economiche delle imprese e accrescere la concorrenza con le grandi multinazionali con sede al di fuori dell'Europa, dall'altro, la circolazione dei dati, per rispondere alle esigenze dell'economia digitale, deve essere regolata, come già previsto nel DGA, tramite strumenti sempre più solidi di controllo dell'affidabilità che garantiscano l'interoperabilità a condizioni eque, ragionevoli, non discriminatorie e trasparenti<sup>26</sup> e che consentano il rispetto del segreto industriale sia nella fase della comunicazione dei dati, sia nella circolazione, tramite procedure di cybersecurity<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Alcune critiche oltreoceano sono rivolte contro il favore che sarebbe riservato alle imprese UE: v. sul punto spec. BROADBENT, *The EU Data Act, The long arm of european tech regulation continues*, in *Centre for strategic international studies*, June 2023, 1 ss, reperibile al link <https://www.csis.org/analysis/eu-data-act-long-arm-european-tech-regulation-continues>.

<sup>26</sup> Cons. n. 5 e art. 8 DA. L'art. 1, n. 3, del regolamento stabilisce l'applicabilità del regolamento ai fabbricanti di prodotti connessi immessi sul mercato dell'Unione europea e ai fornitori di servizi correlati, indipendentemente dal loro luogo di stabilimento, agli utenti nell'Unione europea di tali prodotti connessi o servizi correlati e ai titolari dei dati che mettono a disposizione dei destinatari i dati e a questi ultimi. Si applica agli enti pubblici, alla Commissione, alla Banca Centrale Europea e agli organismi dell'Unione che chiedono ai titolari dei dati di mettere i dati a loro disposizione, nel caso in cui tali dati siano necessari a fronte di una necessità eccezionale per l'esecuzione di un compito specifico svolto nell'interesse pubblico (come emergenze sanitarie o catastrofi naturali) e ai titolari dei dati che forniscono tali dati in risposta a tale richiesta, ai fornitori di servizi di trattamento dei dati, indipendentemente dal loro luogo di stabilimento, che forniscono i servizi a clienti nell'Unione europea ed ai partecipanti agli spazi di dati, ai venditori di applicazioni che utilizzano contratti intelligenti e alle persone la cui attività commerciale, imprenditoriale o professionale comporti l'implementazione di contratti intelligenti per altri nel contesto dell'esecuzione di un accordo.

<sup>27</sup> Da ultimo il reg. (UE, Euratom) 2023/2841 del 13.12.2023 che stabilisce misure per un livello comune elevato di cybersicurezza nelle istituzioni, negli organi e negli organismi dell'Unione e la dir. (UE) 2022/2555, NIS 2, sulla sicurezza delle reti e delle informazioni) che prevede piani di sicurezza informatica individuali, una valutazione comune basata su criteri condivisi e standardizzati della solidità e dell'efficacia delle piattaforme, la revisione periodica e l'aggiornamento delle misure di protezione. Il *Data Act* distingue tra obblighi imposti ai produttori di *connected products* connessi nel mercato europeo e obblighi per i fornitori di *data processing services*, inclusi i servizi *cloud*, dettando norme armonizzate per rimuovere gli ostacoli alla circolazione dei dati e assicura-

Nel regolamento sono fissati principi in tema di condivisione dei dati da impresa a consumatore e da impresa a impresa, con l'obiettivo di renderli disponibili per una vasta platea di soggetti e con la previsione di un obbligo in tal senso in capo ai fornitori (venditore, locatore) verso gli utenti dei prodotti o dei servizi correlati, ai titolari dei dati, tenuti a mettere a disposizione dell'utente i dati nel caso in cui questi non possa accedere direttamente dal prodotto connesso o dal servizio correlato e con il riconoscimento del diritto degli utenti di condividere i dati con soggetti terzi (artt. 4 e 5). Nell'ambito delle relazioni tra imprese, i titolari dei dati che intendano mettere a disposizione i dati a titolo oneroso, sono tenuti a farlo a condizioni eque, ragionevoli, senza discriminazioni e in modo trasparente (art. 8).

La realizzazione di tale fine passa attraverso disposizioni dedicate alla disciplina del rapporto contrattuale tra le parti che si traducono nell'invito ad utilizzare clausole contrattuali tipo (non vincolanti), ad incentivare accordi di riservatezza, a rispettare protocolli di accesso rigorosi, norme tecniche, codici di condotta che consentono di preservare il segreto commerciale e ad inserire clausole contrattuali standard per agevolare le parti nella conclusione di contratti di cloud computing a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie (art. 41)<sup>28</sup>.

Il regolamento dedica una norma alle clausole abusive, identificandole nelle clausole contrattuali unilateralmente predisposte che limitano illegittimamente l'accesso e l'utilizzo dei dati, la responsabilità, il ricorso a mezzi di tutela contro la violazione degli obblighi relativi ai dati (art. 13) con l'effetto della nullità parziale (art. 13, 7° comma), simmetricamente a quanto previsto nel codice del consumo.

Le affinità con le clausole vessatorie del codice del consumo (art. 33) sfumano, tuttavia, con riferimento alla nozione di abusività che nel DA si caratterizza per essere "di natura tale che il suo utilizzo si discosta considerevolmente dalle buone prassi commerciali in materia di accesso ai dati e relativo utilizzo, in contrasto con il principio di buona fede e correttezza" (art. 13, 3° comma), carattere che si estende alle condizioni in cui una parte, non avendo avuto alcuna possibilità di influenzare il contenuto del contratto rischia

---

re che i dati generati da un dispositivo connesso alla rete "che ottiene, genera o raccoglie dati relativi al suo utilizzo o al suo ambiente e che è in grado di comunicare dati del prodotto tramite un servizio di comunicazione elettronica, una connessione fisica o l'accesso su dispositivo" (art. 2, n. 5) e da un servizio correlato, inteso come un "servizio digitale diverso da un servizio di comunicazione elettronica, anche software, connesso con il prodotto" (art. 2, n. 6) e offerto insieme al prodotto o successivamente, "siano accessibili all'utente in modo facile, sicuro, gratuito, in un formato completo, strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico e, ove pertinente e tecnicamente possibile, in modo diretto" (art. 3, n. 1).

<sup>28</sup> Art. 4, 6° comma. L'art. 41 prevede la stesura entro il 12.9.2025 di "clausole contrattuali tipo non vincolanti relative all'accesso ai dati e al relativo utilizzo, comprese clausole su un compenso ragionevole e sulla protezione dei segreti commerciali, nonché clausole contrattuali standard, sempre non vincolanti, per i contratti di cloud computing, per assistere gli attori dello spazio digitale nella predisposizione di regolamenti contrattuali equi, ragionevoli e non discriminatori dal punto di vista dei diritti e degli obblighi contrattuali".

di subire uno squilibrio di potere (art. 13, 6° comma), alle condizioni di provenienza unilaterale (art. 13, 1° comma), nonché alle clausole che direttamente o indirettamente sono rivolte a precludere l'applicazione delle norme del regolamento (art. 13, 2° comma). Il 4° comma dell'art. 13 prevede una tipizzazione delle clausole aventi natura di abusività con una esplicita presunzione in tal senso nel 5° comma. Inoltre, data la particolare importanza attribuita al diritto dell'utente di cambiare il fornitore del servizio, nelle disposizioni di cui al capo VI sul passaggio tra servizi di trattamento dei dati (definiti nell'art. 2 n. 8) sono imposti ai fornitori obblighi di informazione, di rispetto della clausola di buona fede nel processo di passaggio (artt. 26 e 27), di redazione di specifici contenuti contrattuali sui diritti del cliente nell'accordo tra le parti che deve rivestire forma scritta (art. 25), mentre altre disposizioni nel capo VIII impongono requisiti essenziali e regole molto dettagliate per consentire l'interoperabilità dei dati, dei meccanismi e dei servizi di condivisione nello spazio comune europeo.

La disciplina dovrebbe teoricamente rafforzare i diritti degli utenti, ma nonostante le previsioni astratte, restano dubbi sull'efficacia delle misure previste nell'uso di dispositivi IoT rispetto all'obiettivo di assicurare un controllo su profili che, diversamente da quanto accade più in generale nell'ambito dei rapporti B2C, sconta l'inadeguatezza delle conoscenze degli utilizzatori in campo tecnologico e di mercato digitale, la difficoltà nell'individuazione di carenze tecniche del servizio o di interoperabilità dei dati, dei meccanismi e dei servizi di condivisione a fronte del potere commerciale delle grandi imprese che predispongono le condizioni generali di contratto.

Una novità è costituita dall'art. 36 del regolamento che prende atto della rilevanza della figura degli smart contracts per l'esecuzione degli accordi di condivisione dei dati, offrendone una definizione nel precedente art. 2, n. 39 in termini di "programma informatico utilizzato per l'esecuzione automatica di un accordo o di parte di esso utilizzando una sequenza di registrazioni elettroniche di dati e garantendone l'integrità e l'accuratezza del loro ordine cronologico". Il vantaggio del ricorso ai contratti intelligenti è la riduzione dei costi<sup>29</sup> e lo sfruttamento dell'opportunità di usare tali contratti quali misure tecniche di protezione per impedire l'accesso non autorizzato ai dati e ai metadati, per mantenere il contratto sull'utilizzo e la messa a disposizione del prodotto o del servizio, sulla condivisione con terzi o sulla divulgazione dei dati da parte dei destinatari, nel rispetto delle disposizioni degli artt. 4, 5, 6, 8, 9 (così, l'art. 11).

L'attenzione alla tutela degli utenti emerge dalla prescrizione, nell'utilizzo di tali contratti, del rispetto di requisiti che devono risultare da una certificazione ottenuta a seguito di conformity assessment sul piano della robustezza e controllo dell'accesso, dalla previsione di meccanismi di cessazione e interruzione sicure del rapporto e di un

---

<sup>29</sup> V. sul tema diffusamente MAUGERI, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, Bologna, 2021 ed anche: VERSTAPPEN, *Legal Agreements on Smart Contract Platforms in European Systems of Private Law*, 1st ed., Springer, 2023; CORRALES, FENWICK, HAAPIO, *Legal tech, Smart contracts and Blockchain*, Springer, 2019.



sistema di archiviazione dei dati, nonché dall'esigenza di coerenza con le clausole dell'accordo di condivisione dei dati che il contratto esegue. La disposizione contempla una presunzione relativa di conformità per i contratti intelligenti che soddisfano le norme armonizzate (4° comma) e le specifiche comuni (9° comma).

Le norme sugli smart contracts si applicano a qualsiasi accordo di condivisione dei dati, non solo quelli tra titolari e destinatari. Ciò significa che anche l'industria delle blockchain, che fa largo uso di tali contratti, dovrà conformarsi al regolamento se gli accordi sottostanti mirano alla "condivisione dei dati", benché il cons. n. 6 del regolamento, nel prevedere "norme orizzontali", consenta tanto all'Unione Europea, quanto agli ordinamenti nazionali di "affrontare le situazioni specifiche dei settori pertinenti".

Trattandosi di una normativa di recente introduzione non è possibile stimare quali saranno gli effetti concreti della sua applicazione, pur intravedendosi, nel quadro dei vantaggi derivanti dall'accesso a una massa di dati detenuti in modo esclusivo dai fornitori (e dai titolari del trattamento) dei prodotti e dei servizi, qualche dubbio di compatibilità tra interesse economico e pubblico alla condivisione dei dati e tutela dei diritti di proprietà intellettuale e della privacy, con possibile squilibrio delle posizioni a vantaggio di logiche concorrenziali.

Nell'armonizzazione dell'accesso ai dati su scala europea, che nasce anche dall'esigenza di ordine politico di sottrarre la dipendenza dell'Unione europea dalle multinazionali extraeuropee e di ridefinire i confini della sovranità digitale, si deve infatti tenere conto dei rischi di diffusione non autorizzata di dati insiti nelle informazioni generate da dispositivi connessi (come smartphone, elettrodomestici e sensori IoT) che potrebbero violare segreti industriali o diritti della personalità, infrangendo i sistemi di tutela approntati dagli ordinamenti. Ciononostante, non pare che il nuovo apparato regolatorio possa integrare un pericolo, emergendo chiaramente dal regolamento come la realizzazione dell'obiettivo dell'innovazione data driven, l'accessibilità e il controllo per consumatori e aziende sui dati che creano e la prevenzione di abusi di posizione dominante sia stata costruita su regole chiare per la condivisione dei dati, coerenti con le prescrizioni sull'utilizzo ottimale delle tecniche che consentono l'analisi di banche dati contenenti dati personali (quali l'anonimizzazione, la privacy differenziale, la generalizzazione, la soppressione e la casualizzazione, l'utilizzo di dati sintetici o metodi analoghi, nonché altri metodi all'avanguardia di tutela della vita privata, v. cons. n. 7) cui si uniscono valutazioni di impatto e altre tutela che contribuiscono a assicurare il rispetto di requisiti di sicurezza.

#### **4. Circolazione dei dati e intelligenza artificiale nel nuovo AI Act**

La grande massa di dati di cui oggi si può disporre per effetto dell'uso di motori di ricerca, di social network, di prodotti e servizi connessi alla rete ne ha potenziato il valore come risorsa della digital economy.

Poiché i dati costituiscono la base dell'intelligenza artificiale, vantaggi e rischi derivanti dalla disponibilità dei dati in circolazione sono illustrati nell'AI Act che, nell'inten-

to di delimitare i rischi derivanti dall'uso di processi decisionali automatici, analogamente a quanto previsto anche negli altri atti normativi cui si è trattato, mira a promuovere l'innovazione, ma al contempo a garantire il rispetto dei diritti fondamentali, fissando una disciplina per i sistemi algoritmici secondo principi di trustworthy AI e proteggendo salute, sicurezza, diritti fondamentali delle persone, democrazia, Stato di diritto, ambiente (art. 1)<sup>30</sup>.

La preoccupazione di mantenere un equilibrio tra sviluppo della tecnologia e tutela dei diritti fondamentali è presente anche nella Convenzione recentemente approvata dal Consiglio d'Europa in tema di Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law che ribadisce l'importanza dei requisiti di trasparenza, affidabilità, innovatività dei principi dei sistemi di intelligenza artificiale, con particolare attenzione ai principi di accountability, alla protezione della privacy e ai valori della democrazia<sup>31</sup>.

La struttura del regolamento (UE) 2024/1869, costituita da un ampio articolato dedicato alla classificazione dei sistemi di intelligenza artificiale, alla definizione delle modalità di valutazione della conformità di tali sistemi alle prescrizioni legislative e alla disciplina degli organi di supervisione e controllo, meriterebbe un'ampia analisi non solo per le ricadute sul piano degli obblighi imposti alle imprese, ma anche nella prospettiva dell'inquadramento delle disposizioni contenute nello schema regolatorio nelle categorie giuridiche privatistiche, che in questa sede non si svolgerà compiutamente, limitandosi invece a qualche considerazione sui rapporti tra la diffusione di un fenomeno che di dati si nutre, oggi facilmente fruibile per tutti, e la regolamentazione ad essi riservata nei più recenti atti normativi europei.

Nell'evolversi della tendenza dapprima espressa in termini di diffidenza nei confronti delle potenzialità dell'informatica e dei suoi sviluppi per le minacce sul piano della violazione dei diritti delle persone e per la sicurezza, l'AI Act si pone come elemento costitutivo di un programma destinato a favorire lo sviluppo del mercato e incentrato sull'adozione di un approccio, tipico delle scelte di politica industriale, fondato sul rischio e su

---

<sup>30</sup> L'intelligenza artificiale "affidabile" è fondata sui principi della supervisione umana, della robustezza e della sicurezza degli algoritmi, della trasparenza, intesa come tracciabilità dei sistemi, della non discriminazione, della tutela del benessere sociale e ambientale, della responsabilità e del rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo, della riservatezza dei dati personali.

<sup>31</sup> La Convenzione è stata sottoscritta il 5.9.2024 dal Consiglio d'Europa (*Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law*) (<https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/the-framework-convention-on-artificial-intelligence>). Il regolamento è stato preceduto da una serie di atti resi sul tema a partire dal 2017, come la risoluzione del Parlamento europeo del 20.10.2020 sugli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate (2020/2012(INL)) (P9\_TA(2020)0275), dalla risoluzione del Parlamento europeo del 20.10.2020 sul regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020/2014(INL)), dalla risoluzione del Parlamento europeo del 12.2.2019 sulla politica industriale europea in materia di robotica e intelligenza artificiale (2018/2088(INI)) e dalla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di armonizzazione delle regole sull'intelligenza artificiale del 21.4.2021.

un modello che ne incentiva l'utilizzo purché nel rispetto di una serie di prescrizioni di conformità (nell'art. 3, n. 2, il rischio è definito in termini generali come una "combinazione di probabilità del verificarsi del danno e della sua gravità").

Lo spirito della disciplina è quello di favorire, con un approccio normativo orizzontale e non indirizzato a singoli settori, lo sviluppo e l'uso delle nuove tecnologie basate sull'intelligenza artificiale con regole che possono trovare applicazione in diversi ambiti, come quello sanitario, dei contratti, dei trasporti, della Pubblica Amministrazione ed anche nel campo della giustizia.

Nel promuovere una AI antropocentrica e affidabile, il regolamento prevede quindi una classificazione dei rischi e obblighi diversificati che devono essere osservati al momento della realizzazione del sistema, variabili in base al livello di rischio che ciascuna delle categorie delineate può determinare nei vari settori di applicazione (ad esempio salute o trasporti) con riguardo alla violazione dei diritti e delle libertà degli individui. La ratio è quella di non precludere, ma di incentivare lo sviluppo e l'uso dell'AI, sulla base dell'accettazione del rischio immesso allo scopo di favorire l'attività imprenditoriale e gli investimenti nel settore, con la prescrizione di obblighi alle imprese europee ed extraeuropee di conformità (v. art. 2), dettate anche in altre norme armonizzate, in contrapposizione alla logica sottesa al GDPR che, pur nella declamazione del favore per la circolazione dei dati, è soprattutto mirato alla protezione dei dati personali.

In base alla suddetta classificazione è possibile inquadrare le attività che prevedono l'uso dei dati tramite sistemi di intelligenza artificiale e stabilire conseguentemente gli obblighi che dall'appartenenza ad una determinata categoria incombono sui soggetti coinvolti (indicati nell'art. 2). Pertanto, fatta eccezione per le pratiche di AI vietate, indicate nell'art. 5, dalle quali può scaturire un rischio inaccettabile per la sicurezza, la salute o i diritti fondamentali delle persone, la cui tutela costituisce obiettivo del regolamento insieme al miglioramento del funzionamento del mercato interno (così, l'art. 1), la disciplina introdotta stabilisce una gradazione dei sistemi di AI da un rischio alto ad un rischio minimo, con una supervisione accurata, con specifici assessment necessari a garantire la conformità dei sistemi alle regole e un costante richiamo ai diritti fondamentali per i sistemi ad alto rischio, vale a dire per quei sistemi che presentano un alto potenziale di rischio di violazione dei diritti e che sono elencati, secondo un criterio di tipicità, nell'allegato I, ove è riportata la normativa di armonizzazione dell'Unione e nell'allegato III, con possibilità di estensione ad altre situazioni per opera della Commissione (ai sensi dell'art. 7)<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> L'art. 2 dell'AI Act richiama: *providers* di sistemi di AI o i modelli di AI per finalità generali immessi sul mercato o messi in servizio nell'UE, indipendentemente dal fatto che siano stabiliti o ubicati in UE o Paesi terzi; *deployers* (utilizzatori primari) interni all'UE; *providers* o *deployers* con stabilimenti in Paesi terzi laddove l'*output* prodotto dal sistema di AI è utilizzato all'interno dell'Unione; importatori e distributori di sistemi di AI; fabbricanti di prodotti che immettono sistemi di AI insieme al prodotto con nome e marchio; rappresentanti autorizzati di *providers*, persone interessate che si trovano nell'UE. Riguardo alle pratiche vietate, il 2.2.2025 sono entrate in vigore le linee guida

Il rischio basso riguarda invece una categoria di sistemi per i quali sono previsti specifici obblighi di trasparenza e informazione (art. 50): si tratta dei sistemi che interagiscono con le persone fisiche e che devono essere progettati e sviluppati per fornire adeguate informazioni su tale interazione. Se i dati sono utilizzati per generare contenuti audio, immagini, video (compreso il caso di deep fake), testi sintetici, è necessario che gli output del sistema siano marcati in un formato leggibile meccanicamente e rilevabili come generati o manipolati artificialmente con soluzioni tecniche efficaci, interoperabili, solide e affidabili.

Se è presente nel sistema un meccanismo che permette il collegamento a dati personali, come il riconoscimento delle emozioni o la categorizzazione biometrica da cui scaturiscono informazioni riguardanti una persona fisica identificata o identificabile, al dovere di informazione si aggiunge l'osservanza delle regole contenute nel regolamento sulla protezione dei dati personali (v. art. 4, n. 1 GDPR).

Altre norme regolano le procedure di valutazione di impatto ai fini dell'individuazione del livello di rischio immesso in rete dal sistema. Tra queste il FRIA, fundamental rights impact assessment che controlla l'impatto sui diritti fondamentali (art. 27) e il conformity assessment (art. 43) che prevede anche l'adozione di standard specifici (art. 40) i quali, tuttavia, appaiono di difficile applicazione qualora si debba procedere ad una valutazione dell'impatto sui diritti fondamentali, non essendo chiaro come possa essere declinata una gradazione degli effetti su tali diritti.

Poiché, come si è detto, sono i dati ad alimentare l'AI, è la qualità dei dati e non tanto la quantità a giocare un ruolo nel quadro della valutazione del rischio insito nell'algoritmo. Nel regolamento si legge che “dati di alta qualità e l'accesso a dati di alta qualità svolgono un ruolo essenziale nel fornire una struttura e garantire le prestazioni di molti sistemi di IA, in particolare quando si utilizzano tecniche che prevedono l'addestramento di modelli, al fine di garantire che il sistema di IA ad alto rischio funzioni come previsto e in maniera sicura e che non diventi una fonte di discriminazione vietata dal diritto dell'Unione” (cons. n. 67). Di qualità dei dati tratta anche il GDPR nell'art. 5, secondo cui il titolare del trattamento è tenuto a garantire che i dati trattati siano adeguati, pertinenti e limitati alle finalità, esatti e aggiornati e a adottare misure ragionevoli per la cancellazione, la rettifica, l'archiviazione. Il trattamento dei dati personali con algoritmi, quindi, è ammissibile nel rispetto delle regole stabilite dal GDPR la cui applicazione, per espressa previsione dell'art. 2 n. 7, resta sempre prioritaria, come anche nel caso degli altri regolamenti fin qui esaminati.

Tuttavia, nel caso di categorie particolari di dati (quelle di cui all'art. 9 GDPR), il trattamento rientra nell'ambito dei sistemi ad alto rischio (art. 7, n. 2, lett. c), per i quali è stata dettata una norma specifica, l'art. 10 (Dati e governance dei dati), che riguarda tutti i tipi di dati, personali e non personali; poiché i sistemi algoritmici processano i dati con meccanismi di self learning, sono stabilite alcune procedure di controllo dirette a conte-

---

della Commissione Europea riguardanti le pratiche ritenute inaccettabili in quanto fonte di potenziali rischi per i diritti fondamentali, reperibili al link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/library/commission-publishes-guidelines-prohibited-artificial-intelligence-ai-practices-defined-ai-act>.

nere il rischio che all'interno della mole di dati elaborati ne vengano trattati anche alcuni per i quali non è stata rispettata la base giuridica del GDPR (nel caso di dati personali) o che non sono affidabili (anche nel caso di dati non personali) perché privi dei requisiti che la stessa norma indica.

In particolare, è necessario che l'addestramento del modello di AI sia sviluppato sulla base di set di dati di training, convalida e prova conformi ai requisiti richiesti sul processo di raccolta, sull'origine (e sulla finalità nel caso di dati personali), sull'adeguatezza dei dati, sulle operazioni di trattamento pertinenti ai fini della relativa preparazione, come annotazione, etichettatura, pulizia, aggiornamento, arricchimento e aggregazione, sulla valutazione presuntiva delle informazioni che i dati devono misurare nel processo di elaborazione, la loro adeguatezza, quantità e qualità, sull'esistenza di possibili distorsioni (bias), di lacune o discriminazioni che potrebbero inficiare l'affidabilità e la sicurezza del sistema, comportando il rischio della violazione dei principi che costituiscono il fondamento dell'impianto regolatorio costruito con gli ultimi atti normativi dell'UE<sup>33</sup>.

L'applicazione del processo decisionale può infatti dare origine a distorsioni involontarie derivanti dalla progettazione e dall'impiego di un algoritmo soprattutto se riguardanti comunità di persone sottorappresentate, appartenenti ad una certa etnia, con disabilità, in campo sanitario o bancario; la presenza di bias nei progetti e nei dati di addestramento dell'algoritmo è in grado di alimentare le disuguaglianze esistenti tra persone e incoraggiare una distopia che il regolamento si è prefissato di evitare.

Sempre nella prospettiva dell'affidabilità del set di dati per l'addestramento dei modelli, l'art. 5, 3° comma richiede che i dati siano sufficientemente rappresentativi e "nella misura del possibile, esenti da errori e completi nell'ottica della finalità prevista", requisito quest'ultimo che suscita qualche perplessità, non potendo facilmente darsi garanzia dell'assenza di errori se non nella misura in cui si tratti di qualità del dato nel senso sopra descritto.

Considerata l'alta potenzialità delle piattaforme online di raccolta dei dati personali da siti (pubblici e privati) conferiti dagli interessati per specifiche finalità, si può ritenere che il rischio di un trattamento al di fuori del controllo imposto dal GDPR sia alto, sicché nel caso in cui, per la valutazione di eventuali distorsioni o discriminazioni, si renda necessario e indispensabile trattare dati personali, l'art. 10, 5° comma fissa specifici obblighi di protezione e sicurezza mirati a prevenire abusi, accesso a dati o trasferimenti non autorizzati riconfermando l'applicazione delle disposizioni del GDPR – e della dir. (UE) 2016/680, del reg. (UE) 2018/1725 –, con la previsione dell'obbligo di cancellazione dei dati dopo l'adozione della misura.

Le regole suddette valgono anche per i modelli di GPAI (General-purpose AI models) conosciuti anche come AI generativa, processo che utilizza i dati per elaborare nuo-

<sup>33</sup> Il controllo dell'affidabilità dei dati è principio espresso nei considerando dell'AI Act (cons.n. 1, 6), del DGA (cons. n. 3) e del DA (cons. n. 30) secondo il quale, in particolare, "i titolari dei dati dovrebbero garantire che i dati messi a disposizione del terzo siano tanto accurati, completi, affidabili, pertinenti e aggiornati quanto i dati ai quali il titolare stesso può essere in grado o avere il diritto di accedere in virtù dell'uso del prodotto connesso o del servizio correlato".

vi contenuti sfruttando le informazioni immesse in rete tramite l'uso di applicazioni o device (anche dallo stesso utente)<sup>34</sup>, oggi fonte di incertezze e diffidenza – come è emerso anche dagli interventi e dalle decisioni del Garante italiano della privacy – per la difficoltà di accertamento dei requisiti sopra descritti e per i rischi di perdita di controllo sui dati (anche personali) trasmessi<sup>35</sup>.

L'art. 53 (Obligations for providers of general-purpose AI models) prevede quindi, sotto questo profilo, ulteriori adempimenti anche di tipo documentale che attestino i caratteri del modello, il processo di training, di convalida e di prova, impone il rispetto di obblighi di accountability, di trasparenza, di informazione per i fornitori che intendono integrare nei loro sistemi il modello di AI c.d. “per finalità generali”, prescrive la stesura di un elenco pubblico dei modelli GPAI caratterizzati da rischio sistemico (art. 52) e il rispetto della normativa sul diritto d'autore e sulla protezione dei dati personali, con l'eccezione dei modelli a licenza libera e open source in cui i parametri devono essere resi pubblici.

Per i modelli di AI generativa che presentano una capacità di impatto elevato, individuati anche con il ricorso ad un criterio quantitativo (art. 51, n. 2), l'art. 51 introduce la categoria dei sistemi a “rischio sistemico”, assoggettati ad ulteriori processi di valutazione della conformità e del livello di rischio immesso, con protocolli e strumenti standardizzati (anche con adversarial testing), in cui è compresa la valutazione delle conseguenze delle decisioni, la registrazione degli incidenti gravi, la garanzia di un livello adeguato di cybersicurezza, la redazione di Codes of practice (art. 51).

Algoritmi, dati, potenza di elaborazione e piattaforme digitali (intese sia come attori del mercato e della società, sia come tecnologia) che generano i pool di big data su cui operano gli strumenti di cui si è detto costituiscono il terreno di interazione tra regolamenti sui dati e regolamento sull'intelligenza artificiale<sup>36</sup>. Pur essendo la normativa det-

---

<sup>34</sup> A proposito delle applicazioni della *Gen AI*, v., tra gli altri, BOTUNAC et al., *Opportunities of Gen AI in the Banking Industry with regards to the AI Act, GDPR, Data Act and DORA*, in *13th Mediterranean conference on embedded computing* (MECO), 11-14 June 2024, Budva, Montenegro. Le tecniche di *machine learning* sfruttano una grande massa di dati per il loro funzionamento e i *Large Language Models* vengono addestrati su enormi *dataset* di testo che permettono di svolgere attività quali *text analysis*, *sentiment analysis*, traduzione e riconoscimento vocale. Il modello, tuttavia, non “memorizza” i dati in modo diretto, ma piuttosto, costruisce rappresentazioni statistiche e relazionali delle informazioni generando risposte plausibili basate su schemi appresi, senza avere accesso diretto ai dati originali. Oltre all'addestramento, i modi chiave di interazione tra i GPAI e i dati sono rappresentati dalla generazione di contenuti, come testi, immagini o musica, basati sulle conoscenze apprese dai dati di addestramento con la conseguente capacità di combinare e rielaborare informazioni in modi creativi. I GPAI possono raccogliere e analizzare dati in tempo reale dalle interazioni con gli utenti, sia per adattare le risposte e migliorare l'esperienza con l'utente, sia per migliorare le prestazioni nel tempo dei modelli con l'aggiornamento della piattaforma. In entrambi occorre esercitare un controllo nella condivisione dei dati anche con garantire meccanismi di *feedback*.

<sup>35</sup> Prov. Garante Privacy italiano n. 112 del 30.3.2023.

<sup>36</sup> Sui rapporti tra il *Data Act* e le altre normative europee rilevanti v., tra gli altri, FERNANDEZ, *The Data Act: The next Step in Moving Forward to a European Data Space*, in *Eur. Data Prot. L. Rev.*, 2022, 108 ss., spec. 111.

tata nel regolamento frutto di un indirizzo strategico in tema di società digitale iniziato con lo sviluppo dell'ICT e di Internet, progredito con la data economy e pervenuto oggi, dopo una serie di risoluzioni rese sui profili giuridici ed etici dell'AI, alla creazione di un apparato regolatorio ad ampio raggio con l'obiettivo di affermare l'Europa come leader nel settore (art. 1 AI Act), si deve rilevare come appaia al momento incerta la capacità del regolamento di controllare i dati generati dagli algoritmi e circolanti tramite piattaforme all'interno di una società globalizzata dove i dati non viaggiano isolati, ma come parte di una massa, frutto di diverse elaborazioni e sulla quale coesistono più trattamenti. Inoltre, l'approccio risk-based, se si mostra coerente con l'intento di permettere quanto più possibile il rilancio delle imprese, descrive norme programmatiche che non sempre sono sufficienti ad esonerare da responsabilità chi si occupa dello sviluppo del software o valuta la categoria di rischio, adottando le misure prescritte atte a rimuoverlo senza poter contare su metodi di eliminazione del rischio residuo, con la conseguenza dell'incertezza sul controllo dei dati.

Resta aperta la questione dell'individuazione del regime di responsabilità per danni derivanti dall'uso dell'AI, rimesso attualmente alla legislazione di ciascun Paese<sup>37</sup>. Sotto quest'ultimo profilo, la proposta di direttiva sul tema della responsabilità civile all'esame delle istituzioni europee delinea un regime piuttosto complesso, sia sotto il profilo della formulazione delle norme, in cui sono presenti rinvii e eccezioni che non ne facilitano la lettura, sia sotto il profilo sostanziale, soprattutto con riguardo alla scelta del ricorso ad un sistema di presunzioni volte a facilitare l'onere della prova da parte del danneggiato condizionate alla mancata risposta del fabbricante alla richiesta di rivelare i requisiti di funzionamento del sistema che trovano giustificazione nell'esigenza di rilanciare l'innovazione e incentivare la produzione e lo scambio di prodotti e servizi basati sull'intelligenza artificiale, mantenendo un grado di tutela soddisfacente per il danneggiato.

Lo schema concettuale concepito nella bozza non è distante, riguardo alla presunzione di nesso di causalità, da quello dettato nella nuova direttiva prodotti (UE 2024/2853) che adegua le norme sulla responsabilità per danno da prodotto difettoso a prodotti come software, sistemi di AI o servizi digitali correlati a prodotti, pur prevedendo la proposta sulla responsabilità per danno da intelligenza artificiale una diversa articolazione del regime, basata su un sistema di presunzioni che alleggeriscono l'onere probatorio del

<sup>37</sup> Sul punto si rinvia ad un successivo approfondimento. *Ex aliis* e oltre agli autori citati in nota 1, v. il contributo al dibattito di C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile ed intelligenza artificiale: quali soluzioni per quali problemi?*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 1073, spec. 1088, che, in attesa della direttiva, predilige il criterio enunciato nell'art. 2050 c.c.; per uno sguardo critico sull'applicabilità delle norme interne vigenti v. BERTOLINI, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile. Problema, sistema, funzioni*. Bologna, 2025; a favore dell'idea secondo cui i sistemi di intelligenza artificiale dovrebbero essere considerati quali centri autonomi di imputazione della responsabilità ARNAUDO, PARDOLESI, *Ecce robot. Sulla responsabilità dei sistemi adulti di intelligenza artificiale*, in *Danno e resp.*, 2023, 409 ss. Recentemente per una ricostruzione delle questioni: CEREÀ, *Responsabilità civile e "sistemi intelligenti"*, Torino, 2024.

danneggiato per ragioni riconducibili alla complessità dei sistemi di intelligenza artificiale e per ovviare alla conseguente difficoltà di dimostrare che un determinato input abbia provocato un risultato (output) fonte di danno, pur restando l'individuazione dei criteri di accertamento della colpa rimessa alla legislazione dei singoli Paesi dell'UE.

L'identificazione di una disciplina in tema di responsabilità adeguata alle nuove tecnologie presenta criticità soprattutto sul piano dell'inquadramento sistematico e del grado di adattamento delle norme vigenti alle peculiarità delle situazioni generate dall'utilizzo sempre più esteso di sistemi di AI e di strumentazioni robotiche; gli interrogativi vertono sull'individuazione di profili di responsabilità oggettiva o di negligenza, sul coinvolgimento di soggetti a vario titolo partecipi del processo automatizzato (produttore, proprietario, utilizzatore), sulla imprevedibilità di eventi pregiudizievoli. Anche altri profili, come quelli riguardanti la circolazione dei dati e, in particolare, la natura giuridica del dato personale, i requisiti dei contratti stipulati tra le parti per l'uso di prodotti connessi alla rete e servizi correlati, la validità delle clausole inserite, soggette ad una regolamentazione specifica, destano interesse dal punto di vista classificatorio, suscitando spunti per una lettura integrata dei testi normativi e una razionalizzazione dei relativi contenuti alla luce delle nuove istanze economiche, sociali, culturali.

Pur nella difficoltà dell'individuazione di una disciplina compatibile con i nuovi paradigmi dettati dall'evoluzione tecnologica, emerge dal panorama normativo delineato a livello europeo la necessità urgente di cogliere le sfide lanciate nell'ambito del mercato digitale che, auspicabilmente con il contributo scientifico del giurista, dovranno necessariamente tradursi in scelte di politica legislativa orientate a permettere la condivisione dei benefici derivanti dal progresso scientifico e a garantire una sinergia tra innovazione e protezione dei diritti fondamentali da cui derivino vantaggi per l'intera collettività nel rispetto dei valori dell'ordinamento.

## ABSTRACT

L'articolo affronta il tema della circolazione dei dati e dei profili giuridici dell'uso dell'intelligenza artificiale nel mercato europeo attraverso la ricostruzione della normativa contenuta nei recenti regolamenti emanati in campo digitale, con attenzione alle relazioni tra le diverse discipline declinate. L'A. rileva come la stratificazione legislativa attuata nell'ambito della *Digital Economy* richieda una valutazione della portata applicativa delle norme introdotte alla luce delle categorie generali civilistiche.

*The paper examines the issue of data circulation and the legal profiles of the use of artificial intelligence in the European market through the reconstruction of the rules contained in the recent regulations issued in the digital field, with a focus on the relations between the different disciplines declined. The author highlights how the legislative stratification implemented in the Digital Economy requires an assessment of the applicative scope of the rules adopted in the light of the general civil law categories.*





# Criteriono di imputazione e risarcimento del danno nella responsabilità civile per illecito trattamento di dati personali



Mirko Faccioli

Prof. ass. dell'Università di Verona

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. Il criterio di imputazione della responsabilità. – 3. Il danno risarcibile. – 4. In particolare, il danno «immateriale». – 5. Conclusioni.

## 1. Introduzione

A trent'anni dall'introduzione della prima disciplina legislativa del fenomeno del trattamento dei dati personali, per la precisione avvenuta con la dir. 1995/46/CE, l'osservazione del ruolo *in subiecta materia* svolto dal profilo della responsabilità civile suscita stimolanti riflessioni<sup>1</sup>.

Tramite il formante giurisprudenziale, inizialmente fu proprio la necessità di rispondere alle esigenze di tutela contro condotte illecite lesive della *privacy* degli individui a porre le basi dell'elaborazione del diritto alla riservatezza nelle aule giudiziarie<sup>2</sup>. Con

---

<sup>1</sup> Analizzando l'argomento dalla specola del fatto illecito e della responsabilità, d'altro canto emerge pure che «il trattamento illecito dei dati personali costituisce un capitolo recente della riflessione, lunga ed estesa, sulla responsabilità civile [...]. Esso affonda le sue radici in un una precisa trama concettuale, la tutela risarcitoria dei diritti della personalità, che permette di ricostruirne gli elementi portanti già nella tradizione; è tuttavia intriso di un dinamismo naturale vuoi per la soggezione del tema alle repentine trasformazioni della c.d. società dell'informazione, vuoi per la stessa evoluzione normativa che ha caratterizzato la materia fino ad oggi» (PALMERINI, *Responsabilità da trattamento illecito dei dati personali*, in NAVARRETTA (a cura di), *Codice della responsabilità civile*, Milano, 2021, 2470).

<sup>2</sup> CUFFARO, *Risarcimento del danno e trattamento dei dati personali*, in *Enc. dir., I tematici*, VII, *Responsabilità civile*, Milano, 2024, 1360.

il sopraggiungere della normativa europea poco sopra menzionata, della successiva l. 31 dicembre 1996, n. 675 e dell'ancora più recente «Codice in materia di protezione dei dati personali» (volgarmente denominato “Codice *privacy*”) di cui al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196<sup>3</sup>, la responsabilità civile tuttavia perse la sua originaria rilevanza e finì per rappresentare soltanto una delle variegiate forme di tutela dei dati personali introdotte da una legislazione spiccatamente improntato a finalità preventive di gestione del rischio, che come noto si sono vieppiù accentuate con l'avvento, da ultimo, del reg. 2016/679/UE, «relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati», meglio conosciuto con l'acronimo inglese GDPR<sup>4</sup>. Proprio la disciplina della responsabilità civile dettata dall'art. 82 e dal 146° *considerando* di tale provvedimento, però, «determina il risultato affatto particolare di una sorta di ritorno alle origini dell'esperienza di tutela dei diritti della persona», la quale «è di nuovo affidata al formante giurisprudenziale con il compito di interpretare sul piano applicativo il significato della regola di responsabilità all'interno del plesso normativo che detta la disciplina del trattamento»<sup>5</sup>: è questo l'esito al quale conduce, in particolare, il *considerando* testé richiamato nel momento in cui recita che «il concetto di danno dovrebbe essere interpretato in senso lato alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia in modo tale da rispecchiare pienamente gli obiettivi del [...] regolamento».

A queste riflessioni va aggiunto il rilievo che l'art. 82 GDPR non può essere interpretato alla luce dei principi e delle categorie domestiche, in continuità con la disciplina previgente nonché con l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sviluppatasi attorno a quest'ultima<sup>6</sup>. Una siffatta impostazione, pur da taluno affacciata<sup>7</sup>, confliggerebbe difatti

<sup>3</sup> Come ricorda NAVONE, *Ieri, oggi e domani della responsabilità civile da illecito trattamento dei dati personali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 134 s., la l. n. 675/1996 nella sostanza si conformò ai contenuti della dir. 1995/46/CE, senza tuttavia menzionare espressamente il provvedimento comunitario, del quale pertanto non segnò il formale recepimento nell'ordinamento italiano. Ciò avvenne soltanto con il successivo d.lgs. n. 196/2003.

<sup>4</sup> CUFFARO, *op. cit.*, 1362 ss.

<sup>5</sup> Così, ancora, CUFFARO, *op. cit.*, 1367.

<sup>6</sup> Costituendo l'attuazione, per giunta scarna e frammentaria, di una direttiva europea, le norme previgenti erano naturalmente destinate ad integrarsi con la disciplina italiana della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, alla quale esse facevano, del resto, espresso riferimento tramite il rinvio all'art. 2050 c.c. in tema di responsabilità per l'esercizio di attività pericolose: v., anche per ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza conformi, NAVONE, *op. cit.*, 139 s., 150 s.; PALMERINI, *op. cit.*, 2479; BILOTTA, *La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali*, in PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*, Milano, 2019, 446.

<sup>7</sup> Cfr. SICA, *Art. 82. Diritto al risarcimento e responsabilità*, in D'ORAZIO – FINOCCHIARO – POLLICINO – RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Milano, 2021, 892 s.; RICCIO, *Art. 82. Diritto al risarcimento e responsabilità*, in RICCIO – SCORZA – BELISARIO (a cura di), *GDPR e normativa privacy. Commentario*, 2ª ed., Milano, 2022, 723 s.; Cass., 17 settembre 2020, n. 19328, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 142, con nota di SOLINAS, *Danno non patrimoniale e violazione del diritto alla protezione dei dati personali*.

con l'obiettivo di politica legislativa, manifestamente perseguito dall'Unione europea con il passaggio dallo strumento di armonizzazione costituito dalla direttiva a quello di uniformazione rappresentato dal regolamento<sup>8</sup>, di introdurre negli Stati membri una disciplina unitaria della materia che l'interprete, come ha di recente chiarito anche la Corte di Giustizia UE<sup>9</sup>, non è legittimato a rileggere e rimodellare alla luce delle specificità dei singoli ordinamenti nazionali<sup>10</sup>.

Di conseguenza, le invero tutt'altro che marginali ambiguità e lacune della disciplina dettata dalla norma in esame<sup>11</sup> devono essere affrontate guardando prima di tutto alle indicazioni provenienti dalla trama complessiva delle disposizioni contenute nel regolamento e alla giurisprudenza eurounitaria che si sviluppa *in subiecta materia* sotto la spinta dello strumento del rinvio pregiudiziale<sup>12</sup>. Il ricorso ai principi e alle categorie de-

---

<sup>8</sup> Sono, sul punto, assai significativi il 9° e il 13° *considerando* del GDPR: il primo evidenzia che, «sebbene i suoi obiettivi e principi rimangano tuttora validi, la direttiva 95/46/CE non ha impedito la frammentazione dell'applicazione della protezione dei dati personali nel territorio dell'Unione, né ha eliminato l'incertezza giuridica o la percezione, largamente diffusa nel pubblico, che in particolare le operazioni online comportino rischi per la protezione delle persone fisiche. La compresenza di diversi livelli di protezione dei diritti e delle libertà delle persone fisiche, in particolare del diritto alla protezione dei dati personali, con riguardo al trattamento di tali dati negli Stati membri può ostacolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione»; il secondo mette in luce che, «per assicurare un livello coerente di protezione delle persone fisiche in tutta l'Unione e prevenire disparità che possono ostacolare la libera circolazione dei dati personali nel mercato interno, è necessario un regolamento che garantisca certezza del diritto e trasparenza agli operatori economici, comprese le micro, piccole e medie imprese, offra alle persone fisiche in tutti gli Stati membri il medesimo livello di diritti azionabili e di obblighi e responsabilità dei titolari del trattamento e dei responsabili del trattamento e assicuri un controllo coerente del trattamento dei dati personali, sanzioni equivalenti in tutti gli Stati membri e una cooperazione efficace tra le autorità di controllo dei diversi Stati membri».

<sup>9</sup> V. in particolare le pronunce citate *infra*, nei par. 3 e 4.

<sup>10</sup> NAVONE, *op. cit.*, 151 ss.; CUFFARO, *op. cit.*, 1365 ss.; BILOTTA, *op. cit.*, 447; SALANITRO, *Illecito trattamento dei dati personali e risarcimento del danno nel prisma della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 429 s., 456 s.; SCOGNAMIGLIO, *Danno e risarcimento nel sistema del Rgpd: un primo nucleo di disciplina eurounitaria della responsabilità civile?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 1151 s.; ALONZO, *Il risarcimento del danno per violazioni del GDPR (art. 82 reg. Ue 2016/679). La tutela della persona nelle logiche del diritto privato regolatorio?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 601 ss.; CAMARDI, *Illecito trattamento dei dati e danno non patrimoniale. Verso una dogmatica europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 1137 s.; ID., *Note critiche in tema di danno da illecito trattamento dei dati personali*, in *Jus Civile*, 2020, 801; BUSET, *Ingiustizia del danno e anti-giuridicità del fatto nella responsabilità da trattamento di dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 1008 ss.

<sup>11</sup> Come efficacemente sottolinea PAGLIANTINI, *Rinvio pregiudiziale ed interpretazione adeguatrice (la narrazione del civilista)*, Milano, 2023, 190, «è [...] indiscutibile che stiamo ragionando di una disposizione che, senza l'innesto integrativo di norme complementari, difetta di un contesto regolativo che la riempia di contenuto. Non si può revocare in dubbio che, nella sua laconicità, l'art. 82 [...] troppo somiglia ad una norma in bianco dotata, per di più, di una filigrana adogmatica».

<sup>12</sup> SALANITRO, *op. cit.*, 430.

gli ordinamenti degli Stati membri non è da ritenersi peraltro precluso<sup>13</sup>, in particolare al fine di qualificare come contrattuale o aquiliana la natura della responsabilità contemplata dall'art. 82 GDPR<sup>14</sup>, ma solo a condizione che sia garantita, com'è stato efficacemente precisato, «la conservazione della corretta direzione di marcia: che è quella che parte dal regolamento e non dalla normativa italiana, dai principi e dalla *ratio* del primo, e non viceversa»<sup>15</sup>.

Sulla scorta di queste premesse, nei tempi più recenti la Corte di Lussemburgo ha quindi iniziato a integrare la disciplina della responsabilità civile per illecito trattamento di dati personali con una serie di incisive e pregnanti pronunce<sup>16</sup> che si sono in particolare concentrate sugli aspetti più complessi e controversi della materia, vale a dire il criterio di imputazione e il danno risarcibile<sup>17</sup>.

## 2. Il criterio di imputazione della responsabilità

Per comprendere appieno le questioni sollevate dal criterio di imputazione della responsabilità nel contesto dell'art. 82 GDPR occorre premettere che, sotto il profilo oggettivo, sono elementi costitutivi della medesima il trattamento illecito<sup>18</sup>, il danno conse-

<sup>13</sup> SALANITRO, *op. cit.*, 429; ALONZO, *op. cit.*, 606; Buset, *op. cit.*, 1014. È di diverso avviso NAVONE, *op. cit.*, 157 ss., secondo cui le questioni ermeneutiche suscitate dall'art. 82 GDPR potrebbero essere affrontate solamente stimolando l'intervento chiarificatore della Corte di Giustizia UE tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale.

<sup>14</sup> Per una più ampia analisi della questione v. *infra*, par. 5.

<sup>15</sup> Così CAMARDI, *Illecito trattamento*, cit., 1138, a puntualizzazione del rilievo secondo cui «la lettura e l'interpretazione del regolamento da parte del giudice italiano avvengono certamente a partire dal testo del regolamento, ma non senza l'apporto del diritto italiano e della dogmatica italiana».

<sup>16</sup> Sul punto v., peraltro, CUFFARO, *op. cit.*, 1368, il quale ritiene che, «esaminando le decisioni rese sinora dalla Corte di giustizia [...] vien [...] di osservare come l'attenzione delle quali sono state fatte oggetto possa apparire in parte sproporzionata. È certo innegabile che compete alla Corte mettere a fuoco la regola di responsabilità affinché trovi omogenea applicazione nell'ambito europeo e tuttavia è agevole constatare come gran parte delle soluzioni adottate nelle decisioni, lette in relazione alle specifiche questioni poste dalle concrete controversie, ben poco aggiungano a quanto l'interprete può ricavare da una lettura del precetto legale svolta all'interno del necessario contesto di riferimento. In altre parole, [...] sembra che le indicazioni ermeneutiche tratte dalla giurisprudenza della Corte piuttosto che disegnare nuovi scenari valgano più prosaicamente a confermare che è solo al testo del Regolamento che occorre aver riguardo».

<sup>17</sup> V., per tutti, CATERINA – THOBANI, *Il diritto al risarcimento dei danni*, in *Giur. it.*, 2019, 2805.

<sup>18</sup> Di «trattamento illecito» discorreva espressamente l'art. 23 dir. 1995/46/CE, mentre la disciplina interna previgente faceva riferimento al solo «trattamento» dannoso, che era comunque ritenuto dover essere illecito in via ermeneutica (PALMERINI, *op. cit.*, 2473; COMANDE, *Art. 15. Danni cagionati per effetto del trattamento. Comma 1°*, in C.M. BIANCA – BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al d. lgs. 20 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, I, Padova, 2007, 373 s.). Questa impostazione è ora confermata dall'art. 82 GDPR, che al riguardo parla di «una violazio-

guente e il nesso causale tra l'uno e l'altro: sulla scorta dell'art. 2697 c.c. (e al netto delle precisazioni di seguito formulate) incombe, quindi, sul danneggiato l'onere di provarne la sussistenza, pena il rigetto della domanda risarcitoria<sup>19</sup>.

Si deve ritenere che all'attore danneggiato sia peraltro sufficiente allegare l'illiceità del trattamento posto in essere dal convenuto<sup>20</sup>, quest'ultimo essendo tenuto, sulla base del principio di *accountability* che come noto innerva tutto l'impianto disciplinare del

---

ne del [...] regolamento», espressione da intendere estensivamente, alla luce del 146° *considerando*, sì da ricomprendere anche «il trattamento non conforme agli atti delegati e agli atti di esecuzione adottati in conformità del [...] regolamento e alle disposizioni del diritto degli Stati membri che specificano disposizioni del [...] regolamento» (BILOTTA, *op. cit.*, 448; RATTI, *La responsabilità da illecito trattamento dei dati personali*, in 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, 776 s.; GAMBINI, *Principio di responsabilità e tutela aquiliana dei dati personali*, Napoli, 2018, 48; ID., *Responsabilità e risarcimento nel trattamento dei dati personali*, in CUFFARO – D'ORAZIO – RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 1032).

<sup>19</sup> In questo senso v., anche alla luce degli orientamenti giurisprudenziali formatisi sulla disciplina previgente ma da considerare senz'altro attendibili anche con riguardo all'art. 82 GDPR, GAMBINI, *Principio*, cit., 88; ID., *Responsabilità*, cit., 1060 s.; THOBANI, *Art. 82. Diritto al risarcimento e responsabilità*, in BARBA – PAGLIANTINI (a cura di), *Delle persone. Leggi collegate*, II, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2019, 1233 s. Per quanto concerne l'onere della prova del danno subito dall'attore, v., inoltre, le pronunce della Corte di Lussemburgo richiamate *infra*, nei par. 3 e 4.

<sup>20</sup> Sembra accogliere tale impostazione anche Corte giust. UE, 14 dicembre 2023, C-340/21, VB c. *Natsionalna agentsia za prihodite* (in *Foro it.*, 2024, IV, 58, con note di RENNA, *I dati personali al sicuro: diritti, responsabilità, tutele*, e di RICCIO, *Danni non patrimoniali per violazione dei dati personali: verso un'alluvione giudiziaria?*; in *Resp. civ. prev.*, 2024, 1132, con nota di ALONZO, *Le interferenze tra liability e accountability nel regolamento sulla protezione dei dati personali*; in *Danno resp.*, 2024, 566, con nota di BRIGNOLO, *Violazione di dati personali: responsabilità e danni risarcibili*), quando afferma che «il principio di responsabilità del titolare del trattamento, enunciato all'art. 5, par. 2, del RGPD e concretizzato all'art. 24 di quest'ultimo, deve essere interpretato nel senso che, nell'ambito di un'azione di risarcimento fondata sull'art. 82 di tale regolamento, al titolare del trattamento di cui trattasi incombe l'onere di dimostrare l'adeguatezza delle misure di sicurezza da esso attuate ai sensi dell'art. 32 di detto regolamento» (cfr. BRIGNOLO, *op. cit.*, 570 s.) Parrebbero, tuttavia, militare in senso opposto quelle pronunce della Corte di giustizia UE nelle quali incidentalmente si riconosce che «gli interessati che hanno subito un danno a causa di una violazione del RGPD dovrebbero, nell'ambito di un'azione di risarcimento fondata sull'art. 82 di quest'ultimo, sopportare l'onere di dimostrare [...] l'esistenza di tale violazione e del danno che ne è derivato per loro» (Corte Giust. UE, 4 ottobre 2024, C-200/23, *Agentsia po vpvsvaniyata c. OL*) ovvero «farsi carico dell'onere di provare [...] l'esistenza di tale violazione e del danno che essi ne hanno subito» (Corte Giust. UE, 21 dicembre 2023, C-667/21, ZQ c. *Medizinischer Dienst der Krankenversicherung Nordrhein, Körperschaft des öffentlichen Rechts*), o, ancora, che «la persona che chiede il risarcimento di un danno immateriale sulla base di tale disposizione è [...] tenuta a dimostrare non solo la violazione del [...] regolamento, ma anche che tale violazione le ha causato un siffatto danno» (Corte giust. UE, 4 ottobre 2024, C-507/23, A c. *Patērētāju tiesību aizsardzības centrs*).

regolamento<sup>21</sup>, a dimostrare che il trattamento è invece rispettoso della legge<sup>22</sup>. Solo qualora il convenuto non riesca a fornire tale dimostrazione, quindi, assume rilievo il profilo dell'imputabilità della violazione normativa rimproverabile a suo carico<sup>23</sup>.

La disciplina di tale ultimo aspetto ha invero subito significativi cambiamenti nel corso del tempo, pur rimanendo sempre imperniata attorno alla previsione di un meccanismo di inversione dell'onere della prova in favore dell'attore danneggiato finalizzato a sollevare l'interessato dalle notevoli – se non insormontabili – difficoltà probatorie che incontrerebbe, anche in considerazione della complessità tecnologica della materia, laddove dovesse fornire in giudizio una completa ed analitica ricostruzione delle operazioni di trattamento di dati personali eseguite dalla controparte<sup>24</sup>.

In quest'ottica, l'art. 23, par. 2, dir. 1995/46/CE consentiva al convenuto<sup>25</sup> di andare esente da responsabilità fornendo la prova della non imputabilità dell'evento dannoso, espressione che alla luce del 55° *considerando* della direttiva, secondo cui tale prova poteva essere fornita «segnatamente [...] dimostra[ndo] l'esistenza di un errore della persona

<sup>21</sup> In argomento v., *ex plurimis*, CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2018, 1114 ss., che al principio di *accountability* accosta il concetto di *compliance* del trattamento per evidenziare che «l'uso di termini mutuati dall'esperienza delle organizzazioni aziendali e societarie rende [...] avvertiti del mutamento di prospettiva che connota il più recente intervento normativo e consente di registrare la peculiare valenza che è venuta ora a segnare la regolamentazione di questo ormai non marginale ambito dell'attività giuridicamente rilevante. La normativa di ultima generazione, della quale il Regolamento 2016/679 costituisce il più recente ma non ultimo esempio, tende dunque a focalizzare l'attenzione sulla struttura dell'attività di trattamento dei dati, seguendo quasi inconsapevolmente il medesimo percorso che in altri settori di rilievo economico, quali quello bancario e assicurativo, ha portato ad irrobustire l'approntamento di regole di condotta cui devono attenersi gli operatori, il rispetto delle quali vale in qualche misura a conformare l'attività di trattamento dei dati».

<sup>22</sup> Tale conclusione si fonda pure sul principio di vicinanza della prova e sulla considerazione del fatto che, diversamente opinando, l'attore potrebbe anche trovarsi a dover fornire la (pressoché impossibile a darsi) prova di un fatto negativo, come, per esempio, la prova di non avere prestato il consenso al trattamento. Per questi rilievi, cfr. THOBANI, *op. cit.*, 1234 s.; CATERINA – THOBANI, *op. cit.*, 2808; ALONZO, *Le interferenze*, cit., 1141 s.; NAVONE, *La costruzione dello statuto eurounitario del "danno immateriale": la prima pietra della Corte di giustizia*, in *Ordines*, 2024, 195; BERNES, *Dalla responsabilità civile alla responsabilità sociale d'impresa nella protezione dei dati personali: alla ricerca del rimedio effettivo*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, 666.

<sup>23</sup> Cfr. THOBANI, *op. cit.*, 1233, 1235; BRAVO, *Riflessioni critiche sulla natura della responsabilità da trattamento illecito di dati personali*, in ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Milano, 2019, 415.

<sup>24</sup> PALMERINI, *op. cit.*, 2498; GAMBINI, *Principio*, cit., 88; ID., *Responsabilità*, cit., 1060. Secondo BUSNELLI, *Il "trattamento dei dati personali" nella vicenda dei diritti della persona: la tutela risarcitoria*, in CUFFARO – RICCIUTO – ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati personali e tutela della persona*, Milano, 1998, 182 s., ad esigere «una tutela risarcitoria rafforzata» in favore dell'interessato sarebbero anche «i valori che vengono attentati, [...] espressione della dignità della persona umana», in conseguenza dell'illecito trattamento di dati personali.

<sup>25</sup> Da quella norma individuato nel responsabile del trattamento, figura oggi assimilabile, nell'ambito del GDPR, a quella del titolare del trattamento.

interessata o un caso di forza maggiore», sembrava destinata a configurare un'ipotesi di responsabilità oggettiva<sup>26</sup>.

Con una soluzione apprezzata da alcuni<sup>27</sup>, ma da altri stroncata come una «barocca [...] «trovata»»<sup>28</sup>, il nostro legislatore aveva recepito la norma di cui sopra con gli artt. 18 e 29, comma 9, l. n. 675/1996: il primo assoggettava «chiunque» cagionasse danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali all'obbligo del risarcimento «ai sensi» dell'art. 2050 c.c., mentre il secondo sanciva la risarcibilità del danno non patrimoniale nei casi di violazione della disciplina prevista dall'art. 9 l. cit. in tema di modalità di raccolta e requisiti dei dati; previsioni che furono poi riunite, senza variazioni degne di rilievo, nell'art. 15 del Codice *privacy*<sup>29</sup>. In questo modo, la ricostruzione del regime della responsabilità per illecito trattamento di dati personali aveva inevitabilmente finito per soffrire dell'incertezza che da sempre caratterizza l'individuazione del criterio di imputazione della responsabilità per esercizio di attività pericolose disciplinata dalla norma codicistica testé menzionata<sup>30</sup>

<sup>26</sup> THOBANI, *op. cit.*, 1230 s.; NAVONE, *Ieri, oggi e domani*, cit., 133; PARENZO, *Note sparse in tema di responsabilità da illecito trattamento dei dati personali (a partire da due premesse)*, in *Rass. dir. civ.*, 2024, 894.

<sup>27</sup> V., tra gli altri: SICA, *op. cit.*, 890, 892, che di fronte all'art. 82 GDPR ritiene doversi «esprimere non poco rimpianto per la soluzione testuale previgente, chiara in una doppia dimensione: il trattamento dei dati come «attività pericolosa», il richiamo dell'art. 2050 quale regola ispirata al rischio di impresa (e non mero meccanismo di inversione dell'onere della prova)»; RICCIO, *Art. 82*, cit., 723, il quale mostra di ritenere «corretto e coerente [...] il richiamo operato dal legislatore italiano all'art. 2050 c.c.»; NAVONE, *Ieri, oggi e domani*, cit., 136, il quale è dell'avviso che «il rinvio *per relationem* non esondasse dall'alveo dell'indirizzo comunitario» e condivide «l'idea secondo la quale il risultato ingiunto dall'art. 23 dir. 1995/46/CE fu, per così dire, «portato a casa» dalle discipline italiane di attuazione».

<sup>28</sup> PALMERINI, *op. cit.*, 2497. Di una «soluzione normativa [...] forzata e fonte di inutili complicazioni» aveva fin da subito parlato anche CASTRONOVO, *Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 674 s., secondo cui la scelta del nostro legislatore nacque da un «equivoco [...] evidente: si è reputato che una responsabilità con inversione dell'onere della prova non potesse avere nel nostro ordinamento altro modello da quello dell'art. 2050 [c.c.], che non potesse esserci cioè una siffatta responsabilità se non riferita alle attività pericolose come se un tale accostamento, operato dall'art. 2050 c.c., dovesse significare una metafisica implicazione biunivoca tra inversione dell'onere di prova e danno cagionato nello svolgimento di attività pericolose».

<sup>29</sup> V., per tutti, CUFFARO, *Risarcimento*, cit., 1361.

<sup>30</sup> Il rinvio all'art. 2050 c.c. aveva inoltre portato a chiedersi se il trattamento di dati personali fosse o meno da considerare un'attività *ex lege* pericolosa: la questione veniva per lo più risolta in senso negativo e soggiungendo che, ad ogni modo, propendere in un senso o nell'altro non presentava alcuna ricaduta applicativa, posto che in ogni caso il regime disciplinare della responsabilità da trattamento illecito rimaneva quello dettato dall'art. 2050 c.c. In argomento cfr., *ex multis*, CUFFARO, *Risarcimento*, cit., 1360; GAMBINI, *Principio*, cit., 68 ss.; ID., *Responsabilità*, cit., 1048 ss.; PALMERINI, *op. cit.*, 2497; CASTRONOVO, *op. cit.*, 675 ss.; FRANZONI, *Dati personali e responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 901 ss.; PELLECCCHIA, *La responsabilità civile per trattamento dei dati personali*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 223 ss.; AR. FUSARO, *Attività pericolose e dintorni. Nuove applicazioni dell'art. 2050 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1359 ss.; RUFFOLO, *Dati personali: trattamento e responsabilità*, in CUFFARO – RICCIO – ZENOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati personali*, cit., 281 ss.

in ragione della difficoltà di attribuire un significato univoco alla prova liberatoria di «avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno»: secondo alcuni, si sarebbe trattato di un'ipotesi di responsabilità oggettiva, alla quale l'autore del trattamento illecito avrebbe potuto sottrarsi solamente adducendo la prova del caso fortuito, della forza maggiore, del fatto del terzo o del danneggiato; un altro orientamento interpretava invece l'art. 15 del Codice *privacy* come una responsabilità c.d. aggravata imperniata sulla presunzione di colpa del convenuto, vincibile fornendo la prova di avere adottato le misure di diligenza normalmente adeguate ad evitare il danno e conformi alle prescrizioni normative e tecniche regolanti l'attività di trattamento di dati personali<sup>31</sup>.

Disponendo che il titolare o il responsabile del trattamento va esente da responsabilità «se dimostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile», l'art. 82, par. 3, GDPR segna un ritorno al passato, riprendendo e declinando in maniera più rigorosa la formulazione del criterio di imputazione originariamente impiegato dal legislatore europeo e senza aggiungere nulla nei *considerando*<sup>32</sup>. Che cosa questo concretamente significhi sul piano del regime della responsabilità per illecito trattamento di dati personali<sup>33</sup> è, però, oggetto di ampia discussione<sup>34</sup>.

Un primo orientamento riconduce la responsabilità in esame all'ambito della responsabilità oggettiva per rischio d'impresa<sup>35</sup>, incombente sul convenuto, quindi, fino

<sup>31</sup> Per una più ampia ricostruzione del dibattito sul punto, v. PALMERINI, *op. cit.*, 2498 ss.; GAMBINI, *Principio*, cit., 70 ss.; ID., *Responsabilità*, cit., 1050 ss.; COMANDÈ, *op. cit.*, 389 ss.; SERRAVALLE, *Il danno da trattamento dei dati personali nel GDPR*, Napoli, 2020, 11 ss.

<sup>32</sup> Al riguardo v., per tutti, PALMERINI, *op. cit.*, 2500: «il riferimento alla “imputabilità” del danno potrebbe a prima vista evocare la categoria che nell'ordinamento interno è regolata dall'art. 2046 c.c. [...]; ovvero alludere alla causalità tra evento dannoso e condotta del titolare. È sufficiente tuttavia un confronto con l'omologa previsione della direttiva 95/46/CE per comprendere che si tratta semplicemente di una scelta lessicale con cui, entrambe le volte, è stata tradotta la medesima espressione. Non si è di fronte pertanto all'intento di mutare il criterio originariamente individuato, bensì a quello di fissare una soglia molto rigorosa per la liberazione dalla responsabilità».

<sup>33</sup> Secondo CAMARDI, *Note critiche*, cit., 795, la questione del criterio di imputazione della responsabilità verrebbe in rilievo soprattutto con riguardo alle violazioni del GDPR concernenti la sicurezza dei dati piuttosto che il rispetto dei diritti dell'interessato: «in tali ultimi casi, infatti, l'imputazione della responsabilità al titolare del trattamento va da sé, nel senso che accertata in fatto la violazione della regola che impone la richiesta del consenso dell'interessato o che obbliga alla rettifica del dato o all'informazione, è più difficile immaginare che il titolare possa elaborare una dimostrazione di non imputabilità, trattandosi di condotte dovute e poste a base della legittimità del trattamento. A meno che il titolare non contesti proprio il compimento in quel caso della condotta che l'interessato lamenta in quanto illecita (ad esempio, avere effettuato il trattamento su altra base; avere già effettuato la rettifica, ecc.)».

<sup>34</sup> L'importanza della quale è, peraltro, significativamente ridimensionata da CUFFARO, *Risarcimento*, cit., 1367, secondo cui la disciplina dell'art. 82 GDPR «per come è enunciata e soprattutto per il contesto nel quale è collocata, rende in buona misura ultronea la distinzione tra responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva».

<sup>35</sup> Oltre alla dottrina citata nelle note successive, nel senso della responsabilità oggettiva si esprime anche Cass., 17 settembre 2020, n. 19328, cit., ravvisando – ma impropriamente: v. le con-



al limite del caso fortuito, della forza maggiore, del fatto del terzo<sup>36</sup> o della condotta del danneggiato<sup>37</sup>. In tal senso vengono richiamati diversi argomenti, quali, soprattutto: la natura esclusivamente imprenditoriale e professionale dei trattamenti disciplinati dal reg. 2016/679/UE, che invece esclude dal suo campo di applicazione i trattamenti effettuati da persone fisiche per l'esercizio di attività personali o domestiche; la prospettiva spiccatamente preventiva offerta dal principio di *accountability*, alla luce del quale «la responsabilità oggettiva del titolare del trattamento per tutte le lesioni “ingiuste” dei diritti e della posizione dell'interessato rappresenta il precipitato a valle di una visione a monte dell'attività del trattamento di dati personali organizzata normativamente come attività libera ma vigilata e soprattutto “responsabile”, ancor prima che qualunque *data breach* si verifichi concretamente, sulla base del menzionato approccio basato sul rischio»<sup>38</sup>; la rigorosa formulazione letterale della prova liberatoria contemplata dall'art. 82, par. 3, GDPR, che non menziona una colpa del convenuto alla quale non sarebbe plausibile attribuire rilievo in via ermeneutica<sup>39</sup>.

Osservando come «sarebbe poco coerente predisporre un sistema volto a obbligare chi tratta i dati ad adottare un apparato di misure e strumenti finalizzati non solo a garantire la liceità del trattamento, ma anche a dimostrare il rispetto delle prescrizioni normative,

---

siderazioni svolte *infra*, nel par. 1 – una linea di continuità tra il rinvio all'art. 2050 c.c. operato dalla disciplina previgente della materia (applicata *pro tempore* al caso di specie) e la formulazione dell'art. 82, par. 3, GDPR.

<sup>36</sup> Per una vicenda di questo tipo, v. Corte giust. Ue, 14 dicembre 2023, C-340/21, cit., la quale ha stabilito che il titolare del trattamento non può andare esente da responsabilità per il solo fatto che il danno deriva da una divulgazione non autorizzata di dati personali o da un accesso non autorizzato a tali dati da parte di terzi, dato che tale responsabile deve allora dimostrare che il fatto che ha provocato il danno in questione non gli è in alcun modo imputabile.

<sup>37</sup> Com'è stato correttamente osservato, in questa prospettiva l'autore del trattamento illecito non potrebbe avvalersi della limitazione di responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave prevista per le prestazioni professionali implicanti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà dall'art. 2236 c.c., tale disciplina essendo incompatibile con il criterio di imputazione della responsabilità di tipo oggettivo: BILOTTA, *op. cit.*, 462.

<sup>38</sup> È questo il passaggio centrale del pensiero di CAMARDI, *Note critiche*, cit., 796 s.

<sup>39</sup> Seppure con varietà di accenti, sono orientati in tal senso CAMARDI, *Note critiche*, cit., 794 ss.; SICA, *op. cit.*, 893; ALONZO, *Il risarcimento*, cit., 615; BILOTTA, *op. cit.*, 460 ss.; Buset, *op. cit.*, 1009, nt. 5; CALABRESE, *Il danno da “perdita di controllo dei dati personali” nel pensiero della Corte di Giustizia UE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 1114 s.; TOSI, *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale*, Milano, 2019, 111 ss.; ID., *Illecito trattamento dei dati personali, responsabilizzazione, responsabilità oggettiva e danno nel GDPR: funzione deterrente-sanzionatoria e rinascita del danno morale soggettivo*, in *Contr. impr.*, 2020, 1128 ss.; ID., *Circolazione dei dati personali tra contratto e responsabilità*, Milano, 2023, 142 ss. Nel vigore della disciplina previgente, una prova liberatoria di questo tipo è stata per esempio ravvisata nella peculiare situazione di omonimia e omocodia (identità di codice fiscale) di due persone diverse che aveva indotto il convenuto a confondere i due individui ed effettuare una segnalazione erronea ad un sistema di informazione creditizia (Cass., 13 maggio 2014, n. 10325, in *Foro it.*, 2015, I, 121 ss.).

e poi non ammettere che tale dimostrazione sia idonea a escludere la responsabilità», un altro orientamento invece considera quella in esame una responsabilità aggravata, ovverosia per colpa presunta. Alla stregua di tale soluzione, ritenuta anche maggiormente efficace sul piano preventivo, il convenuto potrebbe quindi andare esente da responsabilità dimostrando – oltre alle circostanze sopra menzionate, rilevanti nell’ottica della responsabilità oggettiva, pure – di avere adottato misure tecnico-organizzative adeguate in conformità agli obblighi previsti dal GDPR<sup>40</sup> in capo a quanti svolgono attività di trattamento di dati personali<sup>41</sup>, seppure con l’esclusione della rilevanza della mancanza di *culpa in eligendo* o in *vigilando* sul responsabile o su altri soggetti alle proprie dipendenze<sup>42</sup>.

Tale orientamento è stato di recente fatto proprio anche dalla Corte di giustizia UE, in quanto suffragato sia «dal contesto in cui si inserisce tale articolo 82» sia «dagli obiettivi perseguiti dal legislatore dell’Unione» con l’emanazione del GDPR. Dal primo punto di vista, è stato osservato che gli artt. 24 e 32 del regolamento «si limitano ad imporre al titolare del trattamento di adottare misure tecniche e organizzative destinate ad evitare,

---

<sup>40</sup> Alla stregua, in particolare, degli artt. 24, 25 e 32 del regolamento. Sulla rilevanza del criterio dell’adeguatezza nel giudizio di responsabilità *ex art. 82 GDPR* si sofferma anche BRAVO, *op. cit.*, 417, il quale ritiene che, «anziché utilizzare detto parametro come criterio per valutare la “diligenza” della prestazione nell’adozione delle misure di sicurezza, si potrebbe ricorrere ad un approccio diverso: stabilire quando le misure di sicurezza risultino “adeguate” vuol dire determinare quali siano i “contenuti” della prestazione richiesta e, dunque, il “risultato” (oggettivo) a cui parametrare la prestazione. [...] In altre parole, [...] i criteri proposti dal legislatore europeo per la valutazione di adeguatezza potrebbero essere utilizzati non quale parametro di valutazione della diligenza ma quale criterio utile per determinare, nella fattispecie concreta, quali siano i confini specifici dell’oggetto della prestazione richiesta al titolare del trattamento ed il cui mancato assolvimento genera una responsabilità [...], salvo la prova della non imputabilità in alcun modo dell’evento dannoso e della non imputabilità della prestazione».

<sup>41</sup> Cfr., per questa prospettiva, THOBANI, *op. cit.*, 1235 ss. e CATERINA – THOBANI, *op. cit.*, 2808 (cui appartengono anche le parole riportate nel testo); BARBIERATO, *op. cit.*, 2157; PARENZO, *op. cit.*, 896 ss.; GAMBINI, *Principio*, cit., 75 ss. e Id., *Responsabilità*, cit., 1053 ss., la quale osserva pure che «ulteriore conferma della ricostruzione proposta sembra [...] potersi trarre dal fatto che nelle disposizioni del nuovo Regolamento europeo, evidentemente non a caso, le tradizionali cause oggettive ed assolute di non imputabilità della forza maggiore o del fatto del danneggiato non sono segnatamente richiamate – come invece accadeva nella Direttiva 95/46/CE – ma sostituite dal generico riferimento ad un evento dannoso che non è in alcun modo imputabile al danneggiante». In senso critico nei confronti di tale ricostruzione, è stato peraltro osservare che «la valutazione dell’adeguatezza delle misure organizzative, più che attenere al criterio di imputazione della responsabilità, sembra costituire “a monte” elemento di esame dell’antigiuridicità della condotta stessa. In altre parole, ove il titolare del trattamento dimostri di aver adottato le misure più idonee a prevenire l’evento lesivo [...], allora non vi è nemmeno la violazione del regolamento sul piano oggettivo» (ALONZO, *Il risarcimento*, cit., 613 s.).

<sup>42</sup> E questo anche in conformità alle previsioni degli artt. 1228 e 2049 c.c.: cfr. SALANITRO, *op. cit.*, 449 s.; Cass., 4 aprile 2023, n. 9313, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 1131, con nota di RICCIO, *Dati personali e rimedi: diritti degli interessati e profili risarcitori*.

per quanto possibile, qualsiasi violazione di dati personali»<sup>43</sup> e che «un tale obbligo sarebbe messo in discussione se il titolare del trattamento fosse tenuto, in un secondo momento, a risarcire qualsiasi danno causato da un trattamento effettuato in violazione» del GDPR. Sotto il secondo profilo, è stato evidenziato come dalle considerazioni contenute dal 4° al 6° *considerando* del provvedimento traspaia che il medesimo «è volto a realizzare un equilibrio tra gli interessi dei titolari del trattamento di dati personali e i diritti delle persone i cui dati sono oggetto di trattamento» e che «un meccanismo di responsabilità per colpa accompagnato da un'inversione dell'onere della prova [...] consente proprio di garantire un siffatto equilibrio», mentre «un regime di responsabilità oggettiva non garantirebbe la realizzazione dell'obiettivo di certezza giuridica perseguito dal legislatore», come si evince dal 7° *considerando* del regolamento<sup>44</sup>.

La rigida alternativa tra responsabilità oggettiva e per colpa presunta fin qui illustrata, sebbene sia l'impostazione comunemente adottata nell'interpretazione dell'art. 82, par. 3, GDPR, non costituisce però l'unico approccio possibile al tema del criterio di imputazione della responsabilità per illecito trattamento di dati personali. Alla stregua di un ulteriore ed invero più persuasivo indirizzo ermeneutico, la formulazione letterale dell'art. 82, par. 3, GDPR in realtà esprimerebbe un criterio di imputazione variabile a seconda dei casi, in considerazione di elementi quali il contenuto – in termini di comportamento piuttosto che di risultato – dell'obbligo violato dal convenuto<sup>45</sup>, la tipologia dei dati trattati, lo stato delle conoscenze scientifiche del momento storico di riferimento e, specialmente, la gravità del rischio legato al trattamento, all'incrementarsi del quale

<sup>43</sup> Con la precisazione che «l'adeguatezza di siffatte misure deve essere valutata in concreto, esaminando se tali misure siano state attuate dal titolare del trattamento tenendo conto dei diversi criteri previsti dai menzionati articoli e delle esigenze di protezione dei dati specificamente inerenti al trattamento di cui trattasi nonché ai rischi indotti da quest'ultimo». Nello stesso senso, v. pure Corte giust. Ue, 14 dicembre 2023, C-340/21, cit., la quale ha pure stabilito che, al fine di valutare l'adeguatezza delle misure di sicurezza messe in campo dal titolare, una perizia giudiziaria non può, in ottemperanza al principio eurounitario di effettività, costituire un mezzo di prova sistematicamente necessario e sufficiente.

<sup>44</sup> Corte Giust. UE, 21 dicembre 2023, C-667/21, cit. Nello stesso senso si sono pronunciate: Corte giust. UE, 11 aprile 2024, C-741/21, *GP c. juris GmbH*, che sulla scorta di tale impostazione ha escluso che possa integrare la prova liberatoria richiesta dalla norma l'errore di un soggetto operante sotto l'autorità del titolare del trattamento; Corte Giust. UE, 4 ottobre 2024, C-200/23, cit., secondo cui non è sufficiente ad esonerare dalla responsabilità ex art. 82 GDPR, in quanto giuridicamente non vincolante in forza del diritto dell'Unione, un parere dell'autorità di controllo di uno Stato membro emesso sulla base dell'art. 58, par. 3, lett. b), GDPR; Corte giust. UE, 14 dicembre 2023, C-340/21, cit., sebbene solo in via implicita e senza affrontare espressamente la questione del criterio di imputazione della responsabilità in esame (BRIGNOLO, *op. cit.*, 570). Per un'approfondita analisi di queste pronunce, v. LOCATELLO, *Adeguate gestione del rischio e presunzione di colpa nell'imputazione del danno da illecito trattamento di dati personali*, in *Contr. impr.*, 2024, 1215 ss.

<sup>45</sup> Sul punto v., *amplius*, l'analisi condotta da SALANITRO, *op. cit.*, 438 ss.

soprattutto si giustificerebbe il passaggio dal meccanismo della colpa presunta<sup>46</sup> al modello della responsabilità oggettiva<sup>47</sup>. Sorregge convincentemente questa impostazione, in particolare, la possibilità di accostare l'espressione letterale adottata dalla norma in esame alla «causa [...] non imputabile» di cui all'art. 1218 c.c.<sup>48</sup>, la quale viene dalla più moderna dottrina per l'appunto interpretata come formula di rinvio ad una multiforme pluralità di criteri di imputazione dell'inadempimento del rapporto obbligatorio<sup>49</sup>: secondo questa prospettiva, difatti, si ritiene appropriato ricostruire diversamente, come colposo piuttosto che oggettivo, il fondamento della responsabilità contrattuale alla luce del modo in cui si atteggiavano gli elementi della fattispecie di volta in volta presa in considerazione, quali, principalmente, il contenuto e le caratteristiche della prestazione dovuta<sup>50</sup>, le qualità soggettive delle parti, la fonte del vincolo obbligatorio e l'allocazione in

<sup>46</sup> Con riguardo alla quale la dottrina in esame ritiene che, «per dare autonoma rilevanza alla disposizione che regola l'imputazione, [...] si potrebbe accogliere l'idea che l'esimente, essendo espressione di un modello regolativo sovranazionale, non debba essere vincolata alla concezione di colpa oggettiva consolidata nel nostro ordinamento, ma possa richiamare profili di soggettività secondo un modello di matrice tedesca. La genericità e la discrezionalità dell'intervento richiesto, infatti, potrebbero giustificare una regola, che dia rilievo all'esimente per errore scusabile, in qualche modo analoga a quella che secondo la giurisprudenza italiana sussiste in taluni casi ove ricorra una lesione degli interessi legittimi per violazione di norme a tutela dell'attività della pubblica amministrazione»: SALANITRO, *op. cit.*, 448.

<sup>47</sup> SALANITRO, *op. cit.*, 444 ss. Per un'impostazione non dissimile, v. pure PALMERINI, *op. cit.*, 2500 s., la quale in particolare ritiene che «nel passaggio al Regolamento sembra [...] essersi preservata la flessibilità della regola di imputazione, che appare preferibile anche in chiave di prevenzione dei danni. In ragione della rapidità con cui evolvono la capacità di aggressione alle banche dati e di intrusione nella sfera privata per un verso, e le corrispondenti tecniche di protezione per un altro verso, uno standard rigido di diligenza non costituirebbe un criterio efficiente; ma altrettanto inadeguata sarebbe una responsabilità di tipo oggettivo che potrebbe perdere di efficacia rispetto all'obiettivo della deterrenza. Il regime dettato appare invece strettamente correlato e funzionale alla nuova impostazione accolta dal regolamento sulla sicurezza: quella di un "concetto dinamico e relazionale", da rapportare in termini generali allo stato delle conoscenze, a loro volta da monitorare nel tempo; in termini particolari, alla tipologia dei dati trattati e alle operazioni compiute, nonché all'evoluzione dei rischi riguardanti il singolo trattamento».

<sup>48</sup> Senza che questo però influisca sull'inquadramento della natura della responsabilità in esame, sulla quale v. *infra*, par. 5.

<sup>49</sup> SALANITRO, *op. cit.*, 445, nt. 41, anche sulla scorta di un accenno di RATTI, *op. cit.*, 781.

<sup>50</sup> Sotto questo punto di vista è pertanto corretto attribuire rilievo alla tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, che invero la stessa giurisprudenza ha pienamente adottato per un lungo periodo per poi apparentemente declamarne l'abbandono attorno alla metà degli anni Duemila, senza però mai dismetterne effettivamente l'utilizzo nel periodo successivo, fino ad arrivare ai giorni nostri, nei quali la distinzione è stata dai nostri giudici pure ripresa e ripasmata nella strutturazione del giudizio sul nesso causale nella responsabilità per inadempimento delle obbligazioni di *facere* professionale. Il riferimento va al noto indirizzo sull'onere della prova del nesso causale nella responsabilità contrattuale medica inaugurato da Cass., 11 novembre 2019, n. 28991-28992, che si fonda sulla distinzione tra l'interesse primario che muove il creditore alla stipulazione del negozio (che ha per oggetto il miglioramento della salute o il con-

via negoziale del rischio delle sopravvenienze suscettibili di compromettere l'esecuzione del rapporto<sup>51</sup>.

### 3. Il danno risarcibile

Solamente menzionato dall'art. 23 dir. 1995/46/CE, il tema del danno risarcibile veniva più incisivamente affrontato dalla disciplina domestica previgente ricollegando espressamente alla responsabilità per illecito trattamento di dati personali la risarcibilità del danno non patrimoniale. È ora strutturato in termini non dissimili il GDPR, che nel par. 1 dell'art. 82 attribuisce il diritto al risarcimento a chiunque in tale vicenda subisca «un danno materiale o immateriale» e nel 146° *considerando* puntualizza, come già anticipato, che «il concetto di danno dovrebbe essere interpretato in senso lato alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia in modo tale da rispecchiare pienamente gli obiettivi del [...] regolamento» nonché che «gli interessati dovrebbero ottenere pieno ed effettivo risarcimento per il danno subito». Vanno pure considerati, poi, il 75° e l'85° *considerando* del regolamento, nel quale ultimo in particolare si legge che «una violazione dei dati personali può [...] provocare danni fisici, materiali o immateriali alle persone fisiche, ad esempio perdita del controllo dei dati personali che li riguardano o limitazione dei loro diritti, discriminazione, furto o usurpazione d'identità, perdite finanziarie, decifrazione non autorizzata della pseudonimizzazione, pregiudizio alla reputazione, perdita di riservatezza dei dati personali protetti da segreto professionale o qualsiasi altro danno economico o sociale significativo alla persona fisica interessata».

A fronte di siffatte previsioni, occorre innanzitutto chiedersi se per l'insorgenza di una pretesa risarcitoria ex art. 82 GDPR sia sufficiente l'illiceità del trattamento o sia an-

---

tenimento della patologia in atto) e l'interesse strumentale rilevante ai fini della delimitazione dell'oggetto dell'obbligazione (che mira alla corretta esecuzione della prestazione sanitaria): *ex plurimis* v., anche per ampi riferimenti alla giurisprudenza in materia, FRANCO, *La disputa intorno alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato si rinnova: dalla dogmatica al nesso di causalità. L'«esatto» adempimento e gli obblighi di protezione*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 94 ss.; PIRAINO, *Causalità e responsabilità contrattuale (tenzone tra un giudice e un professore). Parte II: La causalità materiale e obbligazioni di facere professionale*, in *Foro it.*, 2022, V, 327 ss.; RIZZO, *La causalità civile*, Torino, 2022, 72 ss.

<sup>51</sup> Su questi temi cfr., tra gli altri, ZACCARIA, *Obligatio est iuris vinculum... Lineamenti di diritto delle obbligazioni*, Torino, 2015, 59; VILLA, *Inadempimento contrattuale e risarcimento*, in *Trattato del contratto*, diretto da ROPPO, V, *Rimedi - 2*, 2ª ed., Milano, 2022, 1051 ss.; D'ANGELO, *Senso attuale e condizioni d'uso della disciplina generale delle obbligazioni*, in *Annuario del contratto 2009*, Torino, 2010, 93 ss.; CAGGIANO, *La prova liberatoria*, in MAGGIOLIO (a cura di), *Il regime probatorio nel giudizio sulla responsabilità per inadempimento*, Milano, 2022, 379 ss.; D'AMICO, *L'inadempimento in generale*, in *Trattato del diritto privato*, diretto da MAZZAMUTO, Vol. IV, *Le obbligazioni*, Tomo II, *L'inadempimento. Le vicende. Le specie*, Torino, 2024, 16 ss.; TORRENTE - SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 26ª ed. a cura di ANELLI e GRANELLI, Milano, 2023, 472 ss.

che necessaria la lesione di una qualche situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento in capo all'attore<sup>52</sup>.

La prima tesi è stata, in effetti, da taluno sostenuta facendo leva sull'autonomia e sulla specialità della disciplina in esame, che a differenza dell'art. 2043 c.c. non menziona il requisito dell'ingiustizia del danno<sup>53</sup> e in tal modo si presterebbe a svolgere, operando in seguito alla mera violazione della normativa sul trattamento dei dati personali, una funzione deterrente-sanzionatoria oltre che riparatoria del pregiudizio subito dalla vittima dell'illecito<sup>54</sup>. A sostegno di tale ricostruzione è stato inoltre richiamato l'85° *considerando* del GDPR, per evidenziare che il medesimo per lo più menzionerebbe «ipotesi che con una certa difficoltà si possono ricondurre alla nozione di “danno” come perdita di un'utilità giuridica» e costituirebbe «chiaro indizio dell'intenzione del legislatore europeo di considerare danno la semplice lesione della sfera giuridica dell'interessato»<sup>55</sup>.

La dottrina maggioritaria e la giurisprudenza praticamente unanime, dapprima nazionale e negli ultimi tempi anche europea<sup>56</sup>, sono però orientate in senso contrario sulla scorta di una nutrita serie di solidi argomenti.

<sup>52</sup> La questione si era in realtà posta anche con riguardo alla disciplina previgente, ma nel prosieguo del discorso si concentrerà comunque l'attenzione soltanto sull'art. 82 GDPR, posto che le riflessioni che saranno di seguito sviluppate potrebbero essere in larga misura impiegate per interpretare negli stessi termini anche le previsioni normative che hanno preceduto l'avvento del regolamento. Non appare superfluo evidenziare che il problema in esame viene in rilievo a prescindere dal fatto che si attribuisca alla responsabilità in discorso natura contrattuale piuttosto che aquiliana (in argomento v. *infra*, par. 5): sul punto v. PARENZO, *op. cit.*, 885.

<sup>53</sup> Riflette approfonditamente sul punto Buset, *op. cit.*, 1016 ss., il quale conclude la sua analisi affermando che (1031) «in definitiva, osservandola con disincanto, nella disposizione dell'art. 82 GDPR si ha agio di rinvenire una regola di responsabilità, tutt'altro che eccentrica, fondata sul modulo selettivo dell'antigiuridicità del fatto (in quanto tale): capace di soppiantare, e non già appena di affiancare, allorché inespreso, quello della ingiustizia del danno. La violazione di norme del Regolamento da parte del danneggiante è, in effetti, elemento costitutivo di fattispecie che il diritto positivo contempla in modo esplicito, assieme al danno(-conseguenza) e al nesso causale tra violazione e pregiudizio; mentre non vi è traccia di una obbligata lesione di interessi giuridicamente protetti del danneggiato».

<sup>54</sup> V., anche per ulteriori riferimenti di dottrina conforme, BILOTTA, *op. cit.*, 462 ss.; TOSI, *Responsabilità civile*, cit., 103 ss., 268 ss.; ID., *Illecito trattamento*, cit., 1133 ss.; ID., *Circolazione dei dati personali*, cit., 147 ss.; RAMACCIONI, *La protezione dei dati personali e il danno non patrimoniale*, Napoli, 2017, 190 ss.; THIENE, *Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo Regolamento europeo*, in *Nuove leggi. civ. civ. comm.*, 2017, 443 s.

<sup>55</sup> BILOTTA, *op. cit.*, 463 s.

<sup>56</sup> V., in particolare, Corte Giust. UE, 4 maggio 2023, C-300/21, *UI c. österreichische Post AG*, in *Foro it.*, 2023, IV, 268, con note di PALMIERI – PARDOLESI, *Mai futile il danno non patrimoniale da violazione della privacy (purché lo si provi!)*; di PAGLIANTINI, *Un altro palcoscenico della «guerra» tra le corti: il danno (immateriale) bagatellare dell'art. 82 Gdpr*; di FEDERICO, *«La tempesta perfetta»: ultime dalla Corte di Lussemburgo su danno (non patrimoniale) da illecito trattamento dei dati personali e possibili risvolti in tema di tutela collettiva*; in *Giur. it.*, 2024, 809, con nota di ROSSI, *Violazione dell'art. 82 GDPR: risarcimento del danno da illecito trattamento di dati*; in *Resp. civ. prev.*, 2023, 1971, con note di ALONZO, *La risarcibilità del danno «bagatellare» in materia di violazioni della normativa GDPR*,

Il primo osserva come dalla formulazione letterale dell'art. 82, par. 1, GDPR «emerge [...] che l'esistenza di un “danno” che sia stato “subito” costituisce una delle condizioni del diritto al risarcimento previsto da detta disposizione» e che, d'altro canto, la «menzione distinta di un “danno” e di una “violazione” [...] sarebbe superflua se il legislatore dell'Unione avesse ritenuto che una violazione delle disposizioni del regolamento in parola possa essere sufficiente, da sola e in ogni caso, a dare fondamento a un diritto al risarcimento». Anche dalla lettura del 75° e dell'85° *considerando* del regolamento, inoltre, si evince che «una violazione del GDPR non comporta necessariamente un danno e [...] deve esistere un nesso di causalità tra la violazione di cui trattasi e il danno subito dall'interessato per fondare un diritto al risarcimento»<sup>57</sup>.

A queste osservazioni, in linea con l'impostazione metodologica che considera il danno come una figura normativa<sup>58</sup> nonché con il consolidato principio del diritto domestico che riconosce la risarcibilità dei soli danni-conseguenza e non del mero danno-evento<sup>59</sup>, si accompagna la considerazione che, diversamente opinando, la somma erogata ai sensi dell'art. 82 GDPR abbandonerebbe la sua funzione propriamente riparatoria per assumere connotati sanzionatori contrastanti con la nozione stessa di risarcimento del danno<sup>60</sup>. E che questa sarebbe una inaccettabile forzatura del dato normativo lo conferma, sul piano sistematico, la disciplina degli artt. 77, 78, 83 e 84 GDPR, i quali prevedono strumenti di reazione e forme di tutela a fronte della violazione del regolamento che, prescindendo dal concretizzarsi di un danno individuale, perseguono finalità sanzionatorie e deterrenti che non possono essere pertanto attribuite alla responsabilità civile di cui all'art. 82 GDPR, diversamente incorrendosi in un'indebita sovrapposizione delle diverse tecniche di protezione dei dati personali approntate dalla legge<sup>61</sup>.

---

e BALDINI, *Danno da trattamento illecito di danni personali: non basta l'ingiustizia ma sono sufficienti danni conseguenza «bagatellari» (basta provarli)*.

<sup>57</sup> Sono parole di Corte Giust. UE, 4 maggio 2023, C-300/21, cit. Per analoghe considerazioni, v. pure Cass., 4 aprile 2023, n. 9313, cit., nonché, in dottrina, GAMBINI, *Principio*, cit., 121 ss.; ID., *Responsabilità*, cit., 1068 s.; BARBIERATO, *op. cit.*, 2158.

<sup>58</sup> E «in quanto tale suscettibile di essere ricostruita solo sulla base dei dati desumibili dal dato positivo di riferimento e, dunque, senza cedere a suggestioni di teoria generale che rischino di elidere il significato qualificatorio della disciplina normativa»: SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 1152 s.

<sup>59</sup> CAMARDI, *Illecito trattamento*, cit., 1139; SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 1154; NAVONE, *La costruzione*, cit., 182 s.; CUFFARO, *Risarcimento*, cit., 1369; REMOTTI, *Evento e danno nella responsabilità per trattamento di dati personali*, in *Pers. merc.*, 2023, 726 ss.

<sup>60</sup> THOBANI, *op. cit.*, 1242 s.; SERRAVALLE, *op. cit.*, 62.

<sup>61</sup> Corte Giust. UE, 4 maggio 2023, C-300/21, cit.; Corte Giust. UE, 25 gennaio 2024, C-687/21, *BL c. MediaMarktSaturn Hagen-Iserlohn GmbH*. Evidenzia questi aspetti anche PALMERINI, *op. cit.*, 2481 s., soggiungendo che «né sembra poter rovesciare queste conclusioni l'invito, contenuto nel *considerando* 146 del regolamento, a intendere in senso lato il concetto di danno: lungi dall'indicare una tendenza all'allentamento dei presupposti della responsabilità, esso costituisce piuttosto un monito sulla effettività del rimedio». In senso critico sul punto v., peraltro, CAMARDI, *Illecito trattamento*, cit., 1139 s., secondo cui «nello svolgimento di entrambi gli argomenti si avverte un certo schematicismo, e forse un eccesso di generalizzazione, che impedisce di distinguere le norme che popolano il GDPR in relazio-

Appurato che la responsabilità *ex art. 82 GDPR* presuppone il verificarsi di un danno cagionato dal trattamento illecito, da più parti si mette peraltro in evidenza la necessità di rinvenire un criterio selettivo dei pregiudizi risarcibili che, svolgendo una funzione analoga a quella nel nostro sistema assegnata alla clausola dell'ingiustizia del danno, eviti gli esiti iniqui e irrazionali ai quali potrebbe condurre l'impiego del solo requisito del nesso causale<sup>62</sup>. Che la tutela delle posizioni soggettive lese da un trattamento illecito non sia assoluta e incondizionata lo conferma, del resto, la lettura dei tre paragrafi dell'art. 1 GDPR, dai quali è possibile evincere come nel regolamento la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali degli individui venga sempre bilanciata con l'obiettivo di garantire e rafforzare la libera circolazione dei dati personali nell'Unione<sup>63</sup>.

Non appare però rispondere in maniera soddisfacente all'esigenza di cui sopra la tesi che ritiene potersi ricavare dal sistema l'esistenza di un generico "diritto alla protezione dei dati personali" alla violazione del quale ricollegare l'insorgere della responsabilità *ex art. 82 GDPR*<sup>64</sup>, perché «si capovolgono in tal modo i termini della questione, creando un diritto avente ad oggetto il rispetto delle regole di condotta, invece di analizzare tali regole al fine di individuare quali sono gli interessi protetti. Il c.d. diritto alla protezione

---

ne alle specificità dell'interesse protetto, o meglio in relazione alla natura del diritto dell'interessato che viene leso dal comportamento del titolare posto in violazione di quelle norme. [...] Alla stessa maniera, anche la distinzione prospettata rigidamente tra carattere compensativo del risarcimento del danno e carattere punitivo delle sanzioni amministrative, schematicamente articolata con riferimento implicito alla distinzione tra danno conseguenza (l'unico risarcibile, ancorché di minima entità ma pur sempre da provare) e danno evento (sanzionabile in funzione punitiva ma non risarcibile), lascia qualche insoddisfazione, perché accomuna entro rigide caselle concettuali precostituite la pluralità delle lesioni che il trattamento illecito dei dati può generare nella sfera della persona, e ne impedisce – potenzialmente – la effettiva e proporzionata protezione».

<sup>62</sup> Lo evidenzia REMOTTI, *op. cit.*, 730 s. Sull'insussistenza di ostacoli, sia logici che giuridici, che impediscano di rinvenire nell'ordinamento (non soltanto domestico) fattispecie nelle quali operano criteri di selezione dei danni risarcibili diversi dall'ingiustizia del danno, v. ampiamente Buset, *op. cit.*, 1018 ss.

<sup>63</sup> CAMARDI, *Illecito trattamento*, cit., 802 s.; ID., *Note critiche*, cit., 1140 s.; PARENZO, *op. cit.*, 887 s.; CUFFARO, *Risarcimento*, cit., 1365, il quale sottolinea, in particolare, che «il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità. [...] Dunque, bilanciamento degli interessi e proporzionalità appaiono i criteri di interpretazione e applicazione delle norme alla luce dei quali valutare quella "violazione del Regolamento" che nel dettato dell'art. 82 viene individuata come condotta che legittima la domanda di risarcimento».

<sup>64</sup> Per un'impostazione di questo tipo v., in particolare, PALMERINI, *op. cit.*, 2486 ss., secondo cui (2491 s.) «la figura del diritto alla protezione dei dati può essere intesa come punto di coagulo di un ampio spettro di ipotesi che non saprebbero altrimenti trovare uno sfondo concettuale più soddisfacente e, soprattutto, efficace sul piano della tutela assicurata. [...] Esso evita, per un verso, il proliferare di etichette occasionali, prive di agganci normativi e frutto dell'inventiva dell'interprete, suscettibili di moltiplicazioni ulteriori a scapito del bisogno reale di protezione; per un altro verso, esclude che si creino vuoti di tutela per il difetto di un *nomen* appropriato dell'interesse offeso».



dei dati personali non rappresenta infatti in sé un bene da tutelare, ma è strumentale alla tutela di altri interessi di natura sia individuale che superindividuale»<sup>65</sup>.

Sembra più appropriato, piuttosto, distinguere a seconda degli interessi tutelati dalla norma sul trattamento di volta in volta disattesa e concentrare l'attenzione sulle disposizioni che proteggono interessi individuali piuttosto che della generalità dei consociati. In questa prospettiva, un pregiudizio risarcibile dovrebbe essere in particolare riconosciuto, oltre che nelle ipotesi di violazione di una norma direttamente e primariamente posta a tutela di un interesse del singolo, nei casi di violazione di obblighi di adottare misure di sicurezza seguita dal concretizzarsi del rischio che l'obbligo mira a scongiurare e di violazione di disposizioni finalizzate a tutelare interessi del singolo, strumentali all'esercizio dei propri diritti individuali, alla quale conseguano la difficoltà o l'impossibilità di esercitare i diritti in parola: ragionando in questo modo, quindi, il risarcimento verrà correttamente escluso nelle ipotesi in cui, per esempio, alla profilazione non autorizzata non abbia fatto seguito l'assunzione di decisioni relative all'interessato, alla mancata adozione di misure volte ad impedire l'accesso ai dati da parte di terzi non autorizzati non sia seguito alcun accesso abusivo, o, ancora, la mancata comunicazione all'interessato degli estremi identificativi del responsabile del trattamento non abbia precluso o reso difficoltoso allo stesso l'esercizio dei propri diritti<sup>66</sup>.

#### 4. In particolare, il danno «immateriale»

Il discorso dev'essere ulteriormente approfondito con riguardo al danno non patrimoniale, figura attorno alla quale invero si incentra la grandissima parte delle pretese risarcitorie fondate sull'illecito trattamento di dati personali<sup>67</sup> e che del resto, come si è

<sup>65</sup> THOBANI, *op. cit.*, 1243, ove ulteriori citazioni di dottrina conforme. Sulla difficoltà di ricostruire l'esatta portata del "diritto alla protezione dei dati personali", v. pure BALDINI, *op. cit.*, 2003, nonché SALANITRO, *op. cit.*, 451 s., il quale evidenzia anche che «la questione si complica se, oltre al soggetto interessato al dato personale, si ritenga che la responsabilità per trattamento illecito tuteli anche i terzi, traendo argomento dal testo dell'art. 82 GDPR, il quale, soltanto in questa specifica disposizione, fa riferimento non alla persona interessata (come in tutte le altre disposizioni del regolamento), ma al "chiunque", quale soggetto titolare della legittimazione attiva, con formula che si ripete in tutte le versioni linguistiche». In questo senso è in effetti schierata un'ampia parte della dottrina (v., per esempio, GAMBINI, *Principio*, cit., 46 s.; Id., *Responsabilità*, cit., 1031; BARBIERATO, *op. cit.*, 2156), anche se non manca chi sostiene l'opposta tesi secondo cui soggetti diversi dall'interessato potrebbero agire solamente sulla base dell'art. 2043 c.c. e non sarebbero legittimati ad invocare l'art. 82 GDPR (BILOTTA, *op. cit.*, 455 s.; THOBANI, *op. cit.*, 1225).

<sup>66</sup> THOBANI, *op. cit.*, 1244 ss., alla cui ricostruzione sembra aderire anche PARENZO, *op. cit.*, 888.

<sup>67</sup> Il che evidentemente non esclude che l'illecito trattamento di dati personali possa cagionare danni patrimoniali, come, per esempio, la mancata concessione di un finanziamento conseguente all'illegittima segnalazione in centrale rischi, l'illegittima discriminazione nell'accesso a un posto di lavoro a seguito di profilazione, o la perdita di dati personali utili allo svolgimento dell'attività economica dell'interessato: v., *ex multis*, CATERINA – THOBANI, *op. cit.*, 2809.

già accennato, viene espressamente menzionato e qualificato come risarcibile, seppure impiegando il sintagma «danno immateriale», dall'art. 82 GDPR<sup>68</sup> nella scia della disciplina domestica previgente<sup>69</sup>. In questo modo, la normativa in materia di trattamento illecito di dati personali integra il rinvio ai «casi determinati dalla legge» previsto per la risarcibilità di questo tipo di pregiudizi dall'art. 2059 c.c., anche se alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale che ritiene il danno non patrimoniale risarcibile pure in presenza della lesione di diritti e interessi inerenti alla persona di rango costituzionale – ma sul punto si ritornerà più avanti – questo aspetto potrebbe non essere più così rilevante come in passato, se è vero che la protezione dei dati personali di principio rientra nell'ambito testé considerato<sup>70</sup>.

Proprio ragionando sulla tipologia di prerogative soggettive di natura non patrimoniale suscettibili di subire una lesione in seguito all'illecito trattamento di dati personali, occorre innanzitutto chiedersi se *in subiecta materia* sia sempre corretto applicare il principio dell'irrelevanza del danno-evento e della risarcibilità dei soli danni-conseguenza.

Tale soluzione appare in effetti adeguata quando ad essere violata è una regola di carattere tecnico-organizzativo funzionale a permettere all'interessato il controllo sulla circolazione dei propri dati personali tramite diritti di informazione, accesso, rettifica, reclamo, opposizione, e simili: in questi casi, cioè, sembra del tutto ragionevole condizionare la pretesa risarcitoria all'effettivo concretizzarsi di ripercussioni negative nella sfera personale dell'attore che non è affatto detto si producano nella varietà dei singoli casi concreti<sup>71</sup>. Quando però il trattamento illecito pregiudica senz'altro diritti fondamentali della persona di rilievo costituzionale, in particolare legati all'esplicazione della libertà, dell'identità e della dignità dell'individuo<sup>72</sup>, occorrerebbe secondo taluno riconoscere che il danno non patrimoniale risarcibile è *in re ipsa* in quanto consiste proprio nell'evento costituito dall'offesa alla persona, rispetto alla quale non sarebbero nemmeno con-

<sup>68</sup> L'utilizzo di questa terminologia, estranea alla tradizione del nostro ordinamento, si deve ad una traduzione acriticamente letterale delle versioni inglese e francese dell'art. 82 GDPR, nelle quali si discorre, rispettivamente, di «*material or non-material damage*» e di «*dommage matériel ou moral*»: RICCIO, *Art. 82*, cit., 726.

<sup>69</sup> Sulla quale v., per tutti, BARGELLI, *Art. 15. Danni cagionati per effetto del trattamento. Comma 2°*, in C.M. BIANCA – BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali*, cit., 410 ss.

<sup>70</sup> Sul punto v., *amplius*, SERRAVALLE, *op. cit.*, 67 ss.; BILOTTA, *op. cit.*, 465; GAMBINI, *Principio*, cit., 100 ss.; Id., *Responsabilità*, cit., 1072 ss.; ZECCHIN, *Molteplicità delle fonti e tutela dei diritti. Il danno non patrimoniale nella lesione della proprietà e dei dati personali*, in *Eur. dir. priv.*, 2022, 572 ss.

<sup>71</sup> Esempio paradigmatico di queste ipotesi è l'illecita diffusione del nominativo e dei dati di contatto dell'interessato, che per ottenere il risarcimento dovrà dimostrare di avere subito conseguenze e ulteriori attività lesive (per esempio, condotte persecutorie da parte di terzi o la ricezione massiva di materiale pubblicitario indesiderato) oppure che, per le peculiarità della vicenda, la mera diffusione dei propri dati è stata fonte di uno stato di ansia e apprensione meritevole di essere compensato con una somma di denaro.

<sup>72</sup> Come nei casi di illecita diffusione di dati attinenti allo stato di salute, alle vicende personali o ai precedenti giudiziari dell'interessato.

cepibili ulteriori conseguenze pregiudizievoli alle quali soltanto ricollegare l'insorgere del diritto al risarcimento<sup>73</sup>.

Tutto ciò, secondo altri, troverebbe conferma nella nostra giurisprudenza, che anche mediante l'impiego del meccanismo presuntivo non richiederebbe in realtà all'attore la prova di avere subito conseguenze dannose di natura non patrimoniale a fronte della lesione di beni quali l'onore, la reputazione, l'identità personale e l'intimità privata della persona, mentre al di fuori di questi casi subordinerebbe l'accoglimento della pretesa risarcitoria alla dimostrazione di avere effettivamente patito disagi, disturbi, sofferenze o perturbamenti di qualche tipo in seguito all'illecito trattamento<sup>74</sup>.

Sempre i nostri giudici, inoltre, sono fermi nel subordinare la riparazione del danno immateriale da illecito trattamento di dati personali ai requisiti, nei tribunali costantemente richiesti in tutte le ipotesi di danno non patrimoniale, della gravità della lesione della situazione soggettiva protetta e della serietà del pregiudizio patito dalla vittima dell'illecito, la mancanza dei quali si ritiene comporti l'irrisarcibilità dei danni c.d. bagatellari per l'operare del bilanciamento con il principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> CAMARDI, *Illecito trattamento*, cit., 1141 ss.; Id., *Note critiche*, cit., 804 s. Per considerazioni analoghe, v. pure ALPA, *Danno in re ipsa e tutela dei diritti fondamentali (diritti della personalità e diritto di proprietà)*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 13 s., nonché, in una prospettiva di carattere più generale, SIRENA, *Danno-evento, danno-conseguenza e relativi nessi causali. Una storia di superfetazioni interpretative e ipocrisie giurisprudenziali*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 68 ss.

<sup>74</sup> CATERINA - THOBANI, *op. cit.*, 2809; THOBANI, *op. cit.*, 1247 ss.; Id., *Il danno non patrimoniale da trattamento illecito dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 2017, 427 ss., ove tra le altre cose si osserva (453) che «la duplice nozione di danno che emerge dalla giurisprudenza potrebbe giustificarsi sulla base di una valutazione di normalità sociale in merito alla sussistenza di ripercussioni negative sul danneggiato in termini di sofferenze, disagi o fastidi. Vi sono alcuni valori attinenti alla tutela dell'individuo – come, per l'appunto, i diritti della personalità tradizionalmente intesi – cui la coscienza sociale attribuisce una importanza tale da potersi ritenere sedimentata nella comune sensibilità la percezione che la lesione degli stessi provochi disagi, fastidi e turbamenti, senza che ci sia bisogno di alcuna dimostrazione in proposito. Tale valutazione di normalità sociale è in questo caso così forte da condurre all'affermazione che il danno è *in re ipsa* nella lesione in sé del valore tutelato. [...] Diversa è invece la situazione con riguardo agli altri interessi tutelati dalla normativa in materia di protezione dei dati personali. [...] Anche laddove le norme in questione tutelano direttamente un interesse del singolo, questo non significa che in caso di violazione di tale interesse vi sia necessariamente anche un danno. Come emerge dalla giurisprudenza, occorre che a tal fine si verifichi una qualche modifica peggiorativa dell'esistenza dell'individuo in termini di disagi e fastidi».

<sup>75</sup> Per ampi riferimenti sul punto v., *ex multis*, NAVONE, *Ieri, oggi e domani*, 140 ss., il quale peraltro evidenzia che «al di là delle enunciazioni di principio e delle formule ricorrenti nelle massime, si assiste ad un processo di commistione/indistinzione tra i due criteri selettivi. Più precisamente, nelle ipotesi in cui sia stata accertata l'effrazione di un diritto inviolabile della persona, è chiara la propensione degli operatori pratici a invertire i termini del ragionamento e ad inferire per illazione la gravità (o non gravità) della lesione del diritto dalla serietà (o non serietà) dei pregiudizi che da essa conseguono; e, per riverbero, ad "abrogare" surrettiziamente il primo filtro assorbendolo di fatto nel secondo. Sul piano della prassi, infatti, il tutto tende ad esaurirsi nell'irricevibilità di

Sebbene condivisa da diversi studiosi<sup>76</sup>, tale impostazione è stata criticata sotto due diversi punti di vista: da un lato e in termini generali, per voler ricavare da un invero improprio richiamo al principio costituzionale di solidarietà<sup>77</sup> l'inaccettabile esito di reputare tollerabili, entro una certa soglia, le violazioni di diritti in realtà costituzionalmente inviolabili o comunque espressamente qualificati dalla legge come risarcibili ai sensi dell'art. 2059 c.c.<sup>78</sup>; dall'altro lato e con specifico riguardo al nostro ambito d'indagine, per rimodellare in via interpretativa alla luce dei principi del diritto nazionale il significato di una norma contenuta in un regolamento europeo, come tale insuscettibile di essere sottoposta a simili operazioni ermeneutiche<sup>79</sup>.

Proprio facendo leva su quest'ultimo argomento, oltre che sull'assenza della menzione di una soglia di consistenza del pregiudizio da risarcire nell'art. 82 GDPR<sup>80</sup> e sull'invito ad interpretare in senso ampio il concetto di danno contenuto nel 146° *considerando* del regolamento, pure la Corte di giustizia UE ha recentemente precisato che è incompatibile con la disposizione *de qua* una norma o una prassi nazionale che subordini il

---

pretese risarcitorie avanzate a fronte di "disutilità" non patrimoniali minime; ossia, meri disagi, ansie o fastidi che, a seguito di una valutazione social-tipica, sono reputati di poco conto».

<sup>76</sup> CATERINA – THOBANI, *op. cit.*, 2810; THOBANI, *Art. 82*, cit., 1251; BARBIERATO, *op. cit.*, 2158 s.; GAMBINI, *Principio*, cit., 107 ss.; Id., *Responsabilità*, cit., 1071 s.; BARGELLI, *op. cit.*, 419 ss.

<sup>77</sup> Il bilanciamento del quale con la tutela dei diritti della persona violati è criticabile pure sotto il profilo metodologico, perché pretende di bilanciare valori o interessi positivamente connotati sul piano individuale con un dovere, quello scaturente dall'art. 2 Cost., non direttamente riconducibile né all'alveo di un altro interesse individuale contrapposto né tantomeno a quello di un interesse generale del quale beneficerebbe anche il titolare del diritto sacrificato. Il vero è che, se davvero dovesse assumere rilievo nella materia in esame, il principio di solidarietà dovrebbe portare ad imporre all'autore dell'illecito l'obbligo di attivarsi per tutelare gli interessi della vittima, non ad obbligare quest'ultima a tollerare la lesione subita sotto una certa soglia come invece sostiene la nostra giurisprudenza.

<sup>78</sup> Sotto questo punto di vista, alle riserve circa il richiamo al principio di solidarietà formulate nella nota precedente si aggiunge il rilievo che siffatta operazione ermeneutica appare ancor più discutibile quando trasposta dalla giurisprudenza, in maniera invero forse anche non del tutto consapevole, dall'ambito della lesione di diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione a quello in cui, come avviene anche nell'ipotesi che ci interessa, la risarcibilità del danno non patrimoniale è espressamente prevista dalla legge.

<sup>79</sup> Cfr., per questi rilievi e quelli di cui alle note precedenti, TOSI, *Responsabilità civile*, cit., 229 ss.; Id., *Illecito trattamento*, cit., 1135 ss.; Id., *Circolazione dei dati personali*, cit., 149 ss.; SERRAVALLE, *op. cit.*, 84 s.; BRAVO, *Il principio di solidarietà in materia di protezione dei dati personali nelle decisioni del Garante e della Corte di cassazione*, in *Contr. impr.*, 2023, 426 ss.; VIGLIANISI FERRARO, *Danno da illegittimo trattamento dei dati personali, tra "inasprimento sanzionatorio" europeo ed "interpretazioni restrittive" della giurisprudenza italiana*, in *Riv. dir. priv.*, 2020, 85 ss.

<sup>80</sup> Come evidenzia NAVONE, *La costruzione*, cit., 186, dietro questo richiamo «è difficile non scorere l'impiego di una classica tecnica di costruzione di norme inespressive. Più precisamente, della tecnica dell'argomento *a contrario* in funzione costruttiva. Nella specie, infatti, si assume che il legislatore europeo ha detto esattamente ciò che intendeva dire (*ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit*), sicché ciò che non ha detto, evidentemente, non intendeva dirlo, giacché, se avesse voluto dirlo, l'avrebbe detto».

risarcimento del danno da illecito trattamento di dati personali alla condizione che il pregiudizio subito dall'interessato abbia raggiunto un certo grado di gravità. Applicando il criterio della soglia *de minimis*, ha aggiunto la Corte di Lussemburgo, si correrebbe il rischio di subordinare la risarcibilità del danno non patrimoniale alle valutazioni dei singoli giudici nazionali, così pregiudicando l'obiettivo del regolamento di assicurare un livello coerente ed elevato di protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali in tutta l'Unione<sup>81</sup>.

Nella prospettiva del diritto europeo, dev'essere sottolineato che la c.d. *de minimis rule* è accolta da diversi sistemi giuridici nazionali<sup>82</sup> ed era stata invero recepita, con riferimento anche all'area del danno patrimoniale, pure dall'art. VI. – 6: 102 del *Draft Common Frame of Reference*, ciò che potrebbe costituire un aspetto critico della soluzione propugnata dalla Corte di Lussemburgo<sup>83</sup>.

Nondimeno, richiamando sostanzialmente gli argomenti che sono stati poco sopra riportati, unitamente al rilievo della compatibilità di tale lettura con la formulazione letterale dell'art. 82 GDPR nonché con la menzione della «perdita del controllo dei dati personali» nell'85° *considerando* del regolamento, la medesima ha altresì stabilito che può di per sé costituire danno immateriale risarcibile anche il timore di un solo potenziale utilizzo abusivo dei propri dati personali da parte di terzi nutrito dall'attore in seguito alla violazione del regolamento, purché il giudice nazionale ne verifichi la fondatezza in relazione alle circostanze specifiche e nei confronti dell'interessato<sup>84</sup> e con esclusione delle ipotesi in cui l'eventualità del suddetto utilizzo abusivo concretamente costituisca solo «un rischio puramente ipotetico»<sup>85</sup>. Com'è stato osservato in dottrina, il risarcimento del danno di cui si discute non dovrebbe, quindi, poter essere accordato sulla base del mero apprezzamento soggettivo dell'interessato, come tale mutevole in dipendenza anche di fattori caratteriali, ma solo sulla scorta della verifica di comprovabili elementi oggettivi che rendano effettivo e concreto il rischio paventato dall'attore, eventualmente anche sulla base di una valutazione social-tipica delle conseguenze dannose della violazione subita<sup>86</sup>.

Le surriferite indicazioni della Corte di giustizia UE circa l'irrelevanza della gravità del danno dovranno essere naturalmente recepite dalla nostra giurisprudenza, che non

<sup>81</sup> V., tra le altre, Corte Giust. UE, 4 maggio 2023, C-300/21, cit.; Corte Giust. UE, 14 dicembre 2023, C-456/22, VX, AT c. *Gemeinde Ummendorf*.

<sup>82</sup> Tra i quali possono essere menzionati, oltre al nostro, quello tedesco e quello austriaco.

<sup>83</sup> SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 1156 s.

<sup>84</sup> Corte Giust. UE, 14 dicembre 2023, C-340/21, cit. V. pure Corte Giust. UE, 4 ottobre 2024, C-200/23, cit., secondo cui una perdita del controllo di durata limitata, da parte dell'interessato, sui suoi dati personali può essere sufficiente a cagionare un danno immateriale risarcibile, purché tale persona dimostri di aver effettivamente subito un siffatto danno, per quanto minimo, ma senza che tale nozione di danno immateriale richieda la dimostrazione che sussistono ulteriori conseguenze negative tangibili.

<sup>85</sup> Così Corte Giust. UE, 25 gennaio 2024, C-687/21, cit.

<sup>86</sup> RICCIO, *Danni non patrimoniali*, cit., 82; SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 1157.

potrebbe certo invocare la teoria dei c.d. controlimiti costituzionali al fine di sottrarvisi<sup>87</sup>. Ed invero, la prima pronuncia della Suprema Corte sull'art. 82 GDPR sembra essersi in qualche misura orientata in questa direzione, confermando la condanna al risarcimento del danno immateriale emessa nei confronti di un Comune che aveva pubblicato per sole 24 ore sul proprio sito istituzionale i dati identificativi di una lavoratrice pignorata del quinto dello stipendio e affermando, in motivazione, che la vittima dell'illecito trattamento di dati personali può ottenere il risarcimento di qualunque danno abbia patito, anche qualora la lesione sia soltanto «marginale»<sup>88</sup>.

Non ci si può nascondere, peraltro, che in questo modo si smarrisce la coerenza del sistema ordinamentale, perché il danno immateriale da illecito trattamento di dati personali finisce per godere di una tutela più intensa, in quanto non subordinata al filtro della gravità, di quella riservata a tutte le altre ipotesi di danno non patrimoniale<sup>89</sup>. E se questa peculiarità potrebbe da un lato giustificarsi per la specialità e per il posizionamento nell'ambito delle fonti del diritto dell'art. 82 GDPR, dall'altro potrebbe suscitare il dubbio di innescare disparità di trattamento costituzionalmente illegittime e pertanto indurre la nostra giurisprudenza a eliminare il presupposto della gravità da tutte le fattispecie di pregiudizio non patrimoniale<sup>90</sup>, anche in considerazione delle critiche, sopra richiamate, che l'introduzione di quel requisito ha sempre attirato su di sé.

Sotto un ulteriore punto di vista, va poi sottolineato che, al fine di scongiurare il pericolo di un'«alluvione giudiziaria» di pretese risarcitorie pretestuose cagionato da-

<sup>87</sup> Lo sottolinea PAGLIANTINI, *Un altro palcoscenico*, cit., 290 s., evidenziando che «qualunque declinazione voglia loro darsi, i controlimiti si nutrono invero del significato di un primato delle garanzie nazionali sui diritti fondamentali, non sul significato opposto di un limite scongiurante il materializzarsi di un possibile abuso del rimedio risarcitorio».

<sup>88</sup> Sebbene confermando, anche in questa prospettiva, che comunque «il diritto al risarcimento non si sottrae alla verifica della gravità della lesione e della serietà del danno»: Cass., 12 maggio 2023, n. 13073, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 1125, con nota di RICCIO, *Dati personali e rimedi: diritti degli interessati e profili risarcitori*; in *Resp. civ. prev.*, 2024, 496, con nota di Buset, *I filtri selettivi del danno non patrimoniale risarcibile alla prova dell'art. 82 GDPR*.

<sup>89</sup> Come sottolinea NAVONE, *La costruzione*, cit., 188, alla luce di tale distonia «l'espressione "danno immateriale", sebbene sia il frutto di una traduzione (persino troppo) letterale della locuzione inglese "non-material damage", si sta comunque rivelando utile. Col senno di poi, possiamo considerarla come il prodotto di una *felix culpa* del traduttore, in quanto vale a rendere d'immediata percezione la matrice squisitamente europea di tale tipologia di danno e a segnalarne l'autonomia».

<sup>90</sup> SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 1156 s.; PAGLIANTINI, *Un altro palcoscenico*, cit., 291 s.; NAVONE, *La costruzione*, cit., 189, che con riferimento al più generale contesto europeo ritiene «ben possibile [...] che le predette questioni d'illegittimità siano prevenute dai giudici nazionali, allineando l'interpretazione delle norme interne ai canoni ermeneutici dettati dalla Corte di Lussemburgo per l'art. 82. E, se così sarà, la specie del danno immateriale produrrà una sorta di *coattail effect*, un effetto di trascinamento di grandissimo rilievo: l'uniformazione europea "dal basso", cioè in via giurisprudenziale, dell'intero genere del danno non patrimoniale».

gli orientamenti della Corte di Lussemburgo<sup>91</sup>, eventualmente anche aggregate tramite forme di tutela risarcitoria collettiva<sup>92</sup>, occorrerà prestare particolare attenzione al soddisfacimento dell'onere della prova circa il danno non patrimoniale sofferto incombente sull'attore<sup>93</sup> nonché sul collegato profilo della quantificazione del risarcimento dovutogli.

Sotto il primo aspetto<sup>94</sup>, da sempre si ritiene che, in virtù della sua stessa sfuggente ed impalpabile natura, il danno non patrimoniale possa essere provato tramite presunzioni, a condizione che vengano adeguatamente indicati dal danneggiato tutti gli elementi necessari per ricostruire la serie concatenata dei fatti noti che permettono al giudice di risalire al fatto ignoto<sup>95</sup>. Anche ricorrendo a questo meccanismo inferenziale, però, appare alquanto difficile stabilire, una volta accantonato il requisito della gravità del danno lamentato dall'attore, la soglia a partire dalla quale si passa dall'allegazione di un mero sentimento di irritazione e fastidio, come tale irrilevante, alla dimostrazione di un autentico pregiudizio immateriale risarcibile ai sensi dell'art. 82 GDPR, l'apprezzamento del quale sarà comunque largamente rimesso alla discrezionalità del giudice così come lo sarebbe stato con il parametro della gravità<sup>96</sup>. L'impressione è, allora, che forse, quantomeno

<sup>91</sup> L'espressione riportata nel testo è di RICCIO, *Danni non patrimoniali*, cit., 76.

<sup>92</sup> V., sul punto, le riflessioni di FEDERICO, *op. cit.*, 295 s.; ALONZO, *La risarcibilità*, cit., 1984; CAMARDI, *Note critiche*, cit., 809 ss.; NAVONE, *La costruzione*, cit., 187. Invita a non sopravvalutare tale aspetto, invece, SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 1157 s., osservando che «pur essendo certamente vero che le azioni di classe sono ontologicamente funzionali a rendere più facilmente esperibile la tutela risarcitoria a fronte di danni di modesta entità e che, come tali, non renderebbero conveniente al singolo danneggiato l'azione individuale in giudizio, è anche vero che il danno non patrimoniale riferibile al singolo appartenente alla classe dovrà in ogni caso essere dimostrato».

<sup>93</sup> La precisazione che l'interessato è tenuto a dimostrare di aver sofferto il danno immateriale di cui pretende il risarcimento ai sensi dell'art. 82 GDPR compare nella quasi totalità delle pronunce della Corte di Giustizia UE in materia, facendo spesso da contraltare rispetto all'affermazione dell'irrelevanza della soglia *de minimis* di gravità del pregiudizio sofferto e dando l'impressione che la Corte voglia in qualche modo “togliere con la sinistra” (sul piano dell'onere della prova) e “ridare con la destra” (sul piano dell'irrelevanza della gravità del danno subito): cfr. PALMIERI – PARDOLESI, *op. cit.*, 284; CUFFARO, *Risarcimento*, cit., 1369.

<sup>94</sup> Sul quale v., in generale, MAIETTA, *La prova del danno da illecito trattamento di dati personali*, Bari, 2023.

<sup>95</sup> Cfr. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 1155; GAMBINI, *Principio*, cit., 113 s.; ID., *Responsabilità*, cit., 1075; PALMERINI, *op. cit.*, 2496 s.; RICCIO, *Art. 82*, cit., 728; SOLINAS, *op. cit.*, 146. Si è spinta invece oltre l'isolata pronuncia di Cass., 4 giugno 2018, n. 14242 (in *Giur. it.*, 2019, 41, con nota critica di THOBANI, *Il danno non patrimoniale da trattamento di dati tra danno presunto e danno evento*), secondo cui i danni non patrimoniali da illecito trattamento di dati personali sarebbero da considerarsi *in re ipsa*, a meno che il danneggiante non dimostri che essi non vi sono stati, o che si tratta di un pregiudizio irrilevante o bagatellare, o ancora che il danneggiato ha tratto vantaggio dall'illecito trattamento (negli stessi termini v., in dottrina, AGRIFOGLIO, *Risarcimento e quantificazione del danno da lesione della privacy: dal danno alla persona al danno alla personalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, spec. 1295 ss.).

<sup>96</sup> Al che «la domanda, forse impertinente ma ineludibile, diventa allora la seguente: se è periglioso rimettere ai giudici nazionali trascegliere sulla scorta di un parametro tarato sul grado di

sotto il profilo probatorio, la distanza tra la posizione della Corte di giustizia UE e quella della nostra giurisprudenza, seppure «netta sotto il profilo teorico-concettuale (per la prima è in astratto risarcibile tutto ciò che è “danno”, mentre per la seconda il “danno”, ancorché tale, è risarcibile soltanto se supera una certa soglia di gravità), potrebbe risultare sensibilmente attenuata in una prospettiva empirico-fenomenica (ciò che in concreto per la seconda non sarebbe risarcibile perché “danno non sufficientemente grave”, potrebbe risultare non risarcibile anche per la prima in quanto “non danno”»<sup>97</sup>.

Per quanto poi concerne il tema della liquidazione del danno (non patrimoniale), va rilevato che la Corte di Lussemburgo ritiene la questione rimessa agli ordinamenti nazionali in quanto non disciplinata dal GDPR e attinente alle modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali<sup>98</sup>, con il limite del rispetto dei principi di equivalenza e di effettività del diritto dell’Unione<sup>99</sup> e con il richiamo alla già evidenziata funzione compensativa e non punitiva del risarcimento di cui si discute<sup>100</sup>.

Ne consegue che, ai fini della sua quantificazione, non dev’essere preso in considerazione il livello di gravità o l’eventuale carattere doloso della violazione commessa dal convenuto<sup>101</sup> o il fatto che egli abbia commesso una pluralità di violazioni del regolamen-

---

serietà dell’offesa, quanto è davvero meno accidentato delegare loro il compito di accertare che si sia prodotto un danno immateriale risarcibile?»: così PAGLIANTINI, *Un altro palcoscenico*, cit., 292. Per analoghi rilievi, v. pure ALONZO, *Il risarcimento*, cit., 619 ss., e BALDINI, *op. cit.*, 1994, la quale ritiene che, per ovviare al problema, occorrerebbe escludere in radice la possibilità di fare ricorso al meccanismo presuntivo nella materia in esame.

<sup>97</sup> ROSSI, *op. cit.*, 814. Per considerazioni di analogo tenore, v. pure REMOTTI, *op. cit.*, 736, secondo cui la posizione della Corte di giustizia UE circa la gravità del danno «è assai meno dirompente di quanto possa apparire a prima vista», in quanto «intende significare che non può colorarsi di valenza positiva il giudizio di gravità dell’offesa già intrinseco alla valutazione dell’effettiva lesione di un diritto inviolabile. Detto altrimenti, se per un verso, non deve ritenersi incompatibile con il diritto UE la condizione di risarcibilità del danno non patrimoniale per cui la lesione raggiunga una certa soglia [...], per converso, nulla esclude la valenza negativa per cui deve escludersi l’offesa irrisoria. Questo giudizio negativo è volto unicamente ad escludere che offese di rilevanza irrisoria siano capaci di determinare una lesione di valori particolarmente elevati quali sono quelli inviolabili [...]. Ne risulta che il filtro selettivo, che nel nostro ordinamento si ricava dal principio di tolleranza e dalla nozione stessa di inviolabilità, porta solo all’esclusione dal perimetro del risarcimento di offese irrisorie incapaci di ledere valori inviolabili che comportano danni bagatellari».

<sup>98</sup> Si esprime criticamente sul punto NAVONE, *La costruzione*, cit., 190 s., osservando che la liquidazione del danno è questione di natura sostanziale e non processuale.

<sup>99</sup> Sottolinea la vaghezza di tale formula S. PATTI, *Il risarcimento del danno immateriale secondo la Corte di giustizia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 1148.

<sup>100</sup> Come evidenzia PARENZO, *op. cit.*, 904, il ragionamento della Corte di Lussemburgo sul punto non è del tutto esente da criticità, perché l’affermazione della necessità di un danno conseguente al trattamento illecito di per sé attiene all’*an* del risarcimento e non esclude che il *quantum* possa essere determinato con una logica non strettamente compensativa, quindi prendendo in considerazione elementi quali, per esempio, la condotta del danneggiante.

<sup>101</sup> Corte Giust. UE, 20 giugno 2024, C-182/22 e C-189/22, *JU c. SO*, la quale ha anche precisato che, ai fini della valutazione del danno immateriale *ex art.* 82 GDPR, deve per esempio ritenersi



to nelle operazioni di trattamento illecito dei dati dell'attore<sup>102</sup>, né si possono impiegare i criteri di fissazione dell'importo delle sanzioni amministrative pecuniarie previsti dall'art. 83 GDPR<sup>103</sup>.

Occorre, invece, calcolare l'importo guardando alla necessità di riparare integralmente, ossia in modo pieno ed effettivo, il pregiudizio concretamente causato dalla violazione in discorso, tenendo a mente che un danno immateriale non è da considerare, per sua natura, meno grave di una lesione personale e che, in caso di scarsa gravità del danno, il giudice nazionale potrà anche accordare un risarcimento minimo, ma sempre a condizione che esso sia tale da compensare integralmente il pregiudizio subito dall'attore<sup>104</sup>.

Alla luce di tali indicazioni, evidentemente incapaci di evitare difformità applicative dell'art. 82 GDPR negli Stati membri<sup>105</sup>, assumono pertanto valore decisivo gli indirizzi della nostra giurisprudenza, la quale procede a liquidare il risarcimento in esame, in conformità all'orientamento generalmente adottato per tutte le fattispecie di danno non patrimoniale, ricorrendo alla valutazione equitativa *ex art. 1226 c.c.*<sup>106</sup> e considerando

---

che il furto di identità di cui al 75° *considerando* del regolamento si verifichi non solo quando l'autore del reato abbia effettivamente assunto l'identità dell'interessato, sostituendosi a quest'ultimo in qualsiasi modo, ma già nel momento in cui gli autori del reato conseguono la disponibilità *medio tempore* di dati che rendono identificabile l'interessato stesso. V. pure Corte Giust. UE, 4 ottobre 2024, C-507/23, cit., secondo cui l'atteggiamento e la motivazione del convenuto (desunti da elementi quali, per esempio, la necessità di eseguire un compito di interesse pubblico, l'assenza dell'intento di recare danno o la difficoltà di comprendere il contesto normativo di riferimento) non possono essere presi in considerazione al fine di concedere, eventualmente, all'interessato un risarcimento inferiore al danno patito.

<sup>102</sup> Corte Giust. UE, 11 aprile 2024, C-741/21, cit.

<sup>103</sup> Corte Giust. UE, 11 aprile 2024, C-741/21, cit.; Corte Giust. UE, 20 giugno 2024, C-590/22, AT, BT c. PS GbR, VG, MB, DH, WB, GS, la quale ha pure stabilito che, ai fini della determinazione del risarcimento dovuto *ex art. 82 GDPR*, non occorre tenere conto di violazioni simultanee di disposizioni nazionali relative alla protezione dei dati personali che però non hanno come oggetto quello di precisare le norme del regolamento, posto che il 146° *considerando* del provvedimento considera trattamento illecito anche (ma soltanto) «il trattamento non conforme agli atti delegati e agli atti di esecuzione adottati in conformità del [...] regolamento e alle disposizioni del diritto degli Stati membri che specificano disposizioni del [...] regolamento».

<sup>104</sup> Corte Giust. UE, 20 giugno 2024, C-182/22 e C-189/22, cit. Sempre che venga rispettata tale condizione, secondo Corte Giust. UE, 4 ottobre 2024, C-507/23, cit., può peraltro costituire un risarcimento adeguato del danno immateriale *ex art. 82 GDR* anche la presentazione di scuse, segnatamente qualora sia impossibile ripristinare la situazione anteriore al verificarsi del danno.

<sup>105</sup> BALDINI, *op. cit.*, 1996; ROSSI, *op. cit.*, 814.

<sup>106</sup> In generale sulla liquidazione equitativa del danno non patrimoniale, v., per tutti, MEZZANOTTE, *La valutazione equitativa del danno*, Torino, 2022, 214 ss. In argomento v., peraltro, anche S. PATTI, *Danno non patrimoniale e valutazione equitativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 1029 ss., secondo cui l'art. 1226 c.c. non sarebbe in realtà applicabile al danno non patrimoniale, ciò contrastando con la formulazione letterale, la collocazione topografica e il funzionamento stesso della norma: questo tipo di pregiudizi andrebbero invece liquidati, come nel caso di altre analoghe "indennità",

elementi quali, soprattutto: il rango del diritto violato; la natura più o meno “sensibile” dei dati oggetto di trattamento illecito; la durata del trattamento stesso; il grado di intrusività della condotta dannosa e di pervasività dei mezzi utilizzati per il trattamento; l'intensità e la persistenza della sofferenza interiore patita dalla vittima (alla luce anche delle sue condizioni sociali, economiche e professionali); il raggio di diffusione dei dati indebitamente trattati; l'ufficio pubblico, il ruolo istituzionale o professionale, o più in generale la notorietà della persona danneggiata; la natura, pubblica o privata, dell'autore del trattamento illecito<sup>107</sup>.

Dall'osservazione delle pronunce finora emesse in materia possono essere evidenziati due aspetti degni di nota.

Il primo è una notevole disomogeneità dei risarcimenti erogati, favorita anche dalla mancata elaborazione di tabelle utili ad orientare i giudici<sup>108</sup>, dalla quale sembra emergere che «a difettare non sono tanto i parametri oggettivi per operare la liquidazione del danno, pur nella variabilità della casistica concreta, bensì gli ordini di grandezza degli importi da associarvi»<sup>109</sup>.

Il secondo è il carattere punitivo che, seppure in maniera soltanto implicita (se non anche inconsapevole), la quantificazione del risarcimento assume in alcune sentenze, secondo una tendenza che, peraltro, da sempre caratterizza il risarcimento del danno non patrimoniale e che è stata più recentemente ravvivata dal riaccendersi del mai sopito dibattito sulla funzione sanzionatoria e deterrente della responsabilità civile<sup>110</sup>. Tale indirizzo applicativo d'altro canto collide con i pronunciamenti della Corte di giustizia UE che abbiamo visto negare con decisione la possibilità di attribuire un ruolo siffatto alla responsabilità *ex art. 82 GDPR*: sotto questo punto di vista, quindi, si prospetta una nuova futura occasione di attrito tra gli orientamenti della nostra giurisprudenza e quelli della Corte di Lussemburgo, che con ogni probabilità contribuirà ad alimentare

---

con valutazione discrezionale del giudice tenendo conto delle peculiarità della fattispecie di volta in volta considerata, quali, per esempio, la gravità della colpa del responsabile, particolari situazione di sofferenza psicologica della vittima dell'illecito, la rilevanza attribuibile al danno alla stregua della coscienza sociale, e così via.

<sup>107</sup> Cfr. NAVONE, *Ieri, oggi e domani*, cit., 146 ss.; TOSI, *Responsabilità civile*, cit., 241 ss.; GAMBINI, *Principio*, cit., 114 ss.; Id., *Responsabilità*, cit., 1075 ss.

<sup>108</sup> Su questo aspetto v., in particolare, NAVONE, *Ieri, oggi e domani*, cit., 148, il quale evidenzia che «in relazione ai pregiudizi extra-patrimoniali da illecito trattamento dei dati [...] non è stato compiuto un lavoro “scientifico” di estrazione di un campione statisticamente significativo di sentenze pertinenti, di analisi degli importi via via liquidati, di censimento delle circostanze più frequentemente addotte nelle motivazioni e di verifica del loro rilievo sulla graduazione del risarcimento. Tutte operazioni, si osserva, generalmente preordinate alla fissazione di parametri standard di riferimento, ossia di uno o più intervalli di valori monetari idonei a istradare l'interprete nella commisurazione del *quantum debeat*».

<sup>109</sup> Così PALMERINI, *op. cit.*, 2506.

<sup>110</sup> Cfr., su questi aspetti, SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 1159; PALMERINI, *op. cit.*, 2508; NAVONE, *Ieri, oggi e domani*, cit., 150; PARENZO, *op. cit.*, 900 ss.; RAMACCIONI, *op. cit.*, 214 ss.

ulteriormente il dibattito sulla responsabilità per illecito trattamento di dati personali e, soprattutto, «sull'identificazione di un danno immateriale i cui contorni risultano troppo evanescenti»<sup>111</sup>.

## 5. Conclusioni

Alla luce di quanto fin qui considerato, può essere in conclusione evidenziato che, con particolare riguardo al profilo del danno risarcibile, nei tempi più recenti l'art. 82 GDPR sembra poter rappresentare «un primo nucleo di disciplina euromunitaria della responsabilità civile»<sup>112</sup>, se non anche la «pietra di fondazione di un edificio normativo soprannazionale, in buona misura ancora da costruire»<sup>113</sup>, nella materia della responsabilità civile all'interno dell'Unione europea<sup>114</sup>.

Si tratta di una novità di non poco momento: come noto, nell'ambito del diritto privato europeo il settore della responsabilità civile è stato fino ad oggi caratterizzato da uno sviluppo scarsamente significativo<sup>115</sup>, soprattutto se messo a confronto con l'assai maggiore importanza che hanno nel corso del tempo assunto altri istituti, ad iniziare naturalmente dal contratto; e tanto può essere affermato sia sotto il profilo dell'elaborazione dottrinale, sicuramente commendevole ma comunque rimasta priva di un rilevante impatto concreto sulla prassi e sulle fonti normative, sia per quanto concerne il (sia quantitativamente che qualitativamente) limitato apporto della legislazione comunitaria, notoriamente frammentaria, disorganica e di scarso rigore dogmatico<sup>116</sup>.

Non può essere tuttavia dimenticato che, come già sottolineato nelle battute iniziali della nostra riflessione, l'art. 82 GDPR presenta diverse ambiguità, lacune e zone grigie, il rischiaramento delle quali dipende anche dalla qualificazione della natura della responsabilità in esame, in particolare decisiva ai fini dell'individuazione del termine di prescrizione e dell'applicabilità dell'art. 1225 c.c. sulla prevedibilità del danno<sup>117</sup>. La

<sup>111</sup> PAGLIANTINI, *Rinvio pregiudiziale*, cit., 195.

<sup>112</sup> Per riprendere l'intitolazione del contributo di SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 1151.

<sup>113</sup> NAVONE, *La costruzione*, cit., 174 s.

<sup>114</sup> Per considerazioni di analogo tenore, v. pure NAVONE, *Ieri, oggi e domani*, cit., 162; CAMARDI, *Illecito trattamento*, cit., 1136, 1138; SALANITRO, *op. cit.*, 430, 457; ALONZO, *Il risarcimento*, cit., 605.

<sup>115</sup> V. già ALESSI, *Il difficile percorso della "responsabilità civile europea"*, in *Danno resp.*, 1999, 377 ss.

<sup>116</sup> Così, da ultimo, SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 1150. Per una più ampia trattazione di questi aspetti, v. BUSSANI, *L'illecito civile*, in *Tratt. dir. civ. Cons. naz. not.*, Napoli, 2020, 843 ss.; FRANZONI, *La responsabilità civile in un codice europeo?*, in *Contr. impr.*, 2023, 391 ss.; CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 122 ss.; Id., *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 787 ss.; SERIO, *La responsabilità civile in Europa: prospettive di armonizzazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 327 ss.

<sup>117</sup> Sul punto v., però, THOBANI, *Art. 82*, cit., 1239, la quale ritiene che, a prescindere dalla questione in esame, nella trama normativa del regolamento «la prevedibilità è [...] riferita non ai danni relativi a un singolo e specifico rapporto, come nell'art. 1225 c.c., ma ai rischi riguardanti trattamenti solitamente posti in essere nei confronti di un numero indeterminato di soggetti» e che «il rapporto che

questione è peraltro controversa: l'articolato dibattito sul punto<sup>118</sup>, che nell'economia di questo contributo non sarebbe possibile ripercorrere compiutamente, vede comunque prevalere la (invero più convincente) tesi che riconduce l'art. 82 GDPR all'ambito della responsabilità extracontrattuale<sup>119</sup>, ma non mancano studiosi che attribuiscono alla responsabilità in discorso natura contrattuale<sup>120</sup> oppure variabile alla luce di diversi criteri e alla stregua di differenti percorsi argomentativi<sup>121</sup>.

si instaura tra chi tratta i dati e l'interessato è spesso un rapporto spersonalizzato, rispetto al quale l'imprevedibilità dei danni dei singoli sembra corrispondere alla norma», per concludere nel senso dell'irrelevanza della (im)prevedibilità del danno ex art. 1225 c.c. nel contesto della responsabilità per illecito trattamento di dati personali nell'ottica dell'integrale tutela delle ragioni della vittima.

<sup>118</sup> La cui importanza è, peraltro, nettamente ridimensionata da CUFFARO, *Risarcimento*, cit., 1367, secondo cui «appare superfluo chiedersi se nella previsione dell'art. 82 del Regolamento possa leggersi una nuova declinazione della responsabilità extracontrattuale ovvero l'enunciazione di una responsabilità da inadempimento, mentre sembra ragionevole ritenere che di fronte ad un testo normativo che delinea e prescrive una disciplina eurounitaria non si ponga tanto un problema di qualificazione quanto di verifica del modo di operare della regola».

<sup>119</sup> Tra gli altri v., anche per la critica dell'opposta tesi che riconduce all'area dell'inadempimento del rapporto obbligatorio la responsabilità ex art. 82 GDPR, PALMERINI, *op. cit.*, 2477 ss.; TOSI, *Responsabilità civile*, cit., 49 ss.; ID., *Illecito trattamento*, cit., 1117 s.; ID., *Circolazione dei dati personali*, cit., 108 s.; SERRAVALLE, *op. cit.*, 44 ss.; GAMBINI, *Principio*, cit., 121 ss.; ID., *Responsabilità*, cit., 1081 ss.; BARBIERATO, *op. cit.*, 2154 ss.

<sup>120</sup> Si esprimono in tal senso, ritenendo che l'articolata trama di obblighi di comportamento prevista nel GDPR in capo al titolare e al responsabile del trattamento condurrebbe a collocare nella dinamica di un rapporto obbligatorio *ex lege*, insorgente in conseguenza dell'attività di trattamento dei dati, la relazione tra i medesimi e l'interessato, BILOTTA, *op. cit.*, 450 ss.; PARENZO, *op. cit.*, 876 ss.; PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 388 ss. Nel vigore della disciplina previgente, era giunto alle medesime conclusioni inquadrando la responsabilità in esame come una «responsabilità da violazione di obblighi di status» SCOGNAMIGLIO, *Buona fede e responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 357 ss.

<sup>121</sup> V., in particolare: BRAVO, *Riflessioni critiche*, cit., 383 ss., secondo cui andrebbero distinte due ipotesi: la violazione, da parte del titolare o del responsabile del trattamento, di obblighi a loro carico previsti dal GDPR, nella quale la responsabilità in esame assumerebbe natura contrattuale in quanto scaturente dalla violazione di un rapporto obbligatorio intercorrente con l'interessato; il comportamento del responsabile che agisce in modo difforme o contrario alle istruzioni del titolare, nella quale la responsabilità ex art. 82 GDPR rivestirebbe natura aquiliana in virtù dell'assenza di un rapporto giuridico intercorrente tra il responsabile e l'interessato; ZECCHIN, *op. cit.*, 569 s., secondo cui la responsabilità in discorso assumerebbe natura mutevole, contrattuale o aquiliana, a seconda che tra le parti sia o meno sussistente «un rapporto giuridico qualificato ben prima del danno»; SALANITRO, *op. cit.*, 429, nt. 9, il quale reputa «coerente con l'ordinamento l'adozione della disciplina della responsabilità contrattuale o di quella extracontrattuale distinguendo i casi in cui la lesione sia avvenuta o meno all'interno di un rapporto obbligatorio: per cui la disciplina sarebbe senza dubbio extracontrattuale nel caso di danni a soggetti diversi dall'interessato [...] o all'interessato quando il dato personale è stato procurato presso terzi [...], ovvero nel caso di danni provocati dal responsabile del trattamento (il quale non avrebbe rapporti obbligatori direttamente rilevanti nei confronti del soggetto interessato ai dati trattati, salvo a non aderire alla prospettiva di chi ammetta anche per questi conflitti la rilevanza del c.d. contatto sociale)».

Ad ogni modo, anche da queste battute finali trova conferma l'idea, pure essa già illustrata nella parte iniziale della nostra analisi, che sottolinea come l'interpretazione uniforme delle disposizioni dei regolamenti dell'Unione europea debba comunque essere in qualche misura integrata, se aspira ad approdare a risultati ermeneutici soddisfacenti, con l'impiego dei principi e delle categorie promananti dall'ordinamento giuridico degli Stati membri.

#### **ABSTRACT**

Il contributo esamina la disciplina della responsabilità civile per illecito trattamento di dati personali contenuta nell'art. 82 GDPR, soffermandosi in particolare sul criterio di imputazione e sui danni risarcibili nell'ambito di questo tipo di illecito. Nell'analisi viene riservata una particolare attenzione alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che nei tempi più recenti sta contribuendo in maniera significativa all'elaborazione della materia con una serie di pregnanti pronunce.

*The essay examines the regulation of civil liability for unlawful processing of personal data contained in Article 82 GDPR, focusing on the criterion of imputation and on compensable damages in the context of this type of tort. In the analysis, special attention is given to the case law of the Court of Justice of the European Union, which in more recent times is providing a significant contribution to the development of this topic with a number of meaningful judgments.*





### La rinuncia abdicativa della proprietà immobiliare all'esame delle Sezioni unite



Cesare Trapuzzano

Consigliere della Corte di cassazione

**SOMMARIO:** 1. La rinuncia abdicativa della proprietà: analisi della questione. – 2. La delimitazione dell'oggetto. – 3. Natura giuridica della rinuncia abdicativa. – 4. L'acquisto a titolo originario in favore dello Stato degli immobili vacanti. – 5. La tesi sull'innammissibilità della rinuncia abdicativa immobiliare. – 6. Validità *tout court* della rinuncia abdicativa. – 7. La nullità della rinuncia abdicativa valutabile caso per caso. – 8. Conclusioni sull'inquadramento sistematico della rinuncia dismissiva.

#### 1. La rinuncia abdicativa della proprietà: analisi della questione

Il tema in trattazione – relativo alla configurabilità nel nostro ordinamento giuridico dell'istituto della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà – assume particolare rilievo ed è di grande attualità in questo frangente storico, in ragione della devoluzione della relativa questione alla decisione delle Sezioni unite, che dovranno pronunciarsi proprio sugli aspetti attinenti all'ammissibilità della rinuncia abdicativa della proprietà immobiliare e alle condizioni della sua validità.

Segnatamente, con ordinanze n. 233 del 17 gennaio 2024 e n. 4569 del 23 aprile 2024, il Tribunale di L'Aquila e il Tribunale di Venezia hanno rinviato in via pregiudiziale, ai sensi dell'art. 363-bis c.p.c., alla Corte di cassazione le questioni attinenti ai contenziosi pendenti presso i loro rispettivi uffici, in ordine alla proposizione – a cura del Ministero dell'Economia e delle finanze e dell'Agenzia del demanio – delle domande volte ad ottenere la declaratoria di nullità delle rinunce abdicative perfezionate in via notarile dai proprietari di terreni limitrofi a strade pubbliche, terreni interessati da fenomeni franosi che avrebbero richiesto un urgente intervento di sistemazione, atto a salvaguardare la praticabilità del sottostante bene pubblico e la sua accessibilità a cura degli utenti partecipi del relativo uso.

Attraverso tali ordinanze di rinvio pregiudiziale i giudici rinviati hanno chiesto, nell'ordine, alla Corte della nomofilachia di risolvere le questioni di diritto non ancora coperte da precedenti specifici e connotate da gravi difficoltà interpretative, oltre che suscettibili di porsi in numerosi giudizi della stessa specie, relative: A) alla stessa ammissibilità della figura della rinuncia abdicativa; B) e, in secondo luogo, una volta ritenuta tale figura ammissibile, alla ipotizzabilità della sua nullità (anche con riferimento all'individuazione della patologia da cui l'atto sarebbe affetto), ove l'abdicazione riguardi fattispecie speculative indotte dalla precipua esigenza di non sottostare alle ingenti spese di bonifica, ripristino o manutenzione che il proprietario dovrebbe sostenere per garantire la fruibilità del bene.

La valenza “speculativa” od “opportunistica” di tali rinunce è insita nel fatto che, per effetto dell'abdicazione al diritto, la proprietà dei cespiti passa al patrimonio dello Stato, alla stregua della disciplina sull'acquisizione dei beni immobili vacanti di cui all'art. 827 c.c. – a mente del quale i beni immobili che non sono in proprietà di alcuno spettano al patrimonio dello Stato –, con il conseguente ipotizzato passaggio dell'onere di far fronte a tali esborsi e delle conseguenti responsabilità.

In specie, passerebbe allo stato la responsabilità aquiliana da cose in custodia ex art. 2051 c.c. e da rovina di edifici ex art. 2053 c.c. nonché, sul piano penale, la responsabilità per il delitto colposo di danno che abbia cagionato un disastro o l'incendio ex art. 449 c.p. ovvero per la contravvenzione di omissione di lavori in edifici o costruzioni che minacciano rovina ex art. 677 c.p.

Si discorre, in proposito, di proprietà “diseconomica”, “fastidiosa” o “pericolosa”, con riguardo, a titolo esemplificativo, per i terreni, ai fondi interessati da fenomeni di dissesto-idrogeologico (tali da esigere la loro sistemazione) o da condotte di inquinamento o contaminazione (tali da rendere necessaria la loro bonifica) e, per i fabbricati, agli edifici diroccati e pericolanti (tali da rendere indispensabile la loro demolizione) ovvero fatiscenti (tali da implicare la loro immediata ristrutturazione).

La Prima Presidente della Corte di cassazione, con ordinanze depositate il 29 febbraio 2024 e il 25 giugno 2024, ha rimesso le questioni alle Sezioni unite, ritenendole questioni di massima di particolare importanza.

## 2. La delimitazione dell'oggetto

Occorre, all'esito, delimitare l'oggetto della rinuncia<sup>1</sup> interessata dalla prospettiva innanzi descritta.

<sup>1</sup> L'istituto della rinuncia in generale è richiamato da molteplici disposizioni del c.c. in tema di: nomina dell'esecutore testamentario, art. 702; prescrizione, artt. 2937 e 2939; solidarietà, artt. 1311 e 1313; garanzie del debito, artt. 1238 e 1240; legato, artt. 649 e 650; eredità: rinuncia che importa accettazione, art. 478 – dichiarazione di rinuncia, art. 519 – rinuncia condizionata, a termine, parziale, art. 520 – retroattività della rinuncia, art. 521 – devoluzione nelle successioni legittime e



*In primis*, il tema non concerne la rinuncia abdicativa ai beni mobili, in ordine alla quale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 922 e 923 c.c., la proprietà si acquista per occupazione con riferimento alle cose mobili che non sono proprietà di alcuno. Tali sono le cose abbandonate (*res derelictae*) e gli animali che formano oggetto di caccia o di pesca. In questi casi, per definizione, non si pone un problema di acquisizione al patrimonio dello Stato, poiché, all'esito dell'abbandono, la proprietà è acquisita a favore del soggetto che se ne appropria.

Allo stesso modo un problema di acquisizione al patrimonio dello Stato non si pone per le fattispecie espressamente regolate di cosiddetto abbandono liberatorio, collegate all'esistenza di obbligazioni *propter rem*, nelle quali, per effetto della rinuncia, si consolida il diritto in capo ad altro soggetto interessato da quella obbligazione.

Così, in materia di riparazioni del muro comune, ai sensi dell'art. 882, secondo comma, c.c., il comproprietario può esimersi dall'obbligo di contribuire nelle spese di riparazione e ricostruzione, rinunciando al diritto di comunione a vantaggio dell'altro comproprietario del muro.

Ed ancora, in materia di esonero dal contributo nelle spese dovute dal vicino per la costruzione di un muro di cinta o divisorio *ex art.* 888 c.c., il vicino si può esimere dal contribuire a tali spese di costruzione cedendo, senza diritto al compenso, la metà del terreno su cui il muro di separazione deve essere costruito, con l'effetto che il muro sarà di proprietà esclusiva di colui che l'ha costruito.

È annoverabile nel contesto degli abbandoni liberatori anche l'ipotesi regolata dall'art. 963, secondo comma, c.c., in tema di perimento parziale del fondo enfiteutico, allorché si stabilisce che, se è perita una parte notevole del fondo e il canone risulta proporzionato al valore della parte residua, l'enfiteuta, secondo le circostanze, può rinunciare al suo diritto, in alternativa alla richiesta di congrua riduzione del canone, restituendo il fondo al concedente, con l'effetto della consolidazione del pieno diritto di proprietà in favore del concedente stesso.

Quindi, ai sensi dell'art. 1070 c.c., il proprietario del fondo servente, quando è tenuto in forza del titolo o della legge alle spese necessarie per l'uso o per la conservazione della servitù, può sempre liberarsene rinunciando alla proprietà del fondo servente in favore del proprietario del fondo dominante ovvero ad una porzione del fondo, ove l'esercizio della servitù sia limitato a tale parte.

Ed in ultimo, ai sensi dell'art. 1104 c.c., il comunista nella comunione ordinaria ha facoltà di liberarsi dalla contribuzione nelle spese necessarie per la conservazione e per il godimento della cosa comune e nelle spese deliberate dalla maggioranza attraverso la rinuncia al suo diritto in favore degli altri partecipanti alla comunione.

---

testamentarie, artt. 522 e 523 – impugnativa da parte dei creditori, art. 524 – revoca della rinuncia, art. 525 – impugnativa della rinuncia per violenza e dolo, art. 526 – trascrizione delle domande di impugnazione, artt. 2652 e 2692 – sottrazione di beni ereditari, decadenza, art. 527 – rimborso delle spese al chiamato rinunciante, art. 461; ipoteca, artt. 2878, 2879 e 2899; enfiteusi, art. 963; mandato, artt. 1722 e 1727; prestazione di lavoro, art. 2113; donazione, art. 806.

Diversamente il condomino, ai sensi dell'art. 1118, secondo comma, c.c., non può rinunciare al suo diritto sulle parti comuni.

Più in generale un problema di acquisizione riflessa al patrimonio dello Stato, per effetto dell'abdicazione al diritto, non si pone ove la rinuncia abbia ad oggetto diritti reali di godimento (*in re aliena*) e le quote della comunione ordinaria: nel primo caso la rinuncia al diritto reale minore importa la consolidazione della piena proprietà del nudo proprietario e nel secondo la rinuncia alla comunione comporta l'accrescimento delle quote degli altri comunisti.

Così come nessun effetto indiretto a vantaggio dello Stato si determina allorché la rinuncia abbia natura traslativa, ossia venga effettuata in favore di un soggetto determinato (cessionario), che ne acquista in via derivativa il diritto<sup>2</sup>. Detta rinuncia traslativa, in realtà, altro non è che un negozio di alienazione<sup>3</sup>.

Pertanto, il tema che interessa le questioni devolute alle Sezioni unite deve essere delimitato alla rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare esclusiva, cui consegue l'acquisto a titolo originario in favore dello Stato, per diretta previsione di legge *ex art. 827 c.c.*<sup>4</sup>.

### 3. Natura giuridica della rinuncia abdicativa

Essa consiste nella dichiarazione del titolare del diritto soggettivo diretta a dismettere il diritto medesimo, senza, al contempo, volerlo trasmettere ad altri.

Sicché, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, la rinuncia abdicativa deve essere qualificata come 1) negozio<sup>5</sup> 2) unilaterale<sup>6</sup>, 3) non recettizio, 4) dispositivo

<sup>2</sup> Le ipotesi di rinuncia traslativa (o costitutiva, ivi inclusa la rinuncia liberatoria e satisfattiva-liberatoria) costituiscono, infatti, negozi di attribuzione. Cfr., per tutti, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, XV, t. 2, Torino, 1960, 299; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, 220, cui seguono, come effetti diretti, l'acquisto di un diritto da parte di un terzo o la liberazione da un obbligo.

<sup>3</sup> Così Cass. Sez. 2, Sentenza n. 1214 del 20/04/1968.

<sup>4</sup> Si tratta di acquisto della proprietà da parte dello Stato, ai sensi dell'art. 827 c.c. (o della Regione, secondo quanto previsto dagli artt. 58, quarto comma, e 7 dello Statuto del Trentino-Alto Adige, dall'art. 34 dello Statuto della Regione siciliana, dall'art. 14, terzo comma, della Regione Sardegna), che avviene *ex lege* e a titolo originario. Cfr., in particolare, PALMA, *I beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici*, in *Tratt. dir. priv. diretto da Rescigno*, VII, 2005, 237.

<sup>5</sup> Sulla natura giuridica di negozio della rinuncia si rinvia a BELLINIA, *La rinuncia alla proprietà e ai diritti reali di godimento*, in *Studio n. 216-2014/C, Consiglio Nazionale del Notariato*, 7. Per converso, sostiene la tesi della natura giuridica di atto giuridico in senso stretto della rinuncia BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XI, 3, Milano, 1984, 142 ss.; BOZZI, *La rinuncia alla proprietà del bene "diseconomico". Dubbi ed interrogativi intorno alla negoziabilità dell'atto*, in *Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, Napoli, 2022, 213 ss.

<sup>6</sup> In particolare, sulla unilateralità del negozio CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, 128 ss.; DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, 354; MACIOCE, *Rinuncia*, in *Enc. dir.*, 1989, 926.

senza attribuzione patrimoniale<sup>7</sup>, 5) irrevocabile, 6) con effetto immediato nella sfera del solo rinunciante e con effetto solo riflesso nel patrimonio dello Stato, 7) che non può rifiutare l'acquisto a titolo originario così perfezionato, 8) atto trascrivibile solo contro il rinunciante e non a favore di terzi<sup>8</sup>.

Infatti, affinché la rinuncia produca effetti, è necessario che sia voluto non solo l'atto di rinuncia, ma anche l'effetto abdicativo, rimesso alla manifestazione di volontà del solo rinunciante, che produce effetti quando la volontà si esteriorizza nel mondo esterno, senza la necessità che essa sia portata a conoscenza del terzo interessato<sup>9</sup> o che questi ne esprima l'approvazione o il consenso<sup>10</sup>.

Una volta che tale volontà sia stata manifestata, si produce l'effetto estintivo del diritto<sup>11</sup>, il rinunciante non può più revocarla e lo Stato che acquista in via indiretta il diritto

<sup>7</sup> Sul piano della valenza meramente abdicativa, senza attribuzione in favore di terzi, ancora BELLINIVIA, *La rinuncia alla proprietà e ai diritti reali di godimento*, cit., 7. Sul tema ancora: COVIELLO, *Manuale di diritto civile. Parte generale*, Milano, 1929, 324, secondo il quale la rinuncia importa l'estinzione del diritto; S. ROMANO, *Autonomia privata* (Appunti), Milano, 1957, 88, a cui avviso la rinuncia determina l'estinzione o, quanto meno, il distacco dal rinunciante di un diritto o di un vantaggio giuridico; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 218; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 299; con riferimento alla disciplina contenuta nel codice del 1865, ATZERI, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, Torino, 1910, 1, per il quale la rinuncia è la dismissione di un diritto, che si verifica per effetto della unilaterale volontà del titolare.

<sup>8</sup> Sulla natura della rinuncia abdicativa o dismissiva o estintiva, quale negozio unilaterale e normalmente non recettizio, che, allorché si esteriorizza, anche tacitamente, diviene efficace, e perciò irrevocabile: Cass. Sez. 2, Sentenza n. 36224 del 28/12/2023; Sez. 3, Sentenza n. 6872 del 23/07/1997; Sez. 2, Sentenza n. 1882 del 21/02/1995; Sez. 3, Sentenza n. 4382 del 20/12/1974; Sez. 2, Sentenza n. 592 del 22/03/1962.

<sup>9</sup> Alla possibilità che il terzo destinatario dell'effetto conseguente alla rinuncia possa valutare la vantaggiosità di tale rinuncia si riferisce FRANCO, *Rinuncia alla proprietà immobiliare. Discussione intorno all'ammissibilità dell'atto e alle soluzioni alternative*, in *Atti del convegno del 1° dicembre 2023 svoltosi a Manfredonia, Circolo Unione* (con appendice documentale), a cura di MANOLITA-FOLLIERI, Napoli, 2024, 29 ss. e, in particolare, 35, secondo cui la valutazione del terzo – circa la vantaggiosità o no dell'acquisto – incide, e non potrebbe che incidere, soltanto sulle modalità del suo acquisto, e cioè ai fini dell'assunzione della decisione circa il rifiutare o no l'attribuzione che si è già prodotta; con il che quella valutazione si rivelerà decisiva (e funzionale) ai fini della stabilizzazione dell'acquisto nel suo patrimonio, giammai potrà incidere sulla struttura del negozio che, proprio per produrre l'effetto per il terzo, non potrebbe non essersi già perfezionato *ex ante*; a prescindere dall'adesione/rifiuto. L'intervento del terzo, in altri termini, reagisce sulla definitività o no dell'attribuzione, non sulla qualificazione della fattispecie che l'attribuzione è idonea causalmente a produrre.

<sup>10</sup> Così MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1992, 24 ss.; SICCHIERO, *Rinuncia*, in *Dig. disc. priv.*, XVII, Torino, 1998, 654; BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., 137.

<sup>11</sup> A fronte dell'essenziale effetto estintivo, l'attenzione in ordine all'oggetto di tale estinzione è riposta da alcuni Autori sul diritto e da altri sul rapporto. Secondo GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, 86, il diritto si estingue "nel" soggetto; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 278 ss., si riferisce alla perdita del diritto in termini di estinzione

non può rifiutare detto acquisto<sup>12</sup>, alla stregua di quanto previsto dall'art. 586 c.c. per la successione legittima dello Stato in mancanza di altri successibili (benché tale successione legittima in favore dello Stato integri un'ipotesi di acquisto a titolo derivativo *mortis causa*, mentre l'acquisto dei beni immobili vacanti in favore dello Stato avviene a titolo originario).

Non trova, invece, applicazione il dettato dell'art. 1236 c.c., che prevede la possibilità per il debitore di esprimere la volontà di non profittare della remissione del debito avvenuta a cura del creditore, ipotesi relativa alla rinuncia ai diritti di obbligazione che

---

dello stesso; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 51 ss., rileva che la rinuncia determina l'estinzione di un "diritto" o l'impedimento alla nascita di esso; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 299 ss., sostiene la mera occasionalità del vantaggio altrui, estinguendosi il diritto o l'aspettativa dismessi a vantaggio di coloro la cui posizione era subordinata a quella del rinunciante. Alla tesi secondo cui la rinuncia produce l'estinzione del diritto di proprietà aderiscono anche RENDA, *Derive e approdi in tema di rinuncia alla proprietà immobiliare*, in *Eur. e dir. priv.*, 2024, 1, 27; FOLLIERI, *La proprietà insostenibile. Rinuncia alla proprietà immobiliare tra interesse privato e ragioni della collettività*, Napoli, 2022, 100, che, nell'ambito dell'operata ricostruzione della funzione della rinuncia come atto a causa dismissivo-traslativa, riconnette l'estinzione all'effetto voluto dal rinunciante, che è quello di estinguere il diritto di proprietà attraverso l'acquisto dello Stato ai sensi dell'art. 827 c.c. In termini di negozio essenzialmente abdicativo con effetto di estinzione del rapporto si sono espressi, invece, SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 218; BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1950, 321, che configura la rinuncia come atto di abbandono della titolarità del rapporto con effetto di estinzione del rapporto stesso. Assegna effetti di estinzione del rapporto alla remissione del debito, alla rinuncia al diritto reale, alla rinuncia alle garanzie del credito altresì ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1948-1952, 234 ss. Sul carattere solamente eventuale dell'effetto estintivo del diritto si rinvia a PERLINGERI, *Appunti sulla rinuncia*, in *Riv. not.*, 1968, 348, secondo cui l'effetto essenziale e costante che caratterizza la rinuncia è la perdita del diritto da parte del soggetto rinunciante, mentre l'estinzione dello stesso è effetto secondario, riflesso, eventuale. Rinunziare non vuol dire estinguere il diritto, anche se, normalmente, il diritto, in occasione della dismissione, si estingue; rinunziare vuol dire solo dismettere il diritto, escluderlo dal proprio patrimonio. In termini analoghi MACIOCE, *Rinuncia*, cit., 924 ss. Sulla riconducibilità dell'estinzione del diritto di proprietà all'abbandono, non già alla rinuncia, FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, Napoli, 2019, 98 ss. In senso contrario all'estinzione del diritto di proprietà LA PORTA, *La rinuncia alla proprietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 484 ss.

<sup>12</sup> Sul meccanismo del rifiuto nella teoria generale e sulle differenze tra rifiuto impeditivo e rifiuto eliminativo, BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 36 ss.; DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., 355. Nel senso che lo Stato possa rifiutare l'acquisto FOLLIERI, *La proprietà insostenibile*, cit., 205; FOLLIERI, *Rinuncia alla proprietà e "dissenso a posteriori"*, in *Scritti in memoria di Ubaldo La Porta*, Napoli, 2023, 413 ss., poiché sarebbe inaccettabile l'idea che lo Stato sia privo di strumenti di reazione all'acquisto di beni costosi o dannosi. E ciò sull'implicito presupposto che la rinuncia abbia natura traslativa. In senso opposto RENDA, *Derive e approdi*, cit., 60 ss., che invoca l'effetto legale indefettibile dell'acquisto in favore dello Stato; GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995, 867, secondo cui l'art. 827 rende inapplicabile allo Stato il sopra menzionato principio della sovranità sulle sfere soggettive di appartenenza immobiliare.

non è estensibile, in via analogica, alla rinuncia ai diritti reali, in ragione dell'eterogeneità dei diritti coinvolti<sup>13</sup>.

Per l'effetto, non è praticabile l'ipotesi che lo Stato, a fronte della rinuncia ad una proprietà "pericolosa", "diseconomica" o "fastidiosa", rifiuti tale acquisto, secondo lo schema del rifiuto eliminativo o impeditivo.

Resta da verificare se il negozio unilaterale di rinuncia abdicativa sia un negozio astratto<sup>14</sup> o causale, tipico o atipico, a contenuto patrimoniale o non patrimoniale.

Pare, in primo luogo, che non si possa dubitare circa il contenuto patrimoniale dell'atto dimissivo della proprietà immobiliare. Infatti, benché la rinuncia miri a dismettere il diritto, il suo oggetto, appunto riferito alla proprietà sull'immobile, ha un precipuo contenuto suscettibile di valutazione economica (quand'anche tale valutazione in concreto possa essere negativa).

Quanto alla natura di negozio astratto o causale della rinuncia, ove si aderisca alla nozione di causa in concreto, ossia ove si ponga l'accento sul fondamento giustificativo della rinuncia, sulla funzione individualizzante del negozio, sul suo scopo pratico<sup>15</sup>, in base alla comparazione dinamica degli interessi sintetizzati nell'atto, dovrebbe giungersi alla conclusione che l'atto abbia una propria causa, identificata appunto dal perseguimento dello scopo di dismettere il diritto.

Proprio in ragione del fatto che ogni negozio patrimoniale deve essere sorretto da una causa, si è pervenuti, per l'effetto, alla conclusione che anche la rinuncia, come negozio patrimoniale cui consegue una disposizione non attributiva, è negozio causale e non astratto, la cui validità ed efficacia sono subordinate alla presenza di quei requisiti che sono alla base della disciplina di ogni prestazione isolata che non abbia in sé la sua funzione, connotandosi però la causa, in questo caso, come elemento che si presenta in forma indeterminata, ancorché determinabile<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Così FOLLIERI, *La proprietà insostenibile*, cit., 185 ss.

<sup>14</sup> La mancanza di riferimento ad una giustificazione immediata degli effetti della disposizione, difatti, ha indotto alcuni interpreti a classificare la rinuncia tra i negozi astratti: GORLA, *Il contratto (problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico)*, I. *Lineamenti generali*, Milano, 1955, 513 ss.; GORLA, *Atto di disposizione di diritti*, in *Ann. Perugia*, 1936, 21, 56 ss., 71 ss. e 75, secondo cui la rinuncia sarebbe acausale per mancanza di un effetto diretto di attribuzione patrimoniale derivante dalla stessa; SICCHIERO, voce *Rinuncia*, cit., 654, che nega il controllo causale in quanto la rinuncia sarebbe mera espressione del potere dispositivo; nonché, sul negozio astratto in generale, SCALISI, *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 52 ss.

<sup>15</sup> Secondo la giurisprudenza di legittimità, causa del contratto è lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato. Così Cass. Sez. 3, Ordinanza n. 10612 del 04/05/2018; Sez. 1, Sentenza n. 12069 del 16/05/2017; Sez. 3, Sentenza n. 8100 del 03/04/2013; Sez. 3, Sentenza n. 23941 del 12/11/2009; Sez. 3, Sentenza n. 10490 del 08/05/2006.

<sup>16</sup> Così GIORGIANNI, *Causa del negozio giuridico (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, VI, 564 ss.; DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1998, 5; MACIOCE, *Rinuncia*, cit., 929.

Infatti, qualsiasi schema causale che si presenti indeterminato consente il ricorso ad una fonte di qualificazione estrinseca del suo fondamento sostanziale, cosicché l'interesse espresso nel negozio possa inserirsi nel più ampio sistema di interessi giuridici e raggiungere quel grado di finitezza che valga a giustificare il programma negoziale<sup>17</sup>.

Il negozio unilaterale di rinuncia della proprietà immobiliare sembra, inoltre, inquadabile nell'ambito dei negozi atipici.

E ciò nonostante le prescrizioni sulla forma scritta *ad substantiam* ex art. 1350, n. 5, c.c. e sul vincolo pubblicitario della trascrizione ex art. 2643, n. 5, c.c. si estendano anche alle rinunce abdicative.

In specie, gli evocati artt. 1350, n. 5, e 2643, n. 5, c.c. non si riferiscono alle rinunce traslative conseguenti ad atti dispositivi di cui ai precedenti numeri, volte ad annullare gli effetti di precedenti atti traslativi, riportando la proprietà immobiliare in capo all'originario disponente (secondo il modello della retro-vendita, ove l'atto dispositivo sia a titolo oneroso), ma attengono alle rinunce con effetto meramente abdicativo.

In questo senso la giurisprudenza di legittimità ha precisato che la forma scritta è richiesta nei negozi traslativi e abdicativi di diritti reali immobiliari in funzione del loro risultato finale, quale prefigurato dalla volontà delle parti<sup>18</sup>, cosicché l'esigenza dell'atto scritto *ad substantiam*, per la rinuncia al diritto di proprietà su beni immobili, ricorre solo quando il diritto medesimo costituisca l'oggetto immediato e diretto della rinuncia<sup>19</sup>.

Per l'effetto, la rinuncia abdicativa ad un diritto reale può validamente effettuarsi mediante un negozio unilaterale e questo non è recettizio. La rinuncia, tuttavia, che deve solo essere manifestata nel mondo esterno perché produca i suoi effetti abdicativi, deve essere fatta per atto pubblico o per scrittura privata (art. 1350, n. 5, c.c.) e, perché sia opponibile a determinati terzi, deve essere trascritta ai sensi dell'art. 2643, n. 5, c.c.<sup>20</sup>.

Nondimeno, le suddette prescrizioni sul vincolo di forma e di pubblicità hanno natura formale, in quanto mirano ad assicurare la produzione dell'effetto dismissivo nel rispetto degli oneri che connotano l'atto, sicché il fatto che esse si riferiscano alle rinunce abdicative non vale ad attribuire a detti atti il requisito della tipicità, in difetto di alcuna norma specifica espressamente dedicata al negozio di dismissione del diritto dominicale, figura, questa, non puntualmente contemplata in termini generali dall'ordinamento (se non appunto con riferimento alla previsione dei suddetti vincoli).

Il fatto che le norme innanzi richiamate si riferiscano alle rinunce abdicative autorizza a ritenere che esse siano ammesse dall'ordinamento giuridico, ma non vale ad attribuirne il carattere di tipicità.

Dal discorso che precede deriva che il negozio unilaterale di rinuncia sia atipico, causale e a contenuto patrimoniale.

<sup>17</sup> Vedi ancora MACIOCE, *Rinuncia*, cit., 929.

<sup>18</sup> Così Sez. 2, Sentenza n. 6464 del 13/12/1980.

<sup>19</sup> In questo senso Cass. Sez. 3, Sentenza n. 2924 del 28/07/1975.

<sup>20</sup> Cfr. Cass. Sez. 6-2, Ordinanza n. 2316 del 02/02/2021; Sez. 2, Sentenza n. 2228 del 30/03/1985; Sez. 2, Sentenza n. 761 del 29/04/1965.

## 4. L'acquisto a titolo originario in favore dello Stato degli immobili vacanti

L'art. 827 c.c. stabilisce che gli immobili vacanti – che non siano di proprietà di alcuno – ricadono nel patrimonio dello Stato<sup>21</sup>.

A fronte del chiaro dato letterale riportato dalla norma, si discute se essa abbia una diretta attinenza con l'effetto abdicativo conseguente alla rinuncia effettuata dal proprietario oppure se costituisca una mera “valvola” di sicurezza del sistema.

Secondo una prima ricostruzione, la previsione non sarebbe immediatamente collegata alla rinuncia, ossia non avrebbe una valenza di rimedio avverso gli atti abdicativi, ma sarebbe piuttosto una norma di chiusura, di salvaguardia del sistema, volta ad impedire che possano esservi immobili che non siano di proprietà di alcuno (*res nullius*) e non già riferita dunque alle conseguenze dell'atto di disposizione di tipo dismissivo.

Cosicché, in questa logica, nel caso di incertezza sulla proprietà immobiliare, anche all'esito della consultazione dei registri immobiliari, tale norma consentirebbe di assicurare la proprietà del bene, attribuendone il titolo, in via residuale, al patrimonio dello Stato, più che regolare un modo di acquisto della proprietà a titolo originario<sup>22</sup>.

Detta interpretazione sarebbe necessitata dalla lettura congiunta della disposizione in discorso con l'art. 922 c.c. (“La proprietà si acquista per occupazione, per invenzione, per accessione, per specificazione, per unione o commistione, per usucapione, per effetto di contratti, per successione a causa di morte e negli altri modi stabiliti dalla legge”), che, enumerando i modi di acquisto, ne sancirebbe la tipicità. Sicché mentre la norma ammetterebbe tra le situazioni presupposte un atto reale di abbandono seguito da una situazione di oggettiva incertezza, non altrettanto potrebbe dirsi per l'atto formale di rinuncia, in cui il titolare del diritto è sempre – come evidente – noto<sup>23</sup>.

Per converso, secondo altra lettura, l'effetto acquisitivo contemplato dall'art. 827 c.c. sarebbe direttamente collegato agli effetti della rinuncia abdicativa e dunque garantirebbe l'acquisizione al patrimonio dello Stato dei beni oggetto della rinuncia da parte dei proprietari<sup>24</sup>. La norma, infatti, costituirebbe “espressione di un più moderno e neutro principio di sovranità dello Stato sul territorio, nelle sue implicazioni patrimoniali”<sup>25</sup>, e sarebbe indirizzata ad assicurare la circolazione dei beni, prevedendo, dunque, un modo

---

<sup>21</sup> Secondo FOLLIERI, *La proprietà insostenibile*, cit., 136, nella prospettiva causale, anche l'effetto acquisitivo di cui all'art. 827 c.c. deve ritenersi voluto dal rinunciante, poiché è proprio tale disposizione normativa a garantire l'operatività della rinuncia alla proprietà immobiliare.

<sup>22</sup> Vedi FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, par. 55.

<sup>23</sup> Così ORLANDO, *Rinuncia opportunistica alla proprietà immobiliare e abbandono immobiliare*, in *Il diritto dell'economia*, 2021, 1, 233-245.

<sup>24</sup> SANTORO PASSARELLI, *Dottrine del diritto civile*, cit., 59, secondo cui l'art. 827 c.c. avrebbe risolto in senso affermativo la questione della possibilità di abbandono della proprietà immobiliare.

<sup>25</sup> Così RENDA, *Derive e approdi*, cit., 21.

di acquisto della proprietà in tutti i casi in cui il bene risulti privo di titolare, anche per atto dismissivo del medesimo<sup>26</sup>.

Vi sarebbe così un rapporto dinamico-funzionale tra rinuncia abdicativa ed effetto acquisitivo degli immobili vacanti in favore dello Stato.

Conclusione, quest'ultima, che può essere indirettamente desunta dagli arresti giurisprudenziali che, in ordine alla distribuzione dell'onere probatorio, escludono che l'art. 827 c.c. ponga una presunzione di appartenenza allo Stato di tutti gli immobili di cui non si provi l'appartenenza ad altri, limitandosi invece a prevedere un effetto giuridico conseguente ad una determinata situazione di fatto (vacanza del bene), la quale deve essere, perciò, dimostrata dal soggetto che la invochi a fondamento del suo diritto<sup>27</sup>.

Il fatto che lo Stato debba dimostrare la vacanza dell'immobile, ai fini di poterne rivendicare l'acquisto della proprietà a titolo originario, sembrerebbe onerare il rivendicante della carenza di un titolo dominicale sul bene, eventualmente quale conseguenza dell'atto dismissivo effettuato dal precedente proprietario.

## 5. La tesi sull'inammissibilità della rinuncia abdicativa immobiliare

Secondo la ricostruzione fatta propria da alcuni orientamenti della giurisprudenza amministrativa<sup>28</sup>, con riferimento alle interferenze tra procedure ablatorie ed effetto acquisitivo nei confronti della pubblica amministrazione, in relazione alle fattispecie disciplinate dall'art. 42-bis del Testo unico espropriazioni (di cui al d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327), l'illecito permanente dell'autorità che non rispetti la procedura espropriativa viene meno nei casi previsti di acquisizione "sanante" del bene o di restituzione al privato, fatta salva la conclusione di un contratto traslativo tra le parti di natura transattiva, senza che possa ravvisarsi l'acquisto della proprietà in favore della P.A. in ragione di una rinuncia abdicativa, non contemplata dall'ordinamento.

L'acquisizione della proprietà in capo all'espropriante, in quest'ottica, esigerebbe una base legale certa.

---

<sup>26</sup> Sul punto si rinvia a ORLANDO, *Rinuncia opportunistica alla proprietà immobiliare e abbandono immobiliare*, cit., 233 ss.

<sup>27</sup> In questo senso Cass. Sez. 2, Sentenza n. 4975 del 02/03/2007; Sez. 2, Sentenza n. 256 del 27/01/1976.

<sup>28</sup> Tesi recepita dal Cons. St., Ad. Pl., Sentenza n. 2 del 20/01/2020, secondo cui l'inammissibilità della rinuncia abdicativa in materia di espropriazione, sul piano strutturale e normativo, è riconducibile a tre motivi ostativi: - non spiega esaurientemente la vicenda traslativa in capo all'Autorità espropriante; - la rinuncia viene ricostruita quale atto implicito, secondo la nota dogmatica degli atti impliciti, senza averne le caratteristiche essenziali; - soprattutto, e in senso decisivo e assorbente, non è provvista di base legale in un ambito, quello dell'espropriazione, dove il rispetto del principio di legalità è richiamato con forza sia a livello costituzionale (art. 42 Cost.), sia a livello di diritto europeo.



Questa tesi muove dalla premessa che nessuna norma attribuirebbe al soggetto espropriato, pure a fronte dell'illegittimità del titolo espropriativo, un diritto sostanzialmente potestativo di determinare l'attribuzione della proprietà in favore dell'amministrazione espropriante, previa corresponsione del risarcimento.

Sicché, contrariamente a quanto ritenuto dalla consolidata giurisprudenza di legittimità<sup>29</sup>, nel caso di occupazione usurpativa o acquisitiva, la richiesta di risarcimento danni del proprietario, senza la rivendicazione dell'effetto restitutorio, non sarebbe significativa della rinuncia implicita alla proprietà del cespite<sup>30</sup>.

Questa impostazione postula che il riferimento all'acquisto della proprietà in favore dello Stato, ai sensi dell'art. 827 c.c., sia meramente residuale e non già riferito alle conseguenze dell'atto di disposizione in termini dismissivi<sup>31</sup>.

Quale corollario di tale tesi, si ritiene che solo la rinuncia traslativa sia volta alla gestione e valorizzazione dei beni e che non sia, invece, configurabile una rinuncia meramente abdicativa, tanto che gli artt. 1350, n. 5, e 2643, n. 5, c.c. si riferirebbero alle sole rinunce traslative.

Militerebbero per tale conclusione: A) la natura perpetua della proprietà ex art. 832 c.c., fatto salvo il compimento degli atti dispositivi a titolo meramente traslativo; B) la circolazione solo per effetto di atti traslativi o di acquisiti tipizzati a titolo originario; C) la contrarietà della rinuncia abdicativa ai principi di solidarietà ex art. 2 Cost. e alla funzione sociale della proprietà ex art. 42, secondo comma, Cost.<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Precisamente, secondo la Corte regolatrice, nei casi di occupazione usurpativa o acquisitiva, il proprietario, che abbia implicitamente rinunciato alla proprietà del bene proponendo domanda risarcitoria per equivalente, ha diritto all'integrale ristoro del danno, che ricomprende non solo la perdita del godimento del bene nel periodo di occupazione illegittima, ma anche quella relativa all'integrale valore dello stesso, in quanto una implicita conformazione della proprietà privata non è desumibile dall'art. 42-bis del d.P.R. n. 327/2001, il cui disposto, fino a quando non venga esercitato dalla P.A. il relativo potere acquisitivo, non è idoneo a paralizzare i comuni rimedi civilistici attribuiti dall'ordinamento al proprietario. Così Cass. Sez. I, Ordinanza n. 18142 del 06/06/2022; Sez. I, Sentenza n. 12961 del 24/05/2018; Sez. I, Ordinanza n. 22929 del 29/09/2017; Sez. U, Sentenza n. 735 del 19/01/2015.

<sup>30</sup> In senso critico avverso tale conclusione PARDOLESI-BONA, *Sull'abbandono dell'immobile e sulla proprietà imposta*, in *Corr. giur.*, 2017, 8-9, 1110 ss.

<sup>31</sup> Negano, in dottrina, l'ammissibilità della rinuncia abdicativa MATERI-MOLINARI, *Atto di abbandono della proprietà tra volontà privata e interesse pubblico*, in *Notariato*, 2016, 6, 566 ss. Negli stessi termini, DE MAURO, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, Napoli, 2018, 192 ss., secondo cui le norme contenute negli artt. 1350, n. 5, c.c., 2643, n. 5, c.c. e 827 c.c. non possono sorreggere la tesi dell'ammissibilità della rinuncia; ORLANDO, *Rinuncia opportunistica alla proprietà immobiliare e abbandono immobiliare*, cit., 233-245.

<sup>32</sup> Sul concetto di funzione sociale della proprietà, FINZI, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, in FINZI, *L'officina delle cose. Scritti minori*, Milano, 2013, 17 ss., secondo cui il diritto privato è e deve essere di sua natura composizione, temperamento dei due diversi interessi: individuale e sociale; non può e non deve segnare il trionfo di uno solo; NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 908 ss.; BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, 266 e 269 ss.; LENER, *Problemi*

Inoltre, la negazione dell'ammissibilità della rinuncia dismissiva costituirebbe una garanzia strutturale per prevenire quei rischi, tipici della rinuncia negoziale alla proprietà, di una generalizzata corsa alla collettivizzazione dei rischi e delle responsabilità connessi ai beni immobili nel momento in cui divengono svantaggiosi<sup>33</sup>.

## 6. Validità *tout court* della rinuncia abdicativa

Secondo la tesi opposta a quella innanzi esposta, la rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare sarebbe, per converso, sempre valida.

Il rimedio avverso le rinunce con scopo opportunistico sarebbe così raggiunto escludendo che, a fronte della validità della rinuncia abdicativa, il rinunciante sia esonerato dalle obbligazioni già maturate di ripristino, bonifica e manutenzione, in quanto sorte prima dell'atto di dismissione, obbligazioni che ricadrebbero comunque sul rinunciante<sup>34</sup>. E così le relative responsabilità civili e penali.

In base a questa ricostruzione la rinuncia, seppure ammessa dall'ordinamento, non avrebbe efficacia liberatoria, sicché lo Stato subentrante acquisirebbe la proprietà del cespite, ma non succederebbe negli obblighi facenti carico al rinunciante, che sarebbe comunque tenuto a farvi fronte nonostante la dismissione della proprietà.

Senonché occorre obiettare che il regime delle prestazioni accessorie ad un diritto reale (nella specie: opere di manutenzione, bonifica o ripristino) riguarda un'obbligazione *propter rem* – ossia legata al rapporto con la cosa oggetto del diritto, come tale, destinata a trasmettersi con il trasferimento di quella *res* –, sicché detta obbligazione segue, con lo stesso originario regolamento, il trasferimento del bene<sup>35</sup>. E ciò anche nell'ipotesi in cui l'acquisto del diritto dismesso in favore dello Stato avvenga a titolo originario. Il diritto acquistato comprende, infatti, anche le relative obbligazioni ambulatorie.

La *obligatio propter rem* che venga imposta dalla legge (diverso è il caso in cui essa venga negozialmente costituita) non può assurgere a vincolo autonomo e sostanziare un'entità a sé stante, dotata di vita propria, pur avendo i caratteri della obbligazione a soggetto passivo indeterminato, cioè dell'obbligazione c.d. ambulatoria.

Pertanto, essa non può rappresentare se non un vincolo accessorio strettamente collegato alle sorti dello specifico e tipico diritto reale cui inerisce, con la conseguenza

---

*generali della proprietà*, in *Proprietà privata e funzione sociale. Seminario diretto dal Prof. Francesco Santoro-Passarelli*, Padova, 1976, 17, secondo cui la funzione sociale della proprietà ha rilievo di ordine positivo, di direttiva dell'agire proprietario.

<sup>33</sup> Ancora ORLANDO, *Rinuncia opportunistica alla proprietà immobiliare e abbandono immobiliare*, cit., 233-245.

<sup>34</sup> Così BRIZZOLARI, *Note a margine di un caso emblematico di rinuncia*, in *Nuova giur. civ.*, 2021, 3, 631 ss., in particolare 637.

<sup>35</sup> Così Cass. Sez. 2, Sentenza n. 3221 del 16/05/1981; Sez. 2, Sentenza n. 2252 del 09/05/1978; Sez. 1, Sentenza n. 1699 del 06/06/1968; Sez. 1, Sentenza n. 2120 del 09/08/1967.

che, qualora – in conseguenza della rinuncia – il diritto sia acquisito, sia pure a titolo originario, nella sfera patrimoniale dello Stato, l'*obligatio propter rem* accessoriamente connessa a quel diritto reale sopravvive, giacché ne è rimasta integra la causa.

Pertanto, l'obbligazione *ob rem*, se ha certamente per contenuto una prestazione di fare, di non fare, di sopportare, nondimeno ha quale suo connotato qualificante l'indeterminatezza dei soggetti e l'individuazione di essi per il fatto di essere proprietari di una cosa o titolari di un diritto reale, sicché il trasferimento delle posizioni soggettive (sia attiva che passiva) del rapporto stesso ad altri soggetti si verifica come effetto del passaggio (quand'anche a titolo originario) del diritto reale cui ciascuna posizione inerisce.

D'altronde, se per effetto della rinuncia abdicativa gli obblighi ripristinatori e manutentivi – e le connesse responsabilità – rimanessero in capo al rinunciante, lo scopo di tali rinunce verrebbe meno a monte<sup>36</sup>.

## 7. La nullità della rinuncia abdicativa valutabile caso per caso

In base ad una impostazione intermedia la rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare esclusiva è ammissibile<sup>37</sup>, ma occorre valutarne, volta per volta, sulla scorta dell'analisi della fattispecie concreta, la sua validità<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Così FOLLIERI, *La proprietà insostenibile*, cit., 91 ss., secondo cui il proprietario di un immobile non procedrebbe mai nella dismissione del diritto reale vantato, se non avvenisse l'acquisizione del bene da parte dello Stato; non foss'altro perché è giuridicamente inconcepibile un bene immobile privo di titolare. Chi rinuncia alla proprietà lo fa perché vuole evitare – attraverso la necessaria acquisizione del bene al patrimonio statale – di sostenere i costi, gli oneri e i pesi collegati alla titolarità del diritto reale.

<sup>37</sup> Sull'ammissibilità in sé della rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare PELLEGRINI, *Proprietà privata e Stato nel dibattito sulla rinuncia alla proprietà del bene immobile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2021, 2, 235 ss. Nel senso del superamento della contrapposizione tra prerogative proprietarie e funzione sociale, si vedano, da ultimo, le considerazioni di BOZZI, *La rinuncia alla proprietà del bene "diseconomico". Brevissime riflessioni su ammissibilità e possibili alternative all'acquisto del bene oggetto di rinuncia da parte dello Stato*, in *Rinuncia alla proprietà immobiliare. Discussione intorno all'ammissibilità dell'atto e alle soluzioni alternative*, Atti del convegno del 1° dicembre 2023 svoltosi a Manfredonia, Circolo Unione (con appendice documentale), a cura di MANOLITA-FOLLIERI, cit., in particolare 77 ss., che prospetta la possibilità di collaborazione tra lo Stato, divenuto proprietario a seguito di rinuncia, ed enti del Terzo Settore, ai fini della riqualificazione dei beni in termini socialmente vantaggiosi; DE TULLIO, *Costituzione di un vincolo di uso pubblico su immobili diseconomici e regole di pubblicità*, *ibidem*, in particolare 112 ss., che a sua volta indica – stavolta in alternativa alla rinuncia alla proprietà – alcune figure di destinazione alla fruizione collettiva dei beni diseconomici, quali i vincoli di uso pubblico (da trasciversi agli effetti dell'art. 2645-*quater* c.c.) e la co-gestione pubblico-privato, citando, a quest'ultimo proposito, i casi dell'ex Asilo Filangieri di Napoli e del birrifico sociale "Fuori Orario" di Bari.

<sup>38</sup> In dottrina aderiscono a questa lettura BELLINIA, *La rinuncia alla proprietà e ai diritti reali di godimento*, cit., 3 ss.; FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare)*, cit., 125.

Tale indagine casistica<sup>39</sup> deve muovere dal dinamico collegamento con la causa in concreto della rinuncia, che permette di valorizzare lo scopo pratico del negozio, conferendo rilievo ai motivi che spingono la parte a dismettere l'immobile, quali l'impossibilità economica di sopportare costi per interventi di ristrutturazione urgenti e non prorogabili, la responsabilità civile che al proprietario può derivare per danni arrecati a terzi qualora il proprietario non provveda alla messa in sicurezza del fabbricato fatiscente, l'impossibilità economica di fare fronte agli oneri tributari degli immobili, la scarsa appetibilità dell'immobile sul mercato<sup>40</sup>.

In questo senso si è espresso il parere dell'Avvocatura generale dello Stato 14 marzo 2018, prot. n. 137950, su richiesta dell'Avvocatura distrettuale di Genova, che – per un verso – ha prospettato l'ammissibilità della rinuncia dismissiva e – per altro verso – ne ha configurato la possibile nullità, in ragione dell'indagine casistica.

Sotto il primo profilo, negare l'ammissibilità della rinuncia abdicativa significherebbe teorizzare la tesi della proprietà forzata o imposta, in spregio alla possibilità riconoscibile al proprietario di dismettere il proprio diritto, quale manifestazione della facoltà di disposizione<sup>41</sup>.

Alla rinuncia, in questa prospettiva, sarebbe sotteso un interesse protetto dall'ordinamento, fondato sull'analisi comparativa dei costi e benefici, cosicché la rinuncia sarebbe espressione dell'autonomia negoziale e della libertà dell'individuo, principi in forza dei quali l'attribuzione di una sfera di dominio, attraverso la disposizione del diritto, comprenderebbe anche la facoltà di disfarsene<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> In termini contrari alla verifica caso per caso della validità dell'atto si esprime BRIZZOLARI, *Note a margine di un caso emblematico di rinuncia alla proprietà immobiliare*, cit., 631 ss., poiché il controllo "caso per caso" sulla causa in concreto dell'atto costituirebbe un chiaro disincentivo (e un velato monito) ai notai, che vedrebbero esposto l'atto rogato ad una impugnazione dagli esiti incerti.

<sup>40</sup> Vedi COLONNA, *A proposito della causa della rinuncia abdicativa alla proprietà*, in *Notariato*, 2020, 4, 376 ss. L'indicazione delle fattispecie consente di accostare la rinuncia alle ipotesi in cui, per lo stesso scopo, connesso alle *discommodities*, si proceda alla c.d. vendita inversa (con prezzo negativo o a carico del venditore), in cui il titolare di un bene inutile, che costituisce per lui esclusivamente fonte di pesi – giuridici ed economici –, ne trasferisce la proprietà ad altri, unitamente ad una somma di denaro in favore dell'acquirente, detta premio, al fine di incentivare l'acquisto: così FOLLIERI, *La proprietà insostenibile. Rinuncia alla proprietà immobiliare tra interesse privato e ragioni della collettività*, cit., 21 ss., che menziona, quali casi di maggior rilievo, la cessione di suoli inquinati a soggetti interessati alla bonifica ai fini del successivo sfruttamento degli stessi e il trasferimento di aziende o rami aziendali (ovvero di partecipazioni) nella titolarità di società con patrimonio netto negativo. Nondimeno, l'Autore sostiene che la vendita inversa non costituisce un'alternativa alla rinuncia alla proprietà, in considerazione della struttura bilaterale del negozio.

<sup>41</sup> Così PARDOLESI-BONA, *L'abbandono mero degli immobili*, cit., 88 ss.

<sup>42</sup> In questo senso GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, cit., 99, secondo cui la rinuncia non è che uno dei modi in cui può attuarsi il potere di disposizione del soggetto in ordine ad un proprio diritto; MEGLIO, *Note in tema di rinuncia alla proprietà*, in *Jus civile*, 2019, 6, 630 ss., secondo cui la dimissione del diritto rappresenta la massima espressione del potere di disposizione che compete

In attuazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 3 e 41 Cost., delle facoltà riconosciute dall'art. 832 c.c. – secondo cui, delineandosi il contenuto del diritto<sup>43</sup>, il proprietario ha la facoltà di godere e disporre del diritto in modo pieno ed esclusivo, seppure entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi sanciti dall'ordinamento –, dell'imprescrittibilità della proprietà<sup>44</sup> e degli effetti contemplati dall'art. 827 c.c. – che regola il principio della sovranità sul territorio in favore dello Stato, in collegamento con l'art. 838, primo e secondo comma, c.c., a mente del quale allo Stato è consentito provvedere all'espropriazione dei beni produttivi e non nonché dei beni dannosi per la collettività –, deve reputarsi, dunque, ammissibile che rientri nei “poteri” del proprietario dismettere il proprio diritto<sup>45</sup>.

Del resto, l'ammissibilità della rinuncia abdicativa della proprietà immobiliare costituisce il precipitato della tipizzazione normativa delle rinunce liberatorie atte a liberarsi delle obbligazioni *propter rem* e della riferibilità dei vincoli di forma e pubblicità di cui agli artt. 1350 e 2643 c.c. anche alle rinunce dismissive.

Né la funzione sociale della proprietà può costituire un ostacolo in sé alla dismissione del diritto con effetti riflessi in favore dello Stato<sup>46</sup>, posto che – anche in relazione alla connessa previsione citata di cui all'art. 838 c.c. (specie con riferimento al suo secondo comma, che ammette l'espropriazione dei beni che nuocciono gravemente al decoro delle città o alle ragioni dell'arte, della storia e della sanità pubblica, ossia della proprietà “dannosa”) – si ricava che siffatta funzione sociale, così come contemplata dal Costituen-

---

al titolare e non può dubitarsi che il diritto di proprietà, in quanto disponibile, sia perciò suscettibile di rinuncia. In termini differenti, FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): tra dogmatica ed ermeneutica degli interessi*, in *Riv. dir. priv.*, 2, 2024, 19 ss.

<sup>43</sup> Sul fatto che l'atto di disposizione attenga al contenuto interno del diritto di proprietà, anche in ragione del collegamento tra interesse e potere di disporre, PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica. Saggi*, Milano, 1951, 3 ss.; PUGLIATTI, *Considerazioni sul potere di disposizione*, *ibidem*, 33 ss. Vedi anche SCARANO, *La rinuncia abdicativa al diritto di proprietà (esclusiva) sui beni immobili: osservazioni sui più recenti orientamenti e prospettive comparate*, in *Contr. impr.*, 2021, 959 ss., a cui avviso la tesi che propugna la rinuncia abdicativa alla proprietà è ampiamente accolta sul presupposto che la facoltà di disposizione consegue al “nucleo stesso del diritto di proprietà”. Nel senso, invece, che la facoltà di rinuncia non discenda dall'interesse soddisfatto attraverso l'attribuzione del diritto, sicché l'abdicazione non atterrebbe al contenuto del diritto ma sarebbe ad esso esterna, CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione “novativa” del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968, 154; COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, 65 ss., secondo cui, per individuare il contenuto del diritto di proprietà, non è sufficiente riferirsi alla facoltà di disporre, qualitativamente distinta dalla facoltà di godere, cosicché la facoltà di disposizione mediante realizzazione piena del valore di scambio della cosa sarebbe una manifestazione del godimento, in cui non rientrerebbe la rinuncia.

<sup>44</sup> Il tema della connessione tra rinuncia abdicativa, acquisto dello Stato ex art. 827 c.c. e principio di imprescrittibilità della proprietà è affrontato da AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, 47.

<sup>45</sup> Sul collegamento con l'art. 838 c.c. RENDA, *Derive e approdi*, cit., 23 ss.

<sup>46</sup> In questo senso DE MAURO, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, cit., 196, secondo cui, ammettendosi la figura in generale, si finirebbe per attribuire proprio al titolare un potere dispositivo di situazioni giuridiche che per loro natura sono sottratte alla disponibilità dei privati.

te, riveste un ruolo propulsivo e non inibitorio della rinuncia alla proprietà “pericolosa” (verso la collettività). Altrimenti non avrebbe senso prevedere la requisizione dei beni che siano dannosi per la collettività, sempre alla stregua di tale funzione sociale.

In questa dimensione la rinuncia opera come “strumento” a disposizione del proprietario per sopperire al mancato esercizio del potere espropriativo da parte dello Stato, rientrando l’esigenza di non far gravare un bene “inutile” sul singolo, bensì sulla collettività (con diluizione dei costi), in una delle forme di mutua assistenza tra i consociati<sup>47</sup>.

Tesi che conforta la ricostruzione in termini di ammissibilità della rinuncia (senza inficiare la valutazione caso per caso della validità della rinuncia ammissibile).

In seguito all’adozione del parere dell’Avvocatura generale, con nota dell’Ufficio centrale degli Archivi notarili presso il Ministero della giustizia del 15 marzo 2018, è stato previsto che il rinunciante debba comunicare la rinuncia all’Agenzia del demanio e che i notai debbano vigilare sul tale comunicazione (appunto allo scopo di permettere il vaglio sulla validità dell’abdicazione avvenuta ed eventualmente decidere di agire per far valere la sua nullità).

Quanto al secondo profilo, seguendo tale ricostruzione, la rinuncia costituisce espressione della libertà negoziale, sebbene detta libertà non sia illimitata: i relativi limiti possono essere desunti dagli artt. 4, primo comma, 42, secondo comma, nonché 2 e 41, secondo comma, Cost.

Diversamente si determinerebbe un’asimmetria ingiustificata con la disciplina della successione *mortis causa* regolata dall’art. 586 c.c.

Sicché, iscritta la rinuncia abdicativa nell’ambito dei negozi unilaterali causali, atipici e a contenuto patrimoniale, con effetto estintivo diretto e con effetto acquisitivo riflesso (a titolo originario), la validità in concreto della rinuncia deve essere ponderata in correlazione con la valutazione della meritevolezza degli interessi perseguiti secondo l’ordinamento giuridico, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1322 e 1324 c.c.

Dalla sindacabilità della causa, dunque, discende la validità/invalidità della rinuncia: ove la causa sia connotata dall’intento egoistico di trasferire sull’erario i costi necessari per le opere di consolidamento, manutenzione o demolizione di immobili dissestati ovvero per le opere di bonifica dalle parti di fondo inquinate (eventualmente con beneficio diretto della zona limitrofa rimasta oggetto di proprietà privata) e di far ricadere sullo Stato le conseguenze, in termini di responsabilità civile o penale, per i danni derivanti dal crollo o dalla rovina dell’immobile, la rinuncia sarà nulla in esito alla valutazione della non meritevolezza degli interessi perseguiti.

Ovvero la nullità può essere predicata per illiceità della causa, ai sensi dell’art. 1343 c.c., allorché, attraverso la rinuncia, il rinunciante violi le norme imperative che prescri-

---

<sup>47</sup> Peraltro, in dottrina si evidenzia che, nell’attuale sistema, sarebbe possibile sperimentare tecniche di protezione e governo dei beni che prescindano dalla mediazione dello schema domini-cale. La non proprietà troverebbe in altri ordinamenti un riscontro importante: così RESTA, *Il problema della rinuncia alla proprietà immobiliare nella prospettiva del diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2024, 284; QUARTA, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell’accesso ai beni*, Napoli, 2016, 2 ss.

vono di demolire o riparare un immobile pericolante, eventualmente all'esito di un'ordinanza *extra ordinem* contingibile e urgente (con assunzione dei costi di abbattimento degli immobili vetusti), o che ascrivono all'inquinante di provvedere alla bonifica del terreno di sua proprietà che questi abbia inquinato.

Con riferimento agli immobili abusivi è, invece, l'art. 31, terzo comma, del Testo unico edilizia (di cui al d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) a prevedere che, ove l'autore dell'abuso non assuma l'obbligo di demolizione dell'abuso stesso, il bene sia acquisito a titolo gratuito al Comune.

La nullità del negozio unilaterale abdicativo può essere invocata anche in ragione della violazione dell'ordine pubblico costituzionale in materia di proprietà.

O, ancora, la rinuncia in concreto può costituire il mezzo o lo schermo per eludere l'applicazione della norma imperativa e, in tal caso, troverà applicazione, ai fini della dichiaratoria di nullità, l'art. 1344 c.c.

Oppure la nullità può derivare dall'illiceità del motivo esclusivo che ha indotto il rinunciante ad abdicare al diritto dominicale, ai sensi dell'art. 1345 c.c., in sintonia con la disciplina sulla nullità della donazione e del testamento ex artt. 788 e 626 c.c.

Pertanto, una volta ammessa la categoria della rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare, la sorte dell'atto presuppone un controllo, volta per volta, della causa in concreto di detta rinuncia.

Più problematica è la trasposizione della valutazione della rinuncia dal piano statico della patologia dell'atto al piano dinamico dell'esercizio del diritto, all'esito di una comparazione tra il beneficio del rinunciante e il sacrificio cui è sottoposto l'ente pubblico che acquisisce il diritto.

Sembra infatti difficilmente praticabile un'analisi sulla sproporzione ingiustificata tra benefici e sacrifici, a fronte di un acquisto del diritto in favore dello Stato meramente riflesso, a titolo originario, e dell'iscrizione della rinuncia nell'ambito di una facoltà dispositiva del diritto, che determina l'uscita della proprietà del bene dal patrimonio del disponente. A fronte dell'atto dispositivo, non pare compatibile negare l'efficacia della disposizione, in quanto abusiva<sup>48</sup>.

## 8. Conclusioni sull'inquadramento sistematico della rinuncia dimissiva

Alla luce del quadro di insieme delineato e delle coordinate in premessa valorizzate sia in ordine alla delimitazione dell'oggetto della rinuncia rilevante in questa sede, sia con riguardo alla natura giuridica e alle caratteristiche della rinuncia abdicativa nel no-

---

<sup>48</sup> Per la tesi possibilista sull'integrazione di una forma di abuso del diritto DAMIANI, *La rinuncia alla proprietà immobiliare è abuso del diritto?*, in *www.juscivile.it*, 161 ss.; PIAIA, *Il problema della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare nella dinamica della comparazione degli interessi: una lettura alternativa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2022, 3, 301 ss., in particolare 335 ss.

stro ordinamento giuridico, in attesa della pronuncia delle Sezioni unite, tirando le fila della trattazione svolta, si può affermare che:

- 1) La categoria giuridica della rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare esclusiva è contemplata dal diritto positivo ed è recepita dalla giurisprudenza di legittimità, quale forma di manifestazione della facoltà di disposizione del proprietario, che può consistere anche nel disfarsi del diritto dominicale.
- 2) L'ammissibilità della figura della rinuncia dismissiva costituisce un *quid* (la rinuncia abdicativa è ammissibile) e non un *quantum* graduabile, sicché non può sostenersi la tesi di un'ammissibilità "selettiva"; con la precisazione che il piano dell'ammissibilità è distinto e presupposto rispetto al piano della validità, piano, quest'ultimo, che postula appunto un giudizio positivo sull'ammissibilità;
- 3) Le obbligazioni *propter rem* che gravano sul proprietario *ex lege*, in quanto titolare del diritto sulla *res*, sebbene si estinguano con la dismissione del diritto, rivivono a carico dello Stato, in ragione del suo acquisto a titolo originario degli immobili vacanti.
- 4) A fronte dell'abdicazione alla proprietà "pericolosa", "diseconomica" o "fastidiosa", la fattispecie – come plasticamente modellata rispetto al caso concreto – può presentare aspetti patologici incidenti sulla validità del negozio unilaterale, in esito alla valutazione della funzione giustificativa e individualizzante da esso perseguita, in ragione della sintesi degli interessi che vengono in gioco, tenuto conto della natura astratta della rinuncia e della necessità di ponderare la meritevolezza di detti interessi; e ciò sebbene la sussunzione nella fattispecie astratta non possa prescindere dall'analisi delle ragioni in concreto che hanno determinato la scelta abdicativa.

Il fatto che l'indagine sulla validità della rinuncia abdicativa non possa ignorare il *quomodo* (ossia l'atteggiarsi) della rinuncia caso per caso non rappresenta un ostacolo al recepimento della categoria (così come il fatto che i singoli tipi negoziali utilizzati dai consociati possano, in concreto, essere invalidi, non significa che il tipo negoziale non sia ammissibile nel nostro ordinamento).

#### ABSTRACT

Il saggio affronta il tema relativo all'ammissibilità della rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare esclusiva, sondando le possibili ricadute sulla patologia dell'atto delle dismissioni speculative od opportunistiche delle proprietà pericolose o diseconomiche o fastidiose.

*The essay examines the admissibility of the relinquishment of exclusive real estate ownership, analyzing its potential implications for the defectiveness of the act in cases of speculative or opportunistic divestments of hazardous, uneconomical, or burdensome properties.*





### Il notaio e la rinuncia alla proprietà immobiliare\*



Rolando Quadri

Prof. ord. dell'Università di Napoli "Federico II"

**SOMMARIO:** **1.** Il problema della rinunziabilità della proprietà immobiliare nella prospettiva del notaio. – **2.** I contrasti interpretativi. – **3.** La difficile individuazione della disciplina della rinuncia alla proprietà. – **4.** Considerazioni conclusive: la rinuncia alla proprietà immobiliare, tra validità e responsabilità del rinunziante.

#### 1. Il problema della rinunziabilità della proprietà immobiliare nella prospettiva del notaio

Se è agevole individuare, almeno dal punto di vista definitorio, i tratti salienti dell'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare, un recente acceso dibattito si è sviluppato con riguardo alla relativa ammissibilità, alla stregua dei principi generali del nostro ordinamento. Nel riferirsi alla rinuncia alla proprietà immobiliare, si intende correntemente quell'atto unilaterale, posto in essere dal proprietario, mediante il quale quest'ultimo dismette la propria situazione soggettiva, così provocandone la fuoriuscita dalla propria sfera giuridica. Ciò che, invece, appare controverso, soprattutto alla luce delle recenti (e crescenti) contrapposizioni di opinioni, è se quello stesso atto di rinuncia alla proprietà immobiliare possa ritenersi compatibile, appunto, con i principi del nostro ordinamento. Il riferimento operato, in questa sede, ai principi dell'ordinamento, e non, piuttosto, a singole specifiche disposizioni, appare necessario (e voluto), in quanto, con riferimento alla rinuncia alla pro-

---

\* Il presente scritto riproduce, con l'aggiunta degli essenziali riferimenti bibliografici atti a chiarire quanto affermato nel testo, la relazione svolta al Convegno su "La facoltà abdicativa del diritto di proprietà all'esame delle Sezioni Unite", tenutosi il 19 febbraio 2025 presso l'Aula Magna della Corte di Cassazione.

prietà immobiliare, non sussiste traccia di compiuta disciplina nel tessuto legislativo, né è dato rinvenirvi, conseguentemente, divieti contenuti in norme inderogabili.

In un contesto articolato come quello – ancorché brevemente – dianzi delineato, il notaio viene frequentemente chiamato, nello svolgimento della propria prestazione professionale, a confrontarsi con la materia della rinuncia alla proprietà immobiliare, finendo col venirsi a trovare nella delicata situazione di dover decidere se ricevere o meno il medesimo atto di rinuncia, nella consapevolezza di esporsi al più che fondato rischio che quell'atto diventi per lui fonte di responsabilità.

Al riguardo, appare opportuno prendere le mosse, a mo' di premessa, dal contenuto dell'art. 28, l. 16 febbraio 1913, n. 89 (c.d. legge notarile), rappresentante uno dei profili maggiormente controversi tra quelli concernenti l'attività del notaio, soggetto elettivamente deputato dall'ordinamento ad attribuire pubblica fede agli atti ricevuti<sup>1</sup>. Ai sensi del citato art. 28, nella sua attuale formulazione, il notaio, tra l'altro, non può ricevere o autenticare atti “se essi sono espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico”<sup>2</sup>. Anche in relazione a tale ultima disposizione, è dato assistere ad un articolato mosaico di ricostruzioni sviluppatosi in dottrina e in giurisprudenza, a causa, soprattutto, del riferimento ivi contenuto al concetto tecnicamente non preciso di atto “espressamente proibito dalla legge” e, più in generale, dell'evoluzione ermeneutica nella stessa materia dell'invalidità.

Questa breve, ma necessaria, premessa consente di cogliere, già in linea di prima approssimazione, quanto sia importante per il notaio conoscere quale risposta dare al quesito relativo alla validità o invalidità dell'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare: dalla risposta ad un simile quesito, appunto, finisce col dipendere l'opzione del notaio in ordine alla ricevibilità o meno dell'atto stesso. Non essendo questa la sede per approfondire i termini della discussione<sup>3</sup>, appare sufficiente, ai fini delle presenti riflessioni, richiamare

<sup>1</sup> Sul punto, per tutti, GIANNINI, voce *Certezza pubblica*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1960, 781.

<sup>2</sup> Per completezza, va ricordato come la violazione dell'art. 28 l. not., essendo ritenuta dal legislatore comportamento particolarmente grave, possa comportare la sospensione del professionista.

<sup>3</sup> In estrema sintesi – e riducendo ai minimi termini le ricostruzioni in materia, senza tenere conto delle peculiarità delle differenti singole impostazioni – possono individuarsi sostanzialmente due opposte concezioni della responsabilità del notaio ai sensi dell'art. 28 l. not.: la prima, avallata dalla giurisprudenza meno recente (v., ad es., Cass., 10 novembre 1992, n. 12081, in *Vita not.*, 1993, 950), alla cui stregua nel concetto di “atti espressamente proibiti dalla legge” dovrebbero farsi rientrare tutti gli atti posti in essere in contrasto con norme imperative, sia quelli affetti da nullità che quelli affetti da annullabilità; la seconda, maggiormente diffusa in dottrina (per tutti, ANGELONI, *la responsabilità civile del notaio*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, a cura di GALGANO, Padova, 1990, 23 ss.), nonché abbracciata dalla giurisprudenza più recente (cfr., in questi termini, la fondamentale pronuncia di Cass., 11 novembre 1997, n. 11128, in *Riv. not.*, 1998, II, 493), secondo la quale solo l'atto sanzionato con la nullità rientrerebbe nel novero degli atti vietati dall'art. 28 l. not. Ad ogni buon conto, per ulteriori approfondimenti e riferimenti bibliografici, basti qui rinviare a R. QUADRI, *Responsabilità del notaio ai sensi dell'art. 28 l. not. e nullità c.d. di protezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, Padova, 2009, 341 ss.

il più recente (e consolidato) orientamento della Suprema Corte, la quale, nel cimentarsi nell'esegesi della regola contenuta nell'art. 28 l. not., ritiene che "gli 'atti proibiti dalla legge' sono, in sostanza, gli atti nulli", ovvero "quegli atti che la legge, in considerazione del loro contenuto, ritenga non dover riconoscere per la tutela di un interesse superiore, sottratto alla disponibilità della parte"<sup>4</sup>. A ciò si aggiunga come l'avverbio "espressamente" inserito nel testo dell'art. 28 l. not., secondo l'impostazione da ultimo prospettata, debba utilizzarsi nel senso di "inequivocamente", con ciò intendendo riferirsi alle ipotesi di contrasto dell'atto con la legge, anche secondo la generica applicazione dell'art. 1418, comma 1, cod. civ., purché frutto di un "consolidato orientamento interpretativo": in conclusione, il notaio, stante il su esposto orientamento, incorrerà nella violazione dell'art. 28 l. not. solo allorché abbia a ricevere ovvero autenticare atti affetti da nullità assoluta, purché tale ultimo carattere sia "inequivocamente" comprovato da consolidati orientamenti in materia.

## 2. I contrasti interpretativi

Tornando, quindi, al tema qui oggetto d'esame, affermare la validità o invalidità della rinuncia alla proprietà immobiliare diviene passaggio essenziale per il notaio, allorché il contenuto dell'atto che questi sia chiamato a ricevere abbia ad oggetto, appunto, detta rinuncia. In questa prospettiva, la preannunciata pronunzia delle Sezioni Unite della Suprema Corte dovrebbe apparire, almeno in linea di prima approssimazione, decisiva. Negli ultimi anni, infatti, le contrapposte ricostruzioni della materia sono valse a mettere in discussione la tradizionale affermazione dell'ammissibilità della medesima rinuncia alla proprietà immobiliare<sup>5</sup>, incrinando, per così dire, la sicurezza degli esercenti la professione notarile rispetto alla questione della ricevibilità dello stesso atto di rinuncia.

In periodi di profonda crisi economica e di conseguente ridotta liquidità nella composizione patrimoniale dei consociati, la rinuncia alla proprietà immobiliare è stata interpretata spesso quale strumento per sottrarsi alla gestione del bene, ove divenuta eccessivamente onerosa e, quindi, non più conveniente per il proprietario<sup>6</sup>. Quale conseguenza indirettamente provocata dalla rinuncia da parte del titolare alla proprietà, sempre secondo l'impostazione tradizionale, il bene immobile oggetto dell'atto abdicati-

<sup>4</sup> Il riferimento è alla richiamata pronunzia di Cass., 11 novembre 1997, n. 11128, cit.

<sup>5</sup> Il potere di rinunciare al diritto, al pari del potere di alienazione, tende ad essere ritenuto espressione del carattere della disponibilità del diritto (v., ad es., SICCHIERO, voce *Rinuncia*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, 653), a sua volta profilo connaturale ai diritti patrimoniali (così, MAGAZZÙ, voce *Perdita dei diritti*, in *Enc. del dir.*, XXXII, Milano, 1982, 975 s.), tra i quali, ovviamente, devono essere ricompresi i diritti reali e, quindi, primo tra tutti, il diritto di proprietà.

<sup>6</sup> Sul punto, in una prospettiva anche comparatistica, v. le recenti riflessioni di RESTA, *Il problema della rinuncia alla proprietà immobiliare nella prospettiva del diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 261 ss.

vo sarebbe acquistato al patrimonio dello Stato, in dipendenza del meccanismo previsto dall'art. 827 cod. civ.

Non pare questa la sede per ripercorrere con profondità e precisione tutti i termini nei quali trovano articolazione le discussioni in argomento<sup>7</sup>, ma qualche breve considerazione si presenta necessaria, al fine di comprendere come la problematica della rinuncia alla proprietà immobiliare appaia trasversale, anche a livello istituzionale. In considerazione della proliferazione degli atti di rinuncia alla proprietà immobiliare da parte di privati e del conseguentemente ipotizzato (automatico) acquisto in capo allo Stato dei beni oggetto di rinuncia, l'Avvocatura dello Stato è intervenuta con un noto parere (prot. n. 137950 del 14 marzo 2018), sovente invocato nel senso della non rinunziabilità della proprietà immobiliare<sup>8</sup>, nel quale, peraltro, lungi dal pronunziarsi, in linea generale, in senso ostativo alla rinunziabilità della proprietà immobiliare, sembrerebbe limitarsi a rinviare all'esame della c.d. causa in concreto<sup>9</sup> dell'atto abdicativo, onde valutarne l'eventuale incompatibilità con gli artt. 42, comma 2 e 41, comma 2, Cost., nelle ipotesi in cui il proprietario abbia perfe-

<sup>7</sup> Sia consentito rinviare, allora, a R. QUADRI, *La rinuncia al diritto reale immobiliare. Spunti di riflessione sulla causa dell'atto unilaterale*, Napoli, 2018, 30 ss.; ID., *Brevi riflessioni sull'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 105 ss.; ID., *La rinuncia alla proprietà immobiliare: le alternative nel dibattito che precede l'intervento delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, II, 1472 ss.

<sup>8</sup> V., ad es., FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, Napoli, 2019, 43, nt. 20.

<sup>9</sup> La maturata consapevolezza dei confini esistenti, rispettivamente, tra i concetti di "causa" e "tipo" e tra i giudizi di "meritevolezza" e "liceità", sembrerebbe trovare riscontro nella ormai ricorrente affermazione secondo cui la causa, quale elemento del contratto, rappresenterebbe un elemento da individuarsi in relazione ad ogni singola fattispecie: vale a dire, "in concreto". Sul punto, per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, 447 ss., il quale, nel definire la "causa concreta" quale "ragione concreta del contratto", ovvero come "l'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare", rileva che "la nozione di causa quale funzione pratica del contratto può avere una sua rilevanza solo in quanto si accerti la funzione che il singolo contratto è diretto ad attuare" e che "è inoltre alla causa concreta che occorre fare riferimento per qualificare il contratto" (il corsivo è dell'a.). La stessa giurisprudenza pare aver recepito, in tempi ormai non più recenti e con una maturata nuova consapevolezza, il concetto di "causa in concreto", così disancorandosi dalla tradizionale visione della stessa causa quale "funzione economico-sociale" del contratto e, nel contempo, prestando adesione alla mutata prospettiva concettuale. In particolare, la Suprema Corte, dopo aver compiuto una riflessione sulle motivazioni di carattere storico che hanno condotto alla definizione della causa in termini di "funzione economico-sociale" e partendo dal "presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale", arriva a condividere la ricostruzione dell'elemento causale "in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato)": in tale prospettiva, la causa risultando "ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto", v., esemplarmente, Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1985, secondo "un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga infine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale".

zionato lo stesso atto di rinuncia “con l’unico intento di far ricadere sullo Stato (e, dunque, sull’intera collettività) gli oneri connessi alla titolarità del diritto di proprietà, nonché le eventuali future responsabilità”; ferma, comunque, restando “la responsabilità del rinunciante ex artt. 2043, 2051 e 2053 c.c. per i danni a cui questi abbia dato causa con il fatto proprio omissivo, cioè con l’omissione, in passato, dei necessari ed ineludibili interventi di manutenzione e messa in sicurezza del proprio immobile”.

Anche nella giurisprudenza amministrativa emerge la problematica della rinuncia alla proprietà immobiliare ed essa riceve diverse ricostruzioni, ancorché nella peculiare prospettiva della rinuncia c.d. implicita, vale a dire quella insita “nella richiesta di risarcimento del danno per equivalente monetario a fronte dell’irreversibile trasformazione del fondo”, nell’ipotesi di occupazione del fondo medesimo da parte della pubblica amministrazione non seguita da espropriazione legittima per la realizzazione di opera pubblica. Al riguardo, in due interventi ravvicinati, il Consiglio di Stato, rivedendo la propria precedente posizione<sup>10</sup> – pur non mancando di puntualizzare che la questione “non riguarda l’ammissibilità in generale dell’istituto della rinuncia abdicativa” – dapprima esclude la configurabilità della rinuncia abdicativa quale atto implicito<sup>11</sup> e, successivamente, anche se con specifico riferimento al solo contesto dell’occupazione *sine titulo*, da parte della pubblica amministrazione, del bene di proprietà privata, pare orientarsi, in effetti, nel senso di escludere la praticabilità della rinuncia alla proprietà da parte del titolare<sup>12</sup>.

Venendo, poi, al sempre più incerto scenario della giurisprudenza di merito<sup>13</sup>, si pone in posizione di estremo interesse la pronuncia del Tribunale di L’Aquila del 15 gennaio 2024, per aver innescato il meccanismo di cui all’art. 363 *bis* cod. proc. civ., disponendo, appunto, il c.d. rinvio pregiudiziale degli atti alla Suprema Corte di Cassazione “per la risoluzione della questione di diritto... attinente all’ammissibilità della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà su beni immobili nonché all’eventuale indicazione del perimetro del sindacato giudiziale sull’atto”<sup>14</sup>. Con successivo provvedimento del 28 febbraio 2024, la Prima Presi-

<sup>10</sup> Cfr., ad es., i principi espressi dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 9 febbraio 2016, n. 2, dal sito [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it)), che aveva individuato nella “rinuncia abdicativa... da parte del proprietario implicita nella richiesta di risarcimento del danno per equivalente monetario a fronte della irreversibile trasformazione del fondo” una delle modalità tali da determinare l’acquisizione del fondo da parte dell’amministrazione.

<sup>11</sup> In tal senso, Cons. Stato, Ad. Plen., 20 gennaio 2020, n. 2, dal sito [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it).

<sup>12</sup> Così, Cons. Stato, Ad. Plen., 20 gennaio 2020, n. 4, dal sito [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), argomentando la conclusione ostensiva alla rinunciabilità della proprietà immobiliare non soltanto perché, ad esito di quest’ultima, il bene sarebbe al più acquisito al patrimonio dello Stato e non dell’amministrazione occupante diversa dallo Stato, ma anche perché la stessa rinuncia non sarebbe di per sé strumento idoneo “ai fini della cessazione dell’illecito permanente costituito dall’occupazione *sine titulo* del bene di proprietà privata e della riconduzione della situazione di fatto a legalità”.

<sup>13</sup> Per il quale basti qui rinviare, da ultimo, a PIAIA, *Il problema della rinuncia alla proprietà immobiliare alla vigilia delle Sezioni Unite*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, I, 532 ss.

<sup>14</sup> Cfr. Trib. L’Aquila, 15 gennaio 2024, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 527, nonché, per l’esame del

dente della Suprema Corte, nel dichiarare l'ammissibilità del rinvio pregiudiziale sollevato dal Tribunale di L'Aquila e, quindi, assegnare la questione alle Sezioni Unite, evidenzia "la rilevanza pratica della questione", ritenendo senz'altro "apprezzabile, *prima facie*, la grave difficoltà interpretativa della questione", in considerazione, da un lato, della relativa "rilevanza non soltanto dogmatica o di sistemazione teorica"; dall'altro, delle "notevoli ricadute in termini concreti su diversi istituti, dalla proprietà al negozio giuridico", della stessa questione, in quanto tale "susceptibile di riflettersi nel campo dell'attività della pubblica amministrazione e nel settore tributario". Sostanzialmente ripercorrendo le argomentazioni già sviluppate dal Tribunale di L'Aquila, anche il Tribunale di Venezia, con pronuncia del 28 febbraio 2024, ha disposto il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di Cassazione per la risoluzione della stessa questione e, con provvedimento del 25 giugno 2024, la Prima Presidente della Suprema Corte dichiara ammissibile pure il rinvio pregiudiziale sollevato dal Tribunale di Venezia, con conseguente assegnazione della questione alle Sezioni Unite.

Tornando alla posizione del notaio, chiamato a cimentarsi con il tema dell'ammissibilità o meno dell'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare, si è dianzi rilevato come la prossima pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte sia destinata a fornire un contributo molto importante. Ci si deve domandare, tuttavia, se lo stesso potrà parimenti considerarsi – sempre nella prospettiva del notaio, lo si ripete, chiamato a decidere in ordine alla ricevibilità dell'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare – anche determinante. *Nulla quaestio*, infatti, ove la conclusione delle Sezioni Unite finisca con l'orientarsi in senso ostativo alla validità dell'atto di rinuncia: in tal caso, è ragionevolmente ipotizzabile una generale astensione degli esercenti la professione notarile dal prestare il proprio ministero, ove pure dovesse emergere la volontà del proprietario di rinunciare al proprio diritto.

Qualora, al contrario, le Sezioni Unite dovessero optare per la validità, in linea generale, dell'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare<sup>15</sup>, la "serenità" del notaio nel ricevere l'atto di rinuncia potrebbe risultare, in ultima analisi, solo apparente, non potendosi escludere, secondo i principi generali dell'ordinamento, che un determinato (singolo) atto di rinuncia alla proprietà, ove sottoposto al successivo vaglio dell'autorità giudiziaria, sia censurato con la nullità, per un vizio o difetto della c.d. causa in concreto. Anche se, invero, in tale ultima evenienza, l'ipotesi della potenziale nullità dell'atto unilaterale di "rinuncia" alla proprietà non parrebbe divergere, nella sostanza, da quella della nullità di qualsiasi altro negozio giuridico, anche dalla struttura "bilaterale" o "plurilaterale": il notaio dovrà, in effetti, sulla base degli elementi emergenti dall'indagine della volontà delle

---

relativo iter argomentativo, R. QUADRI, *La rinuncia alla proprietà immobiliare: le alternative nel dibattito che precede l'intervento delle sezioni unite*, cit., 1475 ss.

<sup>15</sup> Non può frasi a meno di rilevare come in uno studio di categoria, ancorché cronologicamente anteriore rispetto ai più recenti contrasti esegetici – il riferimento è a BELLINIA, *La rinuncia alla proprietà e ai diritti reali di godimento* (Studio Civilistico n. 216-2014/C, approvato dall'Area Scientifica – Studi Civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato il 21 marzo 2014) –, l'orientamento rappresentato deponga nel senso della ammissibilità della rinuncia alla proprietà immobiliare.

parti nel caso concreto – in questo caso, del rinunziante – formare il suo convincimento in ordine alla ricevibilità o meno di quel dato atto di rinuncia alla proprietà immobiliare.

### 3. La difficile individuazione della disciplina della rinuncia alla proprietà

Le incertezze di natura interpretativa che fanno da sfondo al tema della rinuncia alla proprietà immobiliare sono da ascrivere principalmente – come già accennato all’inizio – all’assenza, nel tessuto legislativo, di una compiuta disciplina dello stesso atto di rinuncia. Tale circostanza, almeno nelle più recenti ricostruzioni, ha indotto una parte degli interpreti a rileggere le stesse disposizioni tradizionalmente invocate a sostegno del carattere rinunziabile della proprietà, per giungere a conclusioni diametralmente opposte: il riferimento è, principalmente, alle previsioni contenute negli artt. 1350, n. 5, 2643, n. 5 e 827 cod. civ. ed alle regole nelle medesime disposizioni contenute<sup>16</sup>. Tuttavia, nonostante taluni argomenti testuali siano appunto invocati anche per contestare l’ammissibilità della rinuncia alla proprietà immobiliare, già in altra sede si è avuto modo di dimostrare come la *ratio* delle richiamate disposizioni sembri orientare maggiormente in una direzione di apertura alla rinunziabilità della proprietà immobiliare<sup>17</sup>.

Ad ogni buon conto, stante anche l’assenza di espressi divieti e la presenza, nel tessuto legislativo, di vari indici normativi in favore della soluzione affermativa, quest’ultima sembrerebbe pure quella maggiormente rispettosa dell’autonomia privata. In effetti, appare evidente come qualunque conclusione si voglia adottare in ordine alla rinunziabilità della proprietà immobiliare sia inevitabilmente destinata a incidere sulla conseguente visione dei rapporti tra privato e Stato, se è vero che, come dianzi rilevato e secondo l’opinione generalmente condivisa, l’atto di rinuncia produrrebbe, quale effetto ulteriore rispetto alla perdita del diritto da parte del rinunziante, l’acquisto automatico del bene medesimo in capo allo Stato, in applicazione del meccanismo regolato dall’art. 827 cod. civ.: contestare la conclusione in tal senso, fino a pervenire all’affermazione della radicale non rinunziabilità del diritto di proprietà da parte del titolare, equivarrebbe in buona sostanza, a prospettare una specifica concezione delle relazioni, appunto, tra privato e Stato.

In senso ostativo alla rinunziabilità della proprietà immobiliare – ed al di là della differente interpretazione fornita dei citati (scarni) riferimenti normativi – si tende ad invocare principalmente la contrarietà dello stesso atto di rinuncia al canone della “funzione sociale” di cui all’art. 42 Cost., dal quale sarebbe senz’altro consentito ricava-

<sup>16</sup> È questa, in particolare, l’impostazione di DE MAURO, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, Napoli, 2018, spec. 192 ss., LA PORTA, *La rinuncia alla proprietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 484 ss. e FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare)*, cit., 43 ss.

<sup>17</sup> Sul punto, v. le considerazioni svolte in R. QUADRI, *Brevi riflessioni sull’atto di rinuncia alla proprietà immobiliare*, cit., 105 ss., nonché ID., *La rinuncia alla proprietà immobiliare: le alternative nel dibattito che precede l’intervento delle sezioni unite*, cit., 1477 ss.

re il dovere del privato di mantenere in buono stato l'immobile e, conseguentemente, la preclusione, per lo stesso privato, mediante l'atto di rinuncia, di spostare il peso della custodia e della gestione dell'immobile in capo allo Stato, con il connesso inevitabile aggravio per la collettività. Il medesimo atto di rinuncia, in altre parole, perseguendo una funzione "antisociale" (in quanto, cioè, idoneo a produrre la distruzione od il degrado del territorio<sup>18</sup>, ovvero il risultato di sottrarre allo Stato il gettito fiscale legato alla proprietà del bene<sup>19</sup>), dovrebbe reputarsi, illecito e, quindi, nullo.

A parere di chi scrive, a non convincere è proprio l'idea che lo Stato non possa e non debba assumere su di sé, a seguito dell'atto di rinuncia perfezionato dal privato, la gestione immobiliare, anche se potenzialmente fonte di oneri. Una simile concezione, a ben vedere, pare corrispondere ad una visione incompleta del sistema legislativo, il quale sembra contemplare proprio l'eventualità che il privato trascuri la proprietà, così recando pregiudizio alla collettività. Il riferimento è ad una norma sostanzialmente trascurata dal recente dibattito in ordine alla rinunziabilità della proprietà immobiliare: l'art. 838, comma 2, cod. civ.

La disposizione da ultimo richiamata, infatti, legittima l'autorità amministrativa ad espropriare il bene del privato, qualora il deperimento del bene abbia come conseguenza quella "di nuocere gravemente al decoro delle città o alle ragioni dell'arte, della storia o della sanità pubblica": la relativa *ratio*, quindi, risulta evidentemente quella della tutela di interessi generali, da intendersi in senso assai ampio<sup>20</sup>. A questo punto, sorge spontaneo chiedersi: potrebbe mai lo Stato astenersi dall'intervenire, così adottando un comportamento, al pari di quello del privato, che finisca con l'aggravare la situazione di degrado dell'immobile? In altre parole, se l'espropriazione rappresenta, stando alla lettera della disposizione in questione, solo una facoltà – secondo la citata previsione, testualmente, "può farsi luogo all'espropriazione" – nei confronti del privato, attribuita dalla legge all'autorità amministrativa, la medesima espropriazione, nei rapporti tra Stato e collettività, dovrebbe piuttosto intendersi quale "dovere" invece che quale mera "facoltà".

Se quanto dianzi rilevato corrisponde al vero, la rinuncia alla proprietà immobiliare da parte del titolare, provocando proprio l'acquisto del bene in capo allo Stato, altro non finirebbe col realizzare se non lo stesso scopo che lo Stato medesimo "dovrebbe" raggiungere in base all'art. 838, comma 2, cod. civ.. Peraltro, la circostanza che il privato abbia rinunciato al proprio diritto sul bene immobile non potrebbe valere a cancellare la responsabilità dello stesso rinunziante per il passato.

A questo punto, vale la pena aggiungere un'ulteriore considerazione. Che l'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare risulti, in quanto tale, sempre idoneo a recare pregiudizio all'interesse della collettività è circostanza che, in ogni caso, andrebbe dimostrata. E, in assenza di una simile dimostrazione, non potrebbe *a priori* escludersi la legittimità in sé dell'atto di

<sup>18</sup> In tal senso, DE MAURO, *op. cit.*, 200.

<sup>19</sup> Per questa impostazione, LA PORTA, *op. cit.*, 490 s.

<sup>20</sup> Sul punto, v. l'insegnamento di AURICCHIO, *La individuazione dei beni immobili*, Napoli, 1960, 145 ss.



rinunzia<sup>21</sup>. Si dia il caso del privato che abbia perso interesse alla gestione del bene, ancorché in grado di produrre un risultato pur economicamente favorevole: anche se, certamente, tale ipotesi potrebbe apparire difficilmente verificabile in un contesto di razionalità economica. Si dia, allora, il caso del privato, proprietario di immobile di interesse archeologico, il quale, nelle more della normalmente lunga procedura espropriativa, non ricavi più utilità e, quindi, perda interesse alla gestione del bene. Le predette potrebbero sembrare ipotesi del tutto marginali, ma, in linea di principio, la stessa loro eventualità vale ad escludere soluzioni ostative, in linea generale, alla rinunziabilità della proprietà immobiliare.

#### 4. Considerazioni conclusive: la rinunzia alla proprietà immobiliare, tra validità e responsabilità del rinunziante

Conclusivamente, non può farsi a meno di sottolineare come il privato risulti sovente impotente al cospetto del degrado dell'immobile. Si pensi all'ipotesi del dissesto idrogeologico, ove non dipeso da specifici comportamenti del privato medesimo. Si pensi altresì al fenomeno dello sversamento di rifiuti da parte della criminalità organizzata, che nella normalità dei casi avviene anche "contro" la volontà del privato, il quale non sempre trova adeguato ausilio in un pronto intervento dalle autorità. Fino a che punto, allora, "deve" – o "può" – riconoscersi in capo al privato un obbligo di attivarsi per impedire il degrado del bene immobile (e, più in generale, il divenire esso, addirittura, fonte di pericoli per la collettività)? Può un tale obbligo riconoscersi anche qualora la situazione "patologica" in cui versa il bene immobile dipenda, appunto, anche da omissioni da parte delle stesse autorità competenti? E, infine, pure a voler individuare un simile obbligo in capo al privato, fino a che punto l'adempimento del medesimo può imporre a questi costi e spese? Magari fino al punto di rendere la proprietà del bene un valore patrimoniale marcatamente – e, in prospettiva, sempre più – "negativo"?<sup>22</sup>

Alla luce di quanto fin qui rilevato, il piano sul quale collocare l'ipotesi della cattiva gestione del bene da parte del privato e le relative conseguenze dovrebbe essere quello della

<sup>21</sup> In tal senso, BONA, *L'abbandono mero degli immobili*, Napoli, 2017, 95 ss.

<sup>22</sup> Pare il caso di aggiungere che, ove la proprietà dell'immobile si risolva in un valore patrimoniale marcatamente "negativo", comunque, l'effetto corrispondentemente "negativo" per lo Stato sia destinato con tutta probabilità a verificarsi al momento della morte del titolare, data, evidentemente, la ragionevole eventualità della rinunzia alla sua eredità da parte dei successibili, almeno nell'ipotesi di asse ereditario nel complesso non appetibile, con il conseguente prodursi dell'effetto di cui all'art. 586 cod. civ. Lo Stato, quindi, risponderebbe sì, *intra vires*, dei debiti ereditari, ma risponderebbe senza limitazione alcuna, invece, almeno per il futuro, dei debiti derivanti dalla gestione del medesimo cespite così acquisito. Insomma, ad esito di una simile complessa vicenda, l'acquisizione della proprietà a favore dello Stato sarebbe in ogni caso destinata a realizzarsi, anche a voler negare, in ipotesi, la – peraltro sicuramente più piana – rinunziabilità della proprietà da parte dell'originario proprietario. Sul punto, v. quanto già osservato in R. QUADRI, *La rinunzia al diritto reale immobiliare*, cit., 43 s., nt. 87.

imputazione di responsabilità, in termini di costi e spese addebitabili alla sua negligenza, e non anche, in linea generale, quello dell'invalidità dell'eventuale atto di rinuncia alla proprietà immobiliare, essendo tale potere, piuttosto, espressione della piena disponibilità del diritto. Tanto più che lo Stato, per quanto sopra detto, sarebbe comunque tenuto ad intervenire per impedire l'aggravio della situazione a mezzo dell'espropriazione. Né pare corretto un eventuale richiamo alla categoria dell'abuso del diritto, sempre in relazione all'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare<sup>23</sup>: se è vero che l'abuso del diritto consiste, secondo l'impostazione attualmente dominante, nell'esercizio del medesimo diritto per realizzare interessi diversi da quelli in vista dei quali la situazione soggettiva è riconosciuta e tutelata dall'ordinamento, come potrebbe prospettarsi la ricorrenza di un abuso, da parte del proprietario rinunziante, ove questi venga a trovarsi in una situazione caratterizzata dall'assenza di ogni interesse alla persistente titolarità del bene? In altre parole, l'abuso del diritto da parte del proprietario sembrerebbe presupporre comunque l'individuazione, in capo a questi, di un diverso interesse realizzabile mediante il legittimo esercizio del diritto<sup>24</sup>.

## ABSTRACT

L'indagine si propone di ricostruire il controverso tema della rinuncia alla proprietà immobiliare, analizzando i contrapposti orientamenti: il primo, nel senso dell'ammissibilità dell'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare; il secondo, tendente ad escluderne la legittimità.

*The investigation aims to reconstruct the disputed theme of renunciation of the real estate property, by analysing the opposites orientations: the first, which admits its legitimacy; the second, which denies the possibility.*

<sup>23</sup> Per l'accostamento del tema dell'abbandono del bene immobile a quello dell'abuso del diritto, con individuazione nell'abbandono del bene immobile di una potenziale "immissione di pericolo", da ritenersi abusiva nella misura in cui arrechi un danno sproporzionato a terzi, ovvero una molestia che comunque si sarebbe potuta evitare ove il bene fosse stato utilizzato diversamente, cfr. QUARTA, *Cose derelitte*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 798, secondo la quale, in conclusione, "l'abbandono di un bene immobile potrebbe costituire un abuso del diritto di proprietà: se, infatti, il non uso è certamente una delle facoltà che l'ordinamento riconosce al proprietario, la derelizione di utilità funzionalmente sociali scarica costi troppo alti sulla collettività, provocando un danno sproporzionato rispetto al vantaggio conseguito dal titolare del diritto".

<sup>24</sup> Del resto, "la funzione sociale non può essere in contrasto con l'essenza del diritto cui si riferisce; la stessa garantisce l'utilità sociale dell'attività proprietaria anche quando il potere viene esercitato con mire esclusivamente egoistiche": in tal senso, IANNELLI, *La proprietà costituzionale*, Napoli, 1980, 249, ad avviso del quale, appunto, "se la funzione sociale del diritto fosse in contrasto con l'interesse del titolare cui spetterebbe azionarlo, vi sarebbe la totale paralisi nell'esercizio dei singoli diritti". Più in generale, per una attenta ricostruzione dell'abuso del diritto, con particolare riferimento alla materia tributaria, cfr. G. PERLINGIERI, *Profili civilistici dell'abuso tributario. L'inoppugnabilità delle condotte elusive*, Napoli, 2012, 40 ss.



### Chiose a margine di un seminario sulla rinuncia alla proprietà immobiliare aspettando le Sezioni Unite\*



Giuseppe Guizzi

Prof. ord. dell'Università di Roma Tor Vergata

*in ricordo di Cosimo Cascione*

**SOMMARIO:** **1.** Perché non può accogliersi la tesi dell'illiceità della rinuncia alla proprietà: l'inconferenza dell'argomento costituzionale. – **2.** La meritevolezza dell'interesse egoistico sotteso alla rinuncia: alcune indicazioni normative. – **3.** La proprietà e «tutto il resto»: sul significato politico dell'art. 827 c.c. – **4.** Il «governo del territorio» come compito dello Stato non delegabile ai privati.

#### **1. Perché non può accogliersi la tesi dell'illiceità della rinuncia alla proprietà: l'inconferenza dell'argomento costituzionale**

Le relazioni del Consigliere Trapuzzano e dei colleghi Resta, Crea e Quadri hanno messo in luce, in maniera completa, i diversi argomenti intorno a cui si è svolto, in questi anni, il dibattito sulla questione dell'ammissibilità della rinuncia abdicativa alla proprie-

---

\* Lo scritto riproduce con qualche integrazione, ma mantenendone inalterata la forma discorsiva, e con l'aggiunta delle note, il testo del breve, ed estemporaneo, intervento al Seminario *La facoltà abdicativa del diritto di proprietà all'esame delle Sezioni Unite* organizzato dall'Associazione Civilisti Italiani e dalla Scuola Superiore della Magistratura-Struttura di formazione decentrata della Corte di Cassazione, tenutosi presso l'Aula Magna della Cassazione il 19 febbraio 2025.

tà immobiliare<sup>1</sup>, e come in definitiva tutti gli argomenti di ordine normativo che vengono invocati, rispettivamente a favore e contro la tesi della rinunciabilità, non possano essere considerati autenticamente decisivi<sup>2</sup>.

Tale non può considerarsi neppure l'argomento costituzionale, cui ha fatto riferimento Cesare Salvi, dal momento che il riconoscimento della «funzione sociale della proprietà» – cui pure sovente si ricorre<sup>3</sup> per negare la validità all'atto di rinuncia – non mi sembra possa costituire il fondamento della preclusione del potere del proprietario di abdicare al proprio diritto. L'art. 42 Cost. è chiaro, infatti, nello stabilire che è la «legge» che – oltre a determinare i modi di acquisto e di godimento della proprietà – ne fissa «i limiti», compresi quelli necessari per realizzare tale scopo. Tali limiti debbono, dunque, essere positivamente stabiliti dal legislatore e non possono certo essere ricavati dall'interprete attraverso un ricorso all'argomentazione per principi o alla teorica della *Drittwirkung*, ossia per il tramite dell'applicazione diretta della norma costituzionale, dovendosi senz'altro convenire con chi, in una prospettiva di riflessione più generale, ha osservato che la sua «applicazione da parte del giudice ordinario, in una controversia nella quale l'attore invochi (...) l'art. 42 Cost. per sindacare (...) un certo uso dei beni da parte dei proprietari si atterrebbe come usurpazione del potere legislativo e della prerogativa del Parlamento di operare la ponderazione di interessi», appunto quanto alla fissazione dei limiti al diritto di proprietà, «e prima ancora come arbitraria posizione di una fattispecie»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Il tema è divenuto di estrema rilevanza negli ultimi anni, anche per le ragioni ben indicate nella relazione di Giorgio Resta, e dunque legate alle perdite di valore di beni immobili non necessariamente determinate dall'incuria degli stessi da parte dei loro proprietari, ma dovute anche – e aggiungerei soprattutto – alla incapacità dello Stato di contrastare efficacemente fenomeni di degrado ambientale. La ripresa del dibattito in dottrina è stata suscitata dal noto studio redatto, per il Consiglio Nazionale del Notariato, da BELLINIVIA, *La rinuncia alla proprietà immobiliare e ai diritti di godimento*, in *Quaderni CNN*, 2014, 2, 137 ss.: tra i molti contributi dottrinali segnalato, senza alcuna pretesa di completezza, BRIZZOLARI, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, 187 ss.; DE MAURO, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, Napoli, 2018, *passim*; QUADRI, *La rinuncia al diritto reale immobiliare. Spunti di riflessione sulla causa dell'atto unilaterale*, Napoli, 2018, *passim*; SCARANO, *La rinuncia abdicativa al diritto di proprietà (esclusiva) sui beni immobili: osservazioni sui più recenti orientamenti e prospettive comparate*, in *Contr. e Impr.*, 2021, 959 ss.; F. SCOGNAMIGLIO, *La rinuncia abdicativa al diritto di proprietà*, in *Rass. Avv. Stato*, 4/2023, 210 ss.; e recentemente l'ampio saggio di RENDA, *Derive e approdi in tema di rinuncia alla proprietà immobiliare*, in *Eur. dir. priv.*, 2024, 1 ss.

<sup>2</sup> I termini della questione sono complessivamente bene indicati nell'ordinanza del 15 gennaio 2024 n. 233 con cui il Tribunale dell'Aquila ha disposto il rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 363-bis c.p.c. (rinvio dichiarato ammissibile con l'ordinanza del Primo Presidente del 28 febbraio 2024), a cui si può fare riferimento anche per esaustivi richiami delle diverse posizioni assunte dalla giurisprudenza, ordinaria e amministrativa.

<sup>3</sup> A partire, per vero, dal noto parere di massima dell'Avvocatura Generale dello Stato del 13 marzo 2018, n. 137950.

<sup>4</sup> Così CAMARDI, *Brevi riflessioni sull'argomentazione per principi nel diritto privato*, in *AA.Vv., Effettività e Drittwirkung: idee a confronto*, a cura di Navarretta, Torino, 2018, 3 ss., in specie 6.

D'altra parte non mi sembra che, nella prospettiva della soluzione della questione posta dall'ordinanza con cui il Tribunale dell'Aquila ha disposto il rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c., un itinerario percorribile possa essere quello – verso cui, se ho ben inteso, mi sembra andare la preferenza del Consigliere Trapuzzano – che pur riconoscendo, in forza di quello che potremmo considerare come l'«argomento dogmatico», che il potere di disporre della proprietà ex art. 832 c.c. comprende in sé, in ragione della sua pienezza, anche la facoltà di rinunciarvi<sup>5</sup>, pretende poi di sindacare la liceità della rinuncia abdicativa secondo una valutazione caso per caso, condotta sulla base di un controllo di meritevolezza dell'interesse in concreto perseguito dal rinunciante. Un simile itinerario sconta, a mio avviso, innanzitutto la difficoltà rappresentata dal fatto che è difficile negare che in ragione della rigidità della struttura dell'atto di rinuncia e della sua attitudine a produrre effetti limitati alla sfera del rinunciante – è, infatti, pacifico ai sensi dell'art. 827 c.c. che l'acquisto da parte dello Stato del bene abbandonato<sup>6</sup> avviene a titolo originario e non è un effetto imputabile direttamente all'atto di rinuncia – il negozio in questione esprima un interesse meritevole di tutela<sup>7</sup>, e ciò si badi anche ove si dovesse assumere che l'unica motivazione che induce il proprietario alla rinuncia è rappresentata da una mera valutazione di convenienza economica riguardo ai costi eccessivi di gestione di una proprietà, i quali sopravanzano oramai le utilità da essa ritraibili.

Che un simile interesse non possa essere tacciato di immeritevolezza mi sembra discendere, del resto, in maniera evidente proprio dalla previsione dettata dall'art. 1070 c.c. riguardante l'abbandono della proprietà del fondo servente. La circostanza che il presupposto dell'abbandono della proprietà del bene sia rappresentato, in questo caso, dal fatto che il proprietario è tenuto «in forza del titolo o della legge» alle «spese e alla conservazione della servitù», e che la rinuncia alla proprietà del fondo sia disciplinata in tal caso proprio come mezzo al fine per permettere al proprietario di liberarsi da tali oneri economici, è estremamente significativa. Essa testimonia, infatti, in maniera alquanto evidente che anche per il legislatore l'abbandono della proprietà può essere legittimamente motivato, e poi che tale motivazione è di per sé sufficiente per riconoscere un meritevole fondamento causale all'atto di rinuncia, con un interesse puramente egoistico, rappresentato dal fatto che in una mera valutazione comparativa dei costi-benefici dipendenti dalla proprietà di un bene i primi sopravanzano i secondi.

<sup>5</sup> Così in particolare da ultimo RENDA, *Derive e approdi in tema di rinuncia*, cit., 8.

<sup>6</sup> È utile rammentare che la disposizione non ha peraltro uniforme applicazione in tutto il territorio dello Stato: la norma non opera rispetto agli immobili abbandonati situati in Sicilia, Sardegna e Trentino Alto Adige, nei quali, in forza delle previsioni contenute nei rispettivi Statuti (che in quanto approvati con legge costituzionale sono oltretutto fonti sovraordinate al codice civile) tali beni sono acquistati dalla Regione (così art. 24 Statuto Regione Siciliana; art. 14, ultimo comma, Statuto Regione Sardegna; art. 67, ultimo comma, Statuto Regione Trentino Alto Adige).

<sup>7</sup> In questo senso cfr. MACIOCE, *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 923 ss., in specie 930.

## 2. La meritevolezza dell'interesse egoistico sotteso alla rinuncia: alcune indicazioni normative

Se si muove da queste premesse mi sembra, dunque, che le disposizioni che espressamente contemplano l'efficacia abdicativa della rinuncia – non solo, dunque, l'art. 1070 c.c., ma anche l'art. 882 c. c. in tema di rinuncia alla comunione forzosa del muro e la più generale norma sulla rinuncia alla quota di comproprietà ex art. 1104 c.c. – non possano essere considerate come norme che ammettono, in via di eccezione, l'esercizio di una facoltà altrimenti preclusa, bensì come norme indicative di un principio generale, non solo riguardo all'ammissibilità della rinuncia al diritto di proprietà ma anche alla meritevolezza dell'interesse che la sorregge, pure quando la ragion d'essere della rinuncia sia rappresentata dall'intenzione di liberarsi di una proprietà che genera costi valutati soggettivamente non sostenibili, unica condizione essendo che la rinuncia riguardi il diritto nella sua interezza, e dunque che l'abbandono comporti non solo la liberazione dagli "incommoda" ma anche dagli eventuali, residui, "commoda"<sup>8</sup>. L'esistenza di una disciplina di alcune espresse ipotesi di rinuncia si spiega, dunque, non per ammettere l'esercizio di tale facoltà, che è connaturata, come detto, al diritto di disporre, ma piuttosto perché in questi casi si rende necessario non solo (i) impedire che per effetto della rinuncia il bene diventi *nullius* ai sensi e per gli effetti dell'art. 827 c.c., e conseguentemente allora individuare il soggetto (il proprietario del fondo dominante; i comproprietari) a favore del quale opera l'effetto acquisitivo<sup>9</sup>, ma anche

<sup>8</sup> Eloquente, mi sembra, sotto questo aspetto la previsione dell'art. 882 c.c., che esclude la possibilità dell'abbandono qualora il muro in comproprietà «sostenga un edificio di spettanza» del rinunciante. La norma chiarisce, dunque, che la rinuncia richiede, per la sua ammissibilità, la definitiva perdita anche delle potenziali residue utilità del bene. In questo senso deve, dunque, essere letta la disposizione dell'art. 1118, comma 2, c.c., come modificata dalla l. 11 dicembre 2012 n. 220, là dove sancisce il principio per cui il «condomino non può rinunciare al diritto sulle cose comuni»: lungi dall'implicare – come bislaccamente sostenuto da Trib. Lecce, 11 settembre 2019 (in *Corr. giur.*, 2020, 782 ss.) in una controversia riguardante la rinuncia alla quota di una multiproprietà immobiliare – che la regola sia espressione del principio dell'inammissibilità della rinuncia al diritto dominicale, la disposizione semplicemente significa che non è possibile conservare la proprietà individuale dell'immobile inserito in un condominio, rinunciando solo alla proprietà delle parti comuni del medesimo (e in questo senso puntualmente ERRANI, *Il diritto del multiproprietario e la sua rinunziabilità*, ivi, 785 ss., in specie 789).

<sup>9</sup> L'eccezionalità della previsione dell'art. 1070 c.c. sta, dunque, nel prevedere – specie ove si accolga la tesi che, diversamente da quanto accade quando opera il meccanismo dell'art. 827 c.c. (ovvero, in caso di rinuncia alla quota di comproprietà, quello dell'accrescimento ex artt. 882 e 1104 c.c.) nel caso in esame l'acquisto del fondo servente da parte del proprietario del fondo dominante avviene a titolo derivativo (e così BIGLIAZZI GERI, *L'abbandono liberatorio*, già in *Scritti in onore di Dante Gaeta*, Milano, 1984, 19 ss., ora in Id., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali (Principi, norme, interessi emergenti)*, Milano, 1998, 555 ss.) – che il negozio di rinuncia possa produrre direttamente effetti nella sfera giuridica altrui. Un effetto, questo, del tutto eterodosso, ma che in tanto è riconosciuto come possibile dall'ordinamento – come nota concordemente la dottrina – proprio perché esiste,

e soprattutto (ii) introdurre il principio della liberazione dalle spese già *eventualmente maturate*<sup>10</sup>.

Non credo, d'altra parte, che per negare la meritevolezza della rinuncia si possa davvero pensare di far leva sull'argomento – sostenuto nel parere di massima dell'Avvocatura dello Stato, e che mi è sembrato riecheggiare anche nelle riflessioni di Cesare Salvi – che la causa del negozio abdicativo alla proprietà di beni aventi un “valore negativo” contrasterebbe con i principi dell'ordine pubblico *ex* 1343 c.c., in quanto sarebbe in contrasto con il dovere inderogabile di solidarietà sociale *ex* art. 2 Cost. far gravare sulla collettività, accollandoli alla fiscalità generale, i costi della conservazione di beni abbandonati, e che lo Stato acquista a titolo originario per l'operare dell'art. 827 c.c., specie quando quella perdita di valore sia imputabile a fatti dello stesso privato, che non ha adeguatamente, nel tempo, provveduto alla cura e conservazione del bene.

L'argomento è discutibile non foss'altro per la ragione che esso sembra dare per scontato quel che scontato, invece, non è. Ossia non solo che la perdita di valore del bene, e dunque la scelta del privato di volersene disfare, sia sempre imputabile a un fatto del proprietario, e al suo inadempimento agli obblighi di conservazione, ma anche, e soprattutto, che una volta prodottosi, in ragione dell'abbandono, l'acquisto della proprietà del bene da parte dello Stato *ex* art. 827 c.c., non è affatto vero quel che la tesi in esame sostiene, vale a dire che il rinunciante si libererebbe da ogni responsabilità a scapito della collettività. In realtà l'effetto della rinuncia è solo di liberare il proprietario dalle obbligazioni inerenti alla conservazione del bene a partire dal momento della rinuncia, ma certo l'abbandono non fa venire meno (i) né la responsabilità civile eventualmente riconducibile a comportamenti dannosi per la collettività ascrivibili al proprietario nella gestione del bene precedente alla rinuncia (si pensi, ad esempio, al caso di terreni inquinati, allorché l'inquinamento sia imputabile al fatto del proprietario poi rinunciante) e neppure (ii) l'obbligo di sostenere le spese per opere di manutenzione e ricostruzione, quando tali interventi, sebbene eseguiti in epoca successiva, si sono resi necessari proprio perché il rinunciante aveva ommesso, colpevolmente, di adempiere agli obblighi su di esso gravanti nel tempo in cui è stato titolare del diritto (ed in questo senso è eloquente ancora la disposizione dell'art. 882 c.c. in tema di comproprietà del muro, là dove sancisce – anche in questo caso dettando un principio che mi sembra essere generale, e dunque applica-

---

in via generale, il potere del proprietario di rinunciare al suo diritto: in questi casi, infatti, il proprietario del fondo dominante che non voglia subire l'effetto dell'abbandono del fondo servente ha, a sua volta, la facoltà di rinunciare a quest'ultimo, innescando così il meccanismo dell'art. 827 c.c.

<sup>10</sup> Come rilevava, del resto, BIGLIAZZI GERI, *L'abbandono liberatorio*, cit., 557, che sottolineava come l'elemento differenziale tra l'abbandono del fondo *ex* art. 1070 c.c. e la “rinuncia alla proprietà” – e che dunque spiega ulteriormente la necessità della norma espressa nel primo caso e non anche nel secondo – è proprio nell'eccezionalità della liberazione anche per «spese già maturate»; effetto, questo, che non si produce nell'ipotesi di rinuncia *tout court* alla proprietà, giacché in questo caso anche dopo la rinuncia il rinunciante continua a rispondere di queste ultime *ex* art. 2740 c.c.

bile ad ogni ipotesi di rinuncia al diritto di proprietà – che il rinunciante non è liberato «dall’obbligo delle riparazioni e ricostruzioni a cui abbia dato causa con fatto proprio»<sup>11</sup>.

### 3. La proprietà e «tutto il resto»: sul significato politico dell’art. 827 c.c.

Ma al di là delle valutazioni di ordine rigorosamente normativo, credo che se si vuole trovare una corretta, e per certi versi più solida, risposta all’interrogativo posto alle Sezioni Unite dal Tribunale aquilano, e dunque chiarire, una volta per tutte, perché argomenti come quelli da ultimo evocati per negare l’efficacia della rinuncia alla proprietà non possano e non debbano essere seguiti – risultando anzi essi, per certi aspetti, eversivi dei principi costituzionali – credo che sia necessario accogliere quella lezione di metodo che proprio con riferimento all’analisi e alla ricostruzione della nozione di proprietà ci ha lasciato un Maestro quale Paolo Grossi.

Mi riferisco in particolare al monito – che Grossi indirizzava innanzitutto (ma non solo) allo storico del diritto – che più ancora di quanto avviene per ogni altro istituto la ricostruzione della nozione di proprietà, e delle regole che la governano, «non è mai soltanto, nel continuo annodarsi con tutto il resto, un problema tecnico (...). La proprietà non consisterà mai in una regoletta tecnica, ma nella risposta all’eterno problema del rapporto tra l’uomo e le cose»; una risposta che il giurista dovrà cercare «senza cedere a tentazioni isolazionistiche», e dunque senza chiudere gli occhi «dinnanzi a tutto il resto, quando tutto il resto – forze strutturali, idealità, ideologie, atteggiamenti culturali – preme così tanto da plasmare l’istituto e da fungere quale elemento interpretativo della sua stessa costituzione giuridica»<sup>12</sup>.

Ebbene, se si accoglie la lezione metodologica indicata, e dunque ci si sforza di leggere la disciplina della proprietà tenendo conto del contesto innanzitutto culturale in cui la “moderna” configurazione dell’istituto è maturata, e del movimento di idee e di pensiero che ne ha influenzato l’elaborazione, ritengo che sia più facile individuare la prospettiva in cui si colloca la soluzione normativa accolta dall’art. 827 c.c. e che si ricollega a sua volta direttamente all’art. 713 del *Code Civil* del 1804.

In questa soluzione mi sembra, infatti, di poter cogliere abbastanza distintamente echi della riflessione politica, e che poi rifluisce sulla stessa configurazione del diritto di proprietà, elaborata da Rousseau nel *Contratto sociale*, e in particolare gli echi delle osservazioni svolte nel capitolo IX del libro I, quanto al fatto che, per un verso, è il vincolo istituito dal patto sociale tra i membri della comunità che trasforma il diritto del primo occupante nel diritto di proprietà, e, per altro verso, come sia proprio in forza del patto che «le terre dei privati riunite e contigue divengano territorio pubblico, e come il diritto di sovranità,

<sup>11</sup> In senso analogo QUADRI, *La rinuncia al diritto reale immobiliare*, cit., 20 ss.; RENDA, *Derive e approdi in tema di rinuncia*, cit., 45.

<sup>12</sup> Così P. GROSSI, *Proprietà (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 226 ss., in specie 230.



estendendosi dai sudditi al terreno, diventi reale e personale insieme»<sup>13</sup>. Se insomma – come osservava Rousseau in quello che è stato considerato con buona ragione come il testo politico di riferimento dell'esperienza rivoluzionaria, capace di influenzare tutte le tendenze culturali dell'epoca e che confluiranno anche nella codificazione<sup>14</sup> – qualunque sia il modo con cui avvenga l'attribuzione dei beni ai singoli da parte del corpo sovrano e comunque si realizzi l'acquisizione del diritto di proprietà, «il diritto che ogni privato ha sul proprio fondo è sempre subordinato al diritto che la comunità ha su tutto il territorio»<sup>15</sup>, è del tutto spiegabile perché, di fronte alla eventualità del bene immobile abbandonato, situazione evidentemente conseguente alla scelta dell'individuo di rinunciare al suo diritto, il legislatore del codice napoleonico – che per quanto testo normativo «figlio della rivoluzione» e della sua esaltazione dei valori individuali, è anche testo in cui continuano a riaffiorare idee e concezioni del vecchio regime<sup>16</sup> – accoglie il principio della sua devoluzione allo Stato. Quell'effetto si iscrive nella logica del ritorno del bene al corpo sociale, e dunque alla collettività a cui esso pur sempre appartiene, ovvero, se si vuole, esprime il principio moderno della sovranità dello Stato sul proprio territorio<sup>17</sup>, che è appunto costituito, proprio come scriveva il grande filosofo ginevrino<sup>18</sup>, dall'insieme dei beni dei privati.

<sup>13</sup> Così ROUSSEAU, *Il contratto sociale* (1762), che si cita dall'edizione italiana a cura di BURGIO, 15<sup>a</sup> edizione, Milano, 2023, 89.

<sup>14</sup> La notazione sul successo editoriale del *Contrat* nel periodo postrivoluzionario è di BURGIO, *Introduzione*, cit., 44, che rileva l'influenza del pensiero espresso da Rousseau sulle posizioni più diverse, e dunque, accanto alle riprese da parte giacobina o comunista, l'esistenza anche di letture e utilizzazioni in chiave moderata, o addirittura conservatrice. Sulla confluenza di diverse correnti di pensiero già nei tentativi di elaborazione dei principi di disciplina della proprietà compiuti nel lungo processo legislativo svoltosi tra il 1789 e il 1804, e poi culminato nella codificazione, cfr. RODOTÀ, *Il terribile diritto (Studi sulla proprietà privata)*, Bologna, 1981, 61 ss., e in specie 77 ss.

<sup>15</sup> Sempre ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., 45.

<sup>16</sup> Per l'osservazione circa il carattere di «palinsesto» del *Code Civil*, e in particolare della coesistenza, nell'ambito della concezione della proprietà quale emergente dalla sua disciplina, di elementi del vecchio e del nuovo ordine, cfr. P. GROSSI, *Proprietà*, cit., 251. Ma per l'analogo invito – al di là dell'enfasi che soprattutto nel corso dell'Ottocento si sarebbe posta sulla definizione dell'art. 554 – a guardare alla complessità che è sottesa alla disciplina dettata dal codice già RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., loc. cit.

<sup>17</sup> E in questo senso espressamente RENDA, *Derive e approdi in tema di rinuncia*, cit., 21.

<sup>18</sup> Sulla complessa concezione della proprietà quale si delinea, non senza qualche oscillazione, nella riflessione rousseauiana (a partire dal *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* per approdare al *Contratto sociale*) cfr. REALE, *Tre saggi su Rousseau (proprietà, volontà generale, politica)*, Roma, 2019, 13 ss. Sotto un profilo più strettamente giuridico mi sembra, invece, che la ricostruzione proposta da Rousseau si possa considerare, per certi versi, il frutto di una rielaborazione politica, in chiave moderna, della concezione della dualità dei domini (*dominium eminens e dominium utile*) della tradizione medievale. Se dunque si dovesse ritenere – come qui si suggerisce – che il sostrato ideologico dell'art. 713 sia rappresentato (se non solo almeno anche) dalla teorizzazione del filosofo ginevrino rammentata nel testo (del resto la presenza di risonanze rousseauiane nel codice è già stata autorevolmente riscontrata: vedi per tutti SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, Torino, 1959, 171; RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., 77) – si avrebbe ulteriore conferma della prospettiva di indagine tracciata da Paolo Grossi (*Proprietà*, cit., 251) sul fatto che nella materia in esame il legislatore

## 4. Il «governo del territorio» come compito dello Stato non delegabile ai privati

Se dunque, come notava d'altronde già Luigi Mengoni seppure in relazione alla soluzione accolta dall'art. 585 c.c. con riferimento alla devoluzione dell'eredità allo Stato in assenza di altri successibili<sup>19</sup>, sul piano del fondamento politico anche l'acquisto ex art. 827 c.c. dei beni abbandonati dai privati avviene *iure imperii*<sup>20</sup>, è agevole comprendere perché non dovrebbe essere nemmeno lontanamente ipotizzabile che sia proprio lo Stato – come sta, invece, avvenendo nei contenziosi sulla questione dell'ammissibilità della rinuncia alla proprietà immobiliare, con le posizioni sostenute dal Ministero dell'Economia e dall'Agenzia del Demanio tramite l'Avvocatura Generale dello Stato – a pretendere di sottrarsi all'effetto acquisitivo evocando, rispetto ad immobili aventi un "valore negativo" e comunque per quelli per così dire di gestione "problematica", la nullità della rinuncia per illiceità della causa per contrarietà ai principi di ordine pubblico.

Al di là della considerazione che ammettere un sindacato sulla liceità della causa dell'atto di rinuncia finisce per essere un modo surrettizio per riconoscere allo Stato un potere di selezionare discrezionalmente quali immobili acquisire e quali no, e dunque in definitiva riconoscere un potere di rinuncia all'acquisto che l'ordinamento non contempla (con conseguente, come si è detto, arbitraria creazione di una fattispecie), gli è che l'attribuzione dei beni abbandonati allo Stato è la conseguenza di una precisa scelta politica. Una scelta che si iscrive del resto coerentemente nel più generale quadro costituzionale che attribuisce allo Stato sia poteri indirizzati alla tutela dell'ambiente (con una potestà legislativa in questo caso esclusiva) sia al «governo del territorio»<sup>21</sup>, secondo la formula dell'art.

---

napoleonico è «ancora un uomo di frontiera», nel senso che «la riscoperta dell'unità della proprietà, filosofica e politica, non ha ancora cancellato del tutto l'antica articolazione del dominio».

<sup>19</sup> MENGONI, *Successioni per causa di morte (successione legittima)*<sup>6</sup>, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1999, 221.

<sup>20</sup> Così espressamente RENDA, *Derive e approdi in tema di rinuncia*, cit., 22. Se si muove da questa premessa si rivela, allora, palesemente fuori centro l'argomento evocato da F. SCOGNAMIGLIO, *La rinuncia*, cit., 219 ss., secondo cui la ragione su cui riposa l'inammissibilità della rinuncia risiederebbe (come affermato anche dal TAR Piemonte nella sentenza del 28 marzo 2018 n. 368, in *Riv. giur. edilizia*, 2018, I, 715 ss.) nel fatto che un acquisto dello Stato «senza consenso» si pone «in contrasto con il principio generale per cui nessuno può essere obbligato ad acquisire un bene senza esprimere una volontà in tal senso». Oltre a trascurare che l'acquisto ex art. 827 c.c. avviene giuridicamente «a titolo originario», la tesi non considera quanto si è poc'anzi esposto riguardo al significato – o fondamento politico – della disposizione, e soprattutto mostra di trascurare, come si chiarisce nel testo, che nella vicenda in esame lo Stato ha dei doveri verso la collettività di salvaguardia e cura del proprio territorio e dunque non può pretendere di essere considerato alla stregua di un qualsiasi privato (e cfr. in senso analogo ancora RENDA, *op. cit.*, 61).

<sup>21</sup> Sul significato della formula, e sulla sua irriducibilità alla sola materia urbanistica, nonché per le sue interrelazioni anche con la tutela dell'ambiente, cfr. CONTI, *Le dimensioni costituzionali del governo del territorio*, Milano, 2007, in specie 121 ss.; P. LOMBARDI, *Il governo del territorio tra politica*

117, comma 3, Cost. come introdotta con la riforma costituzionale del 2001 (seppure rendendolo materia di potestà legislativa concorrente con le Regioni). Ebbene tanto «la tutela dell'ambiente» quanto il «governo del territorio» implicano evidentemente, che è compito dello Stato, e comunque degli enti territoriali<sup>22</sup>, farsi carico della cura del medesimo, del quale fanno parte, in ragione dell'effetto acquisitivo regolato dall'art. 827 c.c., anche i beni rinunciati, indipendentemente dalle loro condizioni<sup>23</sup>. Del resto, come è stato molto bene di recente sottolineato, è lo Stato che è il soggetto «più adatto a gestire gli immobili rinunciati (..) a farsi carico dei relativi pesi», nonché soprattutto «a garantirne un razionale sfruttamento, per armonizzare l'utilità ritraibile dal singolo immobile con quella generale»<sup>24</sup>.

Non ha, pertanto, davvero alcun senso, come argomento per bloccare l'efficacia della rinuncia degli immobili che richiedono interventi di bonifica, consolidamento, demolizione etc., evocare un preteso scopo «antisociale» del negozio, perché il suo effetto indiretto finirebbe per essere quello di traslare i costi degli interventi di riqualificazione sulla fiscalità generale. Gli è che se interventi di riqualificazione e cura dell'ambiente e del territorio rientrano, istituzionalmente, tra i compiti che lo Stato è chiamato già ad assolvere nell'esercizio della predetta funzione concernente anche il «governo del territorio», al loro assolvimento quelle risorse finanziarie sono già naturalmente destinate<sup>25</sup>.

Così come non ha alcun senso, sempre per paralizzare la produzione dell'effetto della rinuncia e precludere l'operatività della fattispecie acquisitiva disciplinata dall'art.

---

e amministrazione, Milano, 2012, in specie 186 ss.; AA.Vv., *Dall'urbanistica al governo del territorio*, a cura di DELLA TORRE, Milano, 2020, *passim*.

<sup>22</sup> La circostanza che «il governo del territorio» sia materia oggetto di una competenza legislativa concorrente potrebbe forse allora – in una prospettiva *de iure condendo* – suggerire un intervento di modifica dell'art. 827 c.c. sulla falsariga di quanto avvenuto nel 2004 in Francia con la riforma dell'art. 713. Dunque, un intervento che – senza sopprimere la soluzione per cui, in ultima istanza, il bene rinunciato è acquisito dallo Stato – possa prevedere, eventualmente, la previa devoluzione al patrimonio delle Regioni.

<sup>23</sup> Il dato trova del resto ulteriore conferma – come nota QUADRI, *La rinuncia al diritto reale immobiliare*, cit., 46 ss. – nella disposizione dell'art. 838, secondo comma, c.c., là dove sancisce il potere/dovere dello Stato di espropriare i beni il cui «deperimento» ha per «effetto di nuocere gravemente», *inter alia*, «al decoro delle città e (...) alla sanità pubblica». Di là della considerazione che per quanto di fatto disapplicata la norma costituisce disposizione tuttora vigente, mi sembra rilevante – come sottolinea opportunamente RENDA, *Derive e approdi in tema di rinuncia*, cit., 23 s. – il principio in essa espresso, ossia che lo Stato – e direi *proprio perché tale* ed in quanto è in discussione il suo assetto territoriale – ha il dovere di farsi carico persino di beni improduttivi e potenzialmente dannosi, e il cui mantenimento genera costi.

<sup>24</sup> Così testualmente RENDA, *Derive e approdi in tema di rinuncia*, cit., 23.

<sup>25</sup> Un esempio concreto mi sembra possa essere utile per dimostrare l'irragionevolezza della tesi della nullità della rinuncia *ex art. 1343 c.c.*: si ipotizzi il caso che essa interessi un immobile ormai gravemente danneggiato a causa di eventi sismici, e che pure sono suscettibili di essere coperti fino al 100% anche con l'accesso a finanziamenti pubblici. Davvero è ipotizzabile che in un caso del genere lo Stato – che pure avrebbe dovuto erogare il finanziamento ove i proprietari ne avessero fatto richiesta – possa eccepire la nullità della rinuncia e il suo «scopo antisociale»?

827 c.c., richiamare l'art. 2 Cost. e insistere sull'adempimento che viene richiesto ai singoli ai «doveri inderogabili di solidarietà (...) economica e sociale». Il richiamo è, infatti, fuori luogo ai fini della soluzione della questione che ci occupa. Il dovere di solidarietà può al più essere evocato per giustificare una pretesa a che i proprietari assolvano correttamente gli obblighi di manutenzione e conservazione dei propri beni, appunto perché l'adempimento di tali obblighi consente di realizzare il loro individuale interesse all'interno di una logica di tutela di una più ampia cerchia di interessi (la conservazione e manutenzione di una proprietà giova, infatti, oltre che ovviamente allo stesso proprietario, all'interesse dei vicini a non ricevere danni dai beni altrui, e ancora all'interesse collettivo all'integrità dell'ambiente e del decoro urbano) inscrivendo così dunque tali comportamenti in una dimensione anche sociale e in definitiva solidaristica. Ma non è, invece, in alcun modo possibile evocare il dovere di solidarietà fino al punto di sovvertire la logica del sistema, e quindi proibire al proprietario l'esercizio del proprio diritto di disporre del bene tramite la rinuncia al medesimo, e così attraverso la configurazione di una fattispecie di «rinuncia abdicativa illecita» dagli incerti confini – rimessi alle discrezionali valutazioni dei singoli giudici chiamati a pronunciarsi sui contenziosi di volta in volta insorti, e poi basate su opinabili analisi tecnico-economiche e ad ancora più opinabili presupposti di fatto<sup>26</sup> – scaricare esclusivamente sui privati la funzione di «governo e cura del territorio»: specie in presenza di situazioni caratterizzate dalla maggiore criticità, che sono quelle che inducono appunto all'abbandono, oltretutto spesso generatesi senza una specifica colpa dei proprietari, e che i privati non hanno, evidentemente, neppure gli strumenti per poter convenientemente gestire. Un sovvertimento del sistema che va assai al di là pure di quanto previsto dall'art. 118 Cost., là dove, attraverso il riconoscimento del principio di sussidiarietà orizzontale, si contempla la possibilità per lo Stato

---

<sup>26</sup> Come dimostra esemplarmente, a mio avviso, l'ordinanza 23 aprile 2024 n. 4569 con cui il Tribunale di Venezia, dopo quello aquilano, ha disposto il rinvio pregiudiziale della questione ex art. 363-bis c.p.c. (l'ordinanza si legge in *dejure.it*) Nel caso oggetto di scrutinio la tesi della nullità della causa dell'atto di rinuncia viene basata dal Ministero unicamente sulla premessa che il fondo oggetto di rinuncia si trova in area «segnalata nell'Inventario dei Fenomeni Franosi in Italia (c.d. progetto IFFI), rientrando in una zona definita di dissesto franoso non delimitato e, dunque, esposta a rischio di scivolamento del terreno, smottamenti e/o eventi franosi»; a fronte di tale allegazione i convenuti hanno, invece, dedotto «la natura non dannosa del bene, non avendo mai presentato problemi di dissesto idrogeologico, in quanto all'esterno delle aree interessate da tali fenomeni (avvenuti peraltro 33 anni fa) ed avendo (...) proceduto all'atto di rinuncia solo ed esclusivamente in quanto il bene si trova in area sottoposta a vincolo paesaggistico, da cui la scarsa appetibilità e la difficile commerciabilità del medesimo». Prima di disporre il rinvio il Tribunale veneziano ha, peraltro, disposto CTU volta al fine di verificare se «il terreno oggetto di causa sia soggetto a rischio idrogeologico ed in che misura sussista probabilità che lo stesso sia interessato da fenomeni franosi». Il caso evidenzia bene il rischio enorme che si annida nella soluzione che si potrebbe definire della «terza via»: l'illiceità o meno della rinuncia finisce per essere affidata neppure al giudice, ma alle discrezionali valutazioni del consulente tecnico, poi legate addirittura alla mera stima di un semplice «rischio» che il bene possa essere coinvolto in fenomeni di dissesto idrogeologico.

di coinvolgere i privati, ma evidentemente senza mai scaricarla integralmente su di loro, nella esercizio di attività di interesse generale.

L'attesa per la pronuncia della Corte di Cassazione è, dunque, massima. Perché a ben vedere – parafrasando le parole del discorso di John Quincy Adams dinanzi alla Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso della “*Amistad*”, come restituitemi nell’omonimo capolavoro di Steven Spielberg – quella su cui le Sezioni Unite sono chiamate a giudicare «*non è una semplice questione di proprietà*», bensì uno dei più «*importanti casi giunti davanti a questa Corte*», giacché la posta in gioco è, qui, la «*vera natura*» dello Stato, o, se si preferisce, ciò che esso intende essere nell’avvenire. Accedere alla tesi dell’inammissibilità della rinuncia significa accettare un arretramento definitivo del ruolo dello Stato, consentendogli di sottrarsi ai propri doveri verso i cittadini e verso la collettività.

## ABSTRACT

Il saggio esamina criticamente l’orientamento interpretativo che nega l’ammissibilità della rinuncia al diritto di proprietà immobiliare. In particolare l’Autore critica sia (i) la tesi che pretende di individuare il limite al potere di rinuncia direttamente nell’art. 42 della Costituzione italiana e nella funzione sociale della proprietà, sia (ii) la tesi che sostiene la nullità della causa del negozio di rinuncia quando la stessa sia sorretta da uno scopo meramente egoistico. Secondo l’Autore la rinuncia deve considerarsi, invece, sempre efficace, essendo del resto dovere dello Stato, nell’esercizio dei suoi poteri di «governo del territorio» prendersi cura del medesimo, a cui i beni immobili abbandonati pur sempre appartengono, indipendentemente dalle loro condizioni di conservazione e qualunque sia il loro valore.

*The essay critically examines the interpretative approach that denies the admissibility of the renunciation of the right to real estate property. In particular, the Author criticizes both (i) the thesis that seeks to identify the limit to the power of renunciation directly in Article 42 of the Italian Constitution and in the social function of property, and (ii) the thesis that argues the nullity of the cause of the renunciation when it is supported by a merely selfish purpose. According to the Author, on the other hand, the waiver must always be considered effective, since it is the duty of the State, in the exercise of its powers of “government of the national territory”, to take care of it, to which abandoned real estate always belongs, regardless of its state of conservation and whatever its value.*





### Sulla tutela dei creditori particolari del legittimario pretermesso



Massimo D'Auria

Prof. ord. dell'Università di Siena

**SOMMARIO:** **1.** Il caso e la questione. – **2.** Sulla nozione di trascuratezza. – **3.** Sulla persistenza dell'interesse ad agire. – **4.** Sull'interpretazione dell'art. 557 c.c. – **5.** L'esercizio in via surrogatoria dell'azione di riduzione. – **6.** La tutela ex art. 524 c.c. – **7.** Spunti di riflessione. – **8.** L'interpretazione teleologica funzionale. – **9.** Profili sistematici. – **10.** Dubbi sull'art. 524 c.c. – **11.** Profili sistematici.

#### 1. Il caso e la questione

La Sezione Seconda civile, ha disposto, ai sensi dell'art. 374, comma 2, c.p.c., la trasmissione del ricorso alla Prima Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite di questione di particolare importanza concernente i presupposti necessari ai fini dell'esperibilità in via surrogatoria ex art. 2900 c.c., in particolare della nozione di "trascuratezza", con specifico riferimento al mancato esercizio dell'azione di riduzione per lesione di legittima, da parte del creditore del legittimario totalmente pretermesso, il quale non l'abbia esercitata ovvero abbia espressamente rinunciato all'azione.

Omessi i dettagli più coloriti di una vicenda a tratti farsesca, conviene dare succintamente conto del caso al fine di comprendere il conflitto tra l'interesse del legittimario pretermesso e i suoi creditori che, non trovando una chiara soluzione normativa, suscita la necessità di una pronuncia delle Sezioni Unite.

Nominati eredi unici in virtù di testamento risalente al 2008, i nipoti del defunto convengono in giudizio il padre impugnando per falsità il testamento successivo, risalente a gennaio 2009, con il quale il *de cuius*, revocate le disposizioni anteriori, lo aveva nominato unico erede.

In tale giudizio, interviene un creditore del padre deducendo che gli assegni ricevuti a saldo di obblighi nascenti da un accordo scritto a marzo 2009, ossia due mesi dopo la

redazione del testamento che aveva istituito unico erede il suo debitore, erano risultati scoperti, ragione per cui egli aveva provveduto a pignorare l'immobile e i conti correnti del defunto caduti in successione.

Ravvisando le evidenze di un comportamento collusivo tra il padre e i figli, che solo successivamente al pignoramento hanno impugnato per falsità il testamento successivo, il creditore intervenuto non si limitava a resistere all'impugnazione testamentaria ma esercitava in via surrogatoria l'azione di riduzione contro il testamento anteriore che aveva escluso il suo debitore dalla successione. Ad avvalorare la sensazione di una condotta collusiva, il padre, costituitosi in giudizio soltanto a seguito dell'intervento del suo creditore, aderiva alle richieste attoree, provvedendo ad esercitare l'azione di riduzione nel giudizio, successivamente e parallelamente instaurato dai figli, di petizione ereditaria.

Così sunteggiata la vicenda, la Seconda sezione civile ritiene che, ai fini della sua disamina, occorra sciogliere il dubbio sul fondamento normativo dell'esercizio in via surrogatoria dell'azione di riduzione da parte del creditore personale del legittimario totalmente pretermesso.

A conclusione dell'iter argomentativo, la Seconda sezione individua, la seguente alternativa:

*“(...) valutare se sia preferibile una rivalutazione dello strumento dell'impugnazione della rinuncia da parte dei creditori di cui all'art. 524 cod. civ., o se, invece, debba prestarsi adesione alla tesi più radicale espressa dalla sentenza 29.7.2008 n. 20562 di questa Corte”*

a tenore della quale l'azione è preclusa ai creditori del legittimario totalmente pretermesso (Cass. 29 luglio 2008 n. 20562 in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 9, 1297)

*“(...) in ragione del fatto che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, il legittimario totalmente pretermesso non rientra fra i chiamati all'eredità ed acquisisce la qualità di erede non con l'accettazione, come avviene per gli altri beneficiari della delazione ereditaria, ma con l'esercizio vittorioso dell'azione di riduzione per lesione di legittima.”*

Ripercorrendo una riflessione già svolta sui mezzi di tutela dei creditori personali del legittimario pretermesso (Cass. 20 giugno 2019 n. 16623, *Riv. not.*, 2020, 3, II, 568 e *Not.*, 5, 2019, 1 con nota di Busani e Currao; in *Foro it.*, 2019, 11, I, 3598 con nota di Vulpiani, *Sulla legittimazione dei creditori del legittimario pretermesso ad agire in riduzione ex art. 2900 c.c.* e di De Lorenzo, *L'esercizio, in via surrogatoria, dell'azione di riduzione e il rasoio di Occam*), l'iter argomentativo dell'ordinanza s'incarica, dunque, di valutare se e a quali condizioni l'inerzia del legittimario pretermesso nell'esercizio dell'azione di riduzione sia sufficiente ad acquisire in via diretta la legittimazione sostitutiva del creditore personale del legittimario.



## 2. Sulla nozione di trascuratezza

La disamina comincia dall'analisi della nozione inerzia o trascuratezza quale presupposto dal quale dipende l'accesso alla surrogatoria ex art. 2900 c.c.

Su tale profilo, la Corte registra il contrasto tra due orientamenti. Secondo l'orientamento restrittivo, al comportamento omissivo o insufficientemente attivo del debitore

*“(...) non può equipararsi un comportamento positivo, per cui il creditore non può chiedere di sostituirsi al debitore per sindacare le modalità con cui questi abbia ritenuto di esercitare la propria situazione giuridica”* (Cass. 22 novembre 2022 n. 34297; Cass. 2.2.2016 n. 1996, *Mass. Giust. civ.*, 2016; Cass. 12 aprile 2012 n. 5805, *Giust. civ.*, 2013, 7-8, I, 1485; Cass. 4 agosto 1997 n. 7187; Cass. 28 maggio 1988 n. 3665, *Giur. it.*, 1989, I, 1, 104).

Tale orientamento si fonda sulla considerazione che il creditore non ha facoltà di sindacare le modalità con le quali il debitore ritenga di gestire la propria situazione giuridica nell'ambito di un determinato rapporto, irrilevanti essendo i motivi, anche solo morali, che ne abbiano determinato l'omissione (Cass. 12 aprile 2012, n. 5805, *Giust. civ.*, 2013, 7-8, I, 1485; Cass. 18 febbraio 2000 n. 1867, in *Foro it.*, 2000, I, 1845, con nota di Filograna, *Azione surrogatoria e inerzia del debitore; incidenter tantum*, Cass. 9 febbraio 2005, n. 2653 in *Danno e resp.*, 2005, 1193).

A questo orientamento, si oppone quello che valorizza il riferimento letterale al “debitore che trascura” di esercitare diritti e azioni (in tale senso, in dottrina, v. Monteleone, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, Milano, 1975, 232; Nicolò, *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. c.c.*, a cura di Scialoja e Branca, artt. 2900-2969, Bologna-Roma, 1953, 154; Bigliazzi Geri, *Dell'azione surrogatoria*, in *Comm. c.c.*, VI, Torino, 1964; Patti, *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1985, II, 20, 124). Modificando il previgente recitativo di cui all'art. 1234 c.c. 1865 che, invece, parlava d'inerzia del debitore, si sostiene che il legislatore del '42 ha esattamente inteso

*“(...) precisare che a legittimare l'intervento del creditore quale sostituto processuale del titolare del diritto, o dell'azione processuale, non è necessaria un'inattività totale del debitore, bensì è sufficiente un esercizio incompleto e quantitativamente insufficiente del diritto”* (Cass. 4 agosto 1997 n. 7187, *ivi*, 1998, I, 145; Cass. 11 maggio 2009 n. 10744; Cass. 29 dicembre 1962, n. 3438, in *Giust. civ.*, 1962, I, 1602; Cass. 16 febbraio 1966, n. 484, in *Rep. Foro it.*, 1966, 278).

Pertanto, nella casistica del “debitore che trascura” dovrà farsi rientrare anche il caso in cui il convenuto, avendo aderito alla domanda volta all'accertamento della falsità del testamento che lo nomina erede, allo stesso tempo, ha omesso di esercitare l'azione di riduzione contro il testamento che, escludendolo da qualsiasi beneficio della successione, ha evidentemente leso i diritti a lui riservati per legge (in tema, v. Trib. Cagliari 14 febbraio 2002, in *Riv. giur. sarda*, 2003, 321 nota di Perreca, *Considerazioni minime sugli strumenti di tutela del creditore del legittimario verso la rinuncia tacita alla legittima*; stessa

logica, sull'annullamento del testamento, Trib. Palermo 3 luglio 1982, *Dir. fam.*, 1983, 610; ma v. Cass. 4 agosto 1995, n. 8611, *Mass. Giust. civ.*, 1995, 488).

### 3. Sulla persistenza dell'interesse ad agire

Il lettore non fatica a cogliere nell'ordinanza la propensione verso l'orientamento che contempla nella nozione di inerzia *ex art.* 2900 c.c. anche la scelta deliberata, come la rinuncia all'azione di riduzione che, a stretto rigore, "inerzia" non è, e nemmeno può classificarsi come sintomo di trascuratezza.

Nel solco di una recente sentenza della Cassazione (Cass. 31 ottobre 2024, n. 28148 in *Mass. giust. civ.*, 2024), deve osservarsi che l'inerzia – in quel caso riguardante l'omesso esercizio della risoluzione contrattuale – è una condotta naturalmente ambivalente, potendo sottendere trascuratezza o scelta consapevole del debitore. Considerato che l'azione surrogatoria è retta dal regime legale del litisconsorzio necessario, il debitore convenuto ha la possibilità nella sede giudiziaria di chiarire il proprio intento, sia attivandosi per manifestare il proprio interesse a mantenere in piedi il contratto, sia pure attivandosi nel senso reclamato dal creditore in surrogatoria.

Il problema si sposta così su un profilo collaterale riguardante la "persistenza" dell'interesse creditorio ad agire in surrogatoria in relazione alla successiva condotta processuale del legittimario che in giudizio esprima la rinuncia all'azione oppure la eserciti, così ponendo fine all'inerzia.

Posto, infatti, che l'interesse ad agire deve essere attuale e concreto sino al momento della decisione, l'adesione alla tesi restrittiva importerebbe che la rinuncia del legittimario all'azione determinerebbe la sopravvenuta carenza d'interesse ad agire in via surrogatoria (Cass. 28 novembre 2022, n. 34940 in *Mass. Giust. civ.*, 2023; Cass. 12 aprile 2012 n. 5805, *Giust. civ.*, 2013, 7-8, I, 1485; ; Cass. 5 dicembre 2011 n. 26019, *Giust. civ.*, 2012, 6, I, 1495; Cass. 7 ottobre 1997 n. 9747, *Giust. civ.*, 1998, I, 423; Cass. 30 maggio 1987 n. 4822, *Giust. civ.*, 1987, I, 2883).

Tuttavia, la Cassazione osserva che, alla luce della natura di accertamento costitutivo attribuita all'azione di riduzione (Cass. 19 febbraio 2013 n. 4005; Pino, *La tutela del legittimario*, Padova, 1954, p. 30),

*"gli atti di esercizio, o di non esercizio di un'azione giudiziale costitutiva (...) non incidono immediatamente sulla consistenza del patrimonio, potendo modificare tale consistenza solo nel caso in cui intervenga una decisione di accoglimento dell'azione passata in giudicato (...)"*.

Pertanto, ancorché impedisca la reintegra della quota di riserva, la rinuncia all'azione non è atto di disposizione suscettibile di essere oggetto del sindacato portato dall'azione revocatoria ordinaria (in tema Cass. 22 novembre 2022 n. 34297; Cass. 4 aprile 1997 n. 7187; Cass. 28 maggio 1988 n. 3665; sul rapporto tra azioni, Nocera, *Esperibilità delle azioni surrogatoria e revocatoria in vista dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 1199). D'altro canto, contro l'i-

potesi di un esercizio dell'azione di riduzione, non diligentemente coltivata e meramente strumentale a caducare la legittimazione del creditore surrogato, il creditore potrebbe avvalersi soltanto dell'opposizione di terzo contro la sentenza relativa all'azione tardivamente esercitata dal titolare, il cui inconveniente è l'ardua dimostrazione che la sentenza sia l'effetto di dolo, o collusione a suo danno ex art. 404 comma 2° c. c.

Lo snodo problematico diviene così quello di assicurare il principio di effettività della tutela dei creditori personali del legittimario pretermesso, in ipotesi, conseguibile unicamente tramite il potere di surrogarsi nell'esercizio dell'azione.

#### 4. Sull'interpretazione dell'art. 557 c.c.

Siamo ancora nel campo delle ipotesi quando l'ordinanza si propone di sondare se sia possibile allargare il campo di applicazione del disposto di cui all'art. 557 c.c. al fine di riconoscere ai creditori personali del legittimario pretermesso il potere di agire in via diretta in riduzione delle disposizioni lesive; ove ciò fosse possibile, non vi sarebbe ragione di riconoscere il potere di surrogarsi al legittimario.

Preliminarmente, nell'ordinanza si osserva, però che

*“Il codice civile non ha apprestato specifici strumenti di tutela a favore dei creditori del legittimario pretermesso in materia di azione di riduzione per lesione di legittima, avendo riconosciuto la legittimazione all'esercizio di tale azione, all'art. 557 comma 1° cod. civ., solo a favore dei legittimari individuati all'art. 536 cod. civ., dei loro eredi, o aventi causa, ed avendo fatto menzione al terzo comma dell'art. 557 cod. civ. ai soli creditori del defunto, i quali non possono esercitare l'azione di riduzione per lesione di legittima, né approfittarne, se il legittimario avente diritto alla riduzione abbia accettato l'eredità con beneficio d'inventario, in tal modo evitando la confusione tra il patrimonio del defunto e quello degli eredi.”*

Tale premessa introduce la Corte alla critica di due diverse ipotesi ricostruttive che, invece, sono disponibili a ritrovare tra le pieghe della disciplina lo spazio operativo di un tutela dei creditori personali del legittimario pretermesso (L. Mengoni, *Successione necessaria, Successioni per causa di morte, Parte speciale. Successione necessaria*, in A. Cicu – F. Messineo (diretto da) e L. Mengoni (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2000, 199; A. Pino, *La tutela del legittimario*, Padova, 1954., 70; F. Santoro Passarelli, *Dei legittimari*, in M. D'Amelio – E. Finzi, (diretto da), in *Codice civile. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni. Commentario*, 1941, 316; *contra*, F. Messineo, *Manuale di diritto civile*, VI, Milano, 1962, 331; Cantelmo, *I Legittimari, in Successioni e Donazioni*, XI, Padova, 1991, 125; Cass. 23 febbraio 1982, n. 1114, *Foro it.*, 1982, I, 2545).

La prima lettura assimila i creditori personali agli aventi causa ex art. 557, 1° co. c.c.; la seconda lettura, mediante un'interpretazione *a contrariis* del disposto di cui all'art. 557, 3° co. c.c. (su cui sempre Mengoni, cit., 242; v. Cass. 23 febbraio 1982, n. 1114, *Foro it.*, 1982, I, 2545), assume che, ove non sussista l'accettazione beneficiata, i creditori particolari del legittimario dovranno essere equiparati a quelli ereditari; lo si direbbe

*“(…) a maggior ragione (…)* in quanto, a differenza dei creditori del defunto, sarebbero sprovvisti di qualsiasi strumento di tutela, non potendo neppure impugnare gli atti dispositivi pregiudizievoli del de cuius con lo strumento dell’azione revocatoria ordinaria” (Cass. 20 giugno 2019 n. 16623, cit.; Cass. 15 giugno 2006 n. 13804; Cass. 7 ottobre 2005 n. 19527; Cass. 12 gennaio 1999 n. 251; Cass. 30 ottobre 1959 n. 3208).

Contro la prima interpretazione, la Seconda sezione attinge ad un argomento di ordine sistematico. Quando, infatti, nelle norme si parla di creditori e aventi causa, come come disposto dall’art. 1415 c.c., il legislatore non li tratta come sinonimi: “aventi causa” sono i terzi divenuti acquirenti proprio del diritto alla quota di legittima per atto *inter vivos*; “creditori” sono i titolari di un credito certo sul patrimonio del debitore. Tornando, perciò, al disposto dell’art. 557, 1° co. c.c., nella parte in cui la norma assimila gli aventi causa agli eredi dei legittimari, lo fa perché entrambi sono titolari di un diritto alla quota di legittima (Cass. 27 gennaio 2017, n. 2120, *Mass. Giust. civ.*, 2017); quanto ai terzi creditori, essi vantano un credito sul patrimonio del legittimario e, quindi, un corrispondente interesse alla sua conservazione, o al suo accrescimento attraverso l’esercizio vittorioso dell’azione di riduzione.

Non minori perplessità suscita la lettura in negativo di quanto disposto dall’art. 557,3° co. c.c., proprio perché l’esito contrasta con il *numerus clausus* dei soggetti legittimati prescritto dall’art. 557,1° co. c.c. Al riguardo, la Corte osserva che la disposizione

*“si riferisce solo ai creditori del defunto, che hanno interesse a ricomporre nella sua consistenza il patrimonio del defunto impoverito da donazioni e disposizioni testamentarie, e non a tutti i creditori ereditari ed in particolare ai creditori del legittimario pretermesso, che hanno invece interesse a vedere ricostituito nel valore pari alla quota riservata il patrimonio del legittimario pretermesso”.*

Si tratta di un’indicazione rilevante perché la Cassazione chiarisce che, per riconoscere il bisogno di tutela dei creditori personali del legittimario non vale richiamarsi alla clausola “a maggior ragione”, il che pare coerente con una linea sistematica che non riconosce tutela all’aspettativa del creditore del successibile che il suo credito sarà soddisfatto tramite i beni che il creditore, al momento del sorgere del suo credito, si attendeva sarebbero pervenuti al suo debitore in forza della successione (Damiani, *La tutela del legittimario e il presunto principio di tutela dei suoi creditori*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 859; Werther Romagno, *Libertà testamentaria, successione necessaria e tutela del credito*, Napoli, 2021, 162).

## 5. L’esercizio in via surrogatoria dell’azione di riduzione

Esclusa la possibilità di ritrovare la diretta legittimazione ad agire dei creditori personali del legittimario tra le pieghe delle disposizioni di cui all’art. 557, 1° o 2° co. c.c., la Cassazione torna sull’ipotesi della legittimazione in via surrogatoria. Un nuovo ostacolo, però, si frappone a tale riconoscimento quando l’inerzia provenga dal legittimario

pretermesso, nel qual caso il potere creditorio non può fondarsi sul mezzo disciplinato dall'art. 2900 c.c. in ragione della natura personale che deve riconoscersi all'azione di riduzione.

A differenza di quanto deve dirsi per il legittimario che si pretende leso nella quota di legittima (Ferrari, *La posizione giuridica del legittimario all'apertura della successione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 491; Cantelmo, *I legittimari. L'istituto della riserva*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, Padova, 1994, 469; 475; Marinaro, *La successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. Notariato*, dir. P. Perlingieri, Napoli, 2009, 24 nt. 47; Magliulo, *La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale. Contributo ad una moderna teoria della successione necessaria*, in *Riv. not.*, fasc. 3, 2010, 533 ss.), il quale esercita l'azione di riduzione previa accettazione dell'eredità delata, quello pretermesso, dispensato in via interpretativa dall'onere giuridicamente impossibile di accettare *cum beneficio* l'eredità ex art. 564 c.c., esercita l'azione di riduzione quale terzo e, subordinatamente all'accertamento della lesione, ottiene la restituzione dei beni in quanto erede (Mengoni, *Successione necessaria, Successioni per causa di morte, Parte speciale. Successione necessaria*, in A. Cicu – F. Messineo (diretto da) e L. Mengoni (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2000, p. 43, p. 80, p. 234).

Supposta la carenza di vocazione ereditaria, l'adesione della giurisprudenza a tale principio successorio (Cass. 20 giugno 2019 n. 16623, cit.; Cass. 26 ottobre 2017, n., 25441 in *Mass. Giust. civ.*, 2018; Cass. 3 luglio 2013, n. 16635 in *Dir. giust.* 2013, 4 luglio, con nota di Achille; Cass. 23 dicembre 2011, n. 28632 in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 12, 1846; Cass. 13 gennaio 2010 n. 368; Cass. 20 novembre 2008 n. 27556; Cass. 11 novembre 2010, n. 240 in *Dir. giust. online*, 2010) fa, perciò, propendere per l'idea che l'azione di riduzione, quando riguarda il legittimario totalmente pretermesso, abbia natura personale, ai sensi per gli effetti di cui all'art. 2900 c.c.

Rimane, perciò, il problema di fondo di chiarire a quale titolo si possa riconoscere la legittimazione surrogatoria ai creditori personali senza che si produca l'effetto collaterale di un acquisto forzoso della qualità di erede in capo al legittimario pretermesso.

## 6. La tutela ex art. 524 c.c.

Salvo aderire alla tesi radicale secondo cui, considerato che al legittimario totalmente pretermesso risulta impedito tanto di accettare quanto di rinunciare all'eredità, con conseguente inapplicabilità della disposizione di cui all'art. 524 c.c. (Cass. 29 luglio 2008 n. 20562 in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 9, 1297), la Sezione seconda, alla luce delle considerazioni sistematiche svolte sulle disposizioni esaminate, ritiene percorribile unicamente la strada favorevole a rendere applicabile quanto previsto dall'art. 524 c.c.

Tale norma risolverebbe ogni inconveniente perché, introducendo una "peculiare figura di surrogatoria" (Cass. 26 giugno 2019, n. 16623; in ambito fallimentare v. Cass. 15 maggio 2013 n. 11737), consentirebbe di acquisire in via diretta la legittimazione sostitutiva del creditore del legittimario pretermesso ad agire in riduzione senza però l'effetto,

come visto, collaterale di produrre l'acquisto della qualità di erede, siccome escluso dal dispositivo.

Ammettendo un'interferenza di natura eccezionale – ma legittima – nella sfera giuridica del debitore, la norma sarebbe, perciò, idonea a contemperare

*“da un lato l'esigenza di tutela della volontà del testatore e della libertà del chiamato all'eredità nell'accettare, o non accettare l'eredità, e dall'altro l'esigenza di tutela del credito vantato dal creditore del chiamato, senza produrre effetti indesiderati, contrastanti, oltre il necessario, con la volontà del chiamato all'eredità, quali l'imposizione dell'accettazione dell'eredità, con le conseguenze che ne derivano sul piano personale e sul piano patrimoniale per la connessa responsabilità per i debiti del defunto”.*

Inoltre, tale interpretazione sarebbe preferibile rispetto a quella, ritenuta *quoad effectum* contraria al principio della ragionevole durata del processo ex art. 111, 2° co. Cost., che, sempre in giurisprudenza, postula il previo esperimento dell'azione revocatoria per rimuovere la rinuncia intesa come atto di disposizione pregiudizievole per poi esercitare in via surrogatoria in nome e luogo del legittimario, l'azione di riduzione per lesione di legittima (vedi in tal senso Cass. 22 febbraio 2016 n. 3389; Cass. 29 luglio 2008 n.20562). Oltre che farraginosa, tale soluzione risulta, infatti, incompatibile con la già rilevata natura dell'azione di riduzione, la cui rinuncia non costituisce atto revocabile (Cass. 19 febbraio 2013 n. 4005) poiché essa non abdica ad un diritto già compreso nel patrimonio del legittimario ma ad una mera facoltà di azione dal cui vittorioso esercizio dipenderà l'effettivo incremento patrimoniale (Cass. 21 luglio 1966, n. 1979).

## 7. Spunti di riflessione

Il descritto iter motivazionale si caratterizza per la tensione a superare la soluzione, strettamente logica o formalistica, dell'orientamento che, nel ritenere inammissibile l'utilizzo della speciale surrogatoria prevista dall'art. 524 c.c., si fossilizza sullo scarto tra la fattispecie astratta ivi prevista c.c. e la fattispecie concreta, scarto determinato dalla pretermissione intesa quale che meccanismo che, interferendo con la vocazione, non permette al legittimario né di accettare, né di rinunciare alla chiamata. La soluzione formalistica enfatizza, quindi, l'incompatibilità tra la fisionomia dogmatica del legittimario totalmente pretermesso e la tutela dei suoi creditori personali congegnata dalla norma.

È appena il caso di osservare come tale modello sarebbe stato astrattamente utilizzabile anche per affrontare l'omologo problema determinato dalla condizione di procedibilità prevista dall'art. 564 c.c. (norma anche questa “tormentata”, su cui v. L. Ferri, *Rapporti fra il beneficio d'inventario e l'azione di riduzione secondo il nuovo codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, p. 425; L. Coviello, *Beneficio di inventario e azione di riduzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, 210 ss.; replica di L. Ferri, *Ancora dei rapporti tra beneficio di inventario e azione di riduzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, p. 291 ss.; N. Daniele, *L'accettazione beneficiata e l'azione di riduzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, p. 89 ss.; L. Coviello, *Ancora sul primo comma dell'art. 564*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, p. 150 ss.). Tuttavia, data la gravità delle conseguenze, l'argomento

dell'incompatibilità deve essere rifiutato, poiché non può attribuirsi alla pretermissione l'idoneità ad impedire al legittimario pretermesso l'azione di riduzione e per conseguenza, almeno secondo l'impostazione raccolta dall'ordinanza ai creditori personali di surrogarsi nel diritto di azionarla la riduzione delle disposizioni lesive, ove il legittimario si astenga o rinunci all'azione.

Ciò premesso, due sono le strade che si aprono all'interprete che voglia superare gli inconvenienti connessi alla pretermissione: la prima è puntellare la tenuta della premessa dogmatica secondo cui il legittimario pretermesso agisce in riduzione come terzo e acquista i beni in quanto erede, attraverso deroghe sempre più estese alle norme che disciplinano la tutela del legittimario *tout court*; la seconda è superare la ragione per cui tali inconvenienti si verificano, mettendo da parte il principio secondo cui la pretermissione interferisce con la vocazione del legittimario e, interpretando letteralmente le disposizioni, riconoscere anche a colui che sia stato pretermesso, il diritto di accettare o rinunciare all'eredità.

## 8. L'interpretazione teleologica funzionale

Nel solco della prima prospettiva, la lettura dell'ordinanza tenta di suscitare, attraverso un'ampia manovra di ricostruzione sistematica, quantomeno il dubbio che sia possibile una lettura applicativa del disposto di cui all'art. 524 c.c. anche nel caso in cui il legittimario, proprio perché pretermesso, non può definirsi chiamato e, dunque, non gli è data la possibilità di esprimere né la rinuncia, né l'accettazione dell'eredità. La strategia consiste, appunto, nel trattare l'impossibilità giuridica della rinuncia da ragione ostativa alla sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta prevista dall'art. 524 c.c., a ragione specifica per ammettere la tutela dei creditori personali del legittimario pretermesso, il tutto in ossequio al principio di effettività della tutela e di non produrre irragionevoli disparità di trattamento tra casi simili.

Non è la prima volta che tale strategia è stata impiegata. Quando è sorto il problema dell'impossibilità giuridica, questa volta di accettare, il problema era appunto dato dall'impossibilità d'integrare la condizione di procedibilità dell'azione di riduzione di cui all'art. 564 c.c. In tale caso, si è appunto fatto leva sull'impossibilità di accettare per concludere che il legittimario pretermesso è dispensato dalla condizione di procedibilità prevista dall'art. 564 c.c., ovviamente al fine di consentirgli di promuovere la tipica azione di tutela delle sue prerogative (Cass. 19 novembre 2019 n.30079; Cass. 12 gennaio 1999, n. 251, in *Mass. Giust. civ.*, 1999; Cass. 22 agosto 2018, n. 20971; Cass. 3 luglio 2013, n. 16635; Cass. 23 dicembre 2011, n. 28632, in *Fam. Pers. Suc.*, 2012, p. 448 con nota di Di Lorenzo, *Accettazione con beneficio di inventario e azione di riduzione esercitata dal legittimario pretermesso*; Cass. 7 ottobre 2005, n. 19527, in *Foro it.*, 2006, I, 1834).

In questa prospettiva, quindi, il *medium* dell'impossibilità giuridica dell'accettazione o della rinuncia viene convertita da causa di uno scarto di fattispecie, in una ragione per compiere un'operazione di estensione teleologica della fattispecie: nel caso di cui all'art. 564 c.c., al fine di consentire al legittimario pretermesso di esercitare l'azione di

riduzione senza accettare l'eredità, salvo diventare, comunque, erede subordinatamente all'accertamento giudiziale della lesione; nel caso di cui all'art. 524 c.c., per estendere ai creditori del legittimario pretermesso la speciale tutela surrogatoria ivi prevista, quella tutela che per il legittimario pretermesso non può fondarsi sul disposto dell'art. 2900 c.c.

## 9. Profili sistematici

Questa strategia presenta l'inconveniente che lo sforzo ricostruttivo sfocia verso la definizione di uno statuto *ad hoc* per il legittimario pretermesso.

Si noti, infatti, che la differenza di trattamento tra legittimario parzialmente e totalmente pretermesso, differenza che questa impostazione pone a guisa di corollario, non sottende una mera sfasatura temporale rispetto all'effetto dell'acquisto dell'eredità. Mentre nel primo caso, il legittimario che abbia perso l'azione di riduzione resta erede in virtù dell'irretrattabilità dell'accettazione, in caso di pretermissione, il legittimario che abbia perso l'azione di riduzione, resta terzo.

Ciò si riflette anche sulla posizione dei creditori personali del legittimario, come si evince nel passaggio in cui si attribuisce alla pretermissione l'idoneità ad inibire l'accesso all'azione generale surrogatoria ex art. 2900 c.c. sul presupposto che l'azione di riduzione avrebbe connotazione personale, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2900 c.c. Certo, l'itinerario che conduce a riconoscere l'accesso dei creditori al mezzo speciale ha il pregio d'impedire che la pretermissione possa produrre la negazione di una qualsiasi tutela ai creditori interessati.

Il prezzo da pagare per questo risultato è, ancora, non solo quello di avere attribuito natura personale all'azione di riduzione, il che appare discutibile anche alla luce di quanto previsto dall'art. 557, 1° co. c.c., ma di avere logicamente assunto che la natura dell'azione sia una variabile dipendente della condotta del *de cuius*, il che appare poco plausibile, considerato che la pretermissione potrebbe non sottendere una volontà diseredativa (Cass. 25 luglio 2022, n. 23067 in Foro it., 2022, 10, I, 3064; si veda l'indagine di G. Di Lorenzo, *Testamento ed esclusione dalla successione*, Milano, 2017).

Si aggiunga poi che, al fine di rendere applicabile il disposto di cui all'art. 524 c.c., occorre anche digerire l'idea che quel "*farsi autorizzare all'accettazione dell'eredità*", in ipotesi impossibile, debba intendersi come autorizzazione all'esercizio dell'azione di riduzione, sul presupposto che detta azione costituisce l'unico strumento che il legittimario pretermesso avrebbe a disposizione per realizzare in prospettiva l'acquisto dell'eredità.

Si noti però che l'argomento per cui risulta impossibile esercitare l'azione surrogatoria, ossia la sua natura personale collegata al potenziale effetto acquisitivo della qualità di erede, diviene la ragione per accedere alla speciale surrogatoria ex art. 524 c.c. che questo effetto specificamente esclude. Ciò significa che l'accesso alla speciale surrogatoria prevista dall'art. 524 cc. diviene esclusivamente funzionale a sterilizzare una conseguenza tecnica che si reputa necessaria dell'azione di riduzione, ossia l'acquisto della qualità di erede, seppure subordinatamente all'accertamento della lesione. Perciò, l'assi-



milazione *quoad effectum* tra omesso esercizio dell'azione di riduzione e rinuncia all'eredità non costituisce l'esito di un ragionamento analogico (sulle cui differenze, v. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2016, 196; Bianca, *Diritto civile*, 2, Milano, 2020, p. 535; critico Bilotti, cit., 201 che evidenzia la natura patrimoniale dell'accettazione), risultando piuttosto, strumentalmente imposto dalla necessità estrinseca di tutelare i creditori personali del legittimario pretermesso, tutela subordinata alla dimostrazione che l'insufficienza del patrimonio dipenda dalla lesione della legittima.

## 10. Dubbi sull'art. 524 c.c.

Quanto all'utilizzabilità del disposto di cui all'art. 524 c.c., può anzitutto sollevarsi il dubbio se davvero esso disciplini uno speciale potere surrogatorio (Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, III-IV, Milano, 1955, 174 che ritiene l'impugnazione giustificata non per il mancato acquisto dell'eredità, ma per la perdita di un diritto trasmissibile, quello di accettare). Dato che il creditore non può surrogarsi in un diritto che il chiamato non ha più quando, successivamente alla rinuncia sia intervenuta l'altrui accettazione dell'eredità. D'altro canto, il disposto dell'art. 525 c.c. gli consente di accettare successivamente alla rinuncia, s'intende in forza dell'originaria delazione, fino a quando il diritto di accettare non sia prescritto. Si noti allora che l'accettazione successiva è senza pregiudizio delle ragioni acquisite da terzi sopra i beni dell'eredità. Al che, quanto prescritto dall'art. 524 c.c. pare debbapiuttosto qualificarsi come un autonomo diritto spettante ai creditori personali di essere giudizialmente autorizzati ad accettare l'eredità "in nome e nel luogo del rinunciante" al solo scopo di soddisfare i propri crediti (Nicolò, *Dell'azione surrogatoria*, cit., 47; *contra* Betti, cit., 175 che parla di reviviscenza della prima delazione nella misura del pregiudizio che la revoca mira ad eliminare). Inteso come autonomo diritto di agire in riduzione, si ricadrebbe nel medesimo nügolo di perplessità che la Cassazione ha ravvisato rispetto alle possibilità di accedere ad un'interpretazione estensiva dell'art. 557, 1° e 3° co. c.c.

Sotto altro e concomitante profilo, deve osservarsi che il disposto di cui all'art. 524 c.c. intende evitare che il chiamato operato di debiti rinunci all'eredità confidando nel fatto che saranno i suoi familiari a succedergli per rappresentazione. Così ragionando, la norma disciplina l'ipotesi in cui tra le determinazioni del chiamato che non voglia accettare vi sia quella di impedire ai propri creditori di soddisfarsi sui beni ereditari, potendo godere indirettamente degli stessi data la benevolenza dei familiari. Contro questa specifica condotta, la norma esclude che l'accettazione valga acquisto della qualità di erede, risultando tale conseguenza in contraddizione con quanto previsto dall'art. 525 c.c. che, evidentemente, riconosce il diritto di accettare l'eredità ai familiari che subentrano per rappresentazione.

Evidentemente, la dinamica sottesa al disposto di cui all'art. 524 c.c. esorbita da quanto avviene nel caso di rinuncia all'azione di riduzione che, evidentemente, non può innescare l'istituto della rappresentazione solo perché proviene dal legittimario pretermesso. Ed invero, quando la disposizione di cui all'art. 557, 1° co. c.c. ammette gli "eredi"

del legittimario ad agire in riduzione, lo fa sul presupposto che il legittimario non abbia potuto o voluto accettare l'eredità. Perciò, la disposizione di cui all'art. 557 c.c. risolve il problema riconoscendo anche ai creditori del defunto, non anche a quelli personali, l'azione di riduzione, integrando così una tutela indipendentemente dalla circostanza che il legittimario sia stato pretermesso.

Certo, può anche ammettersi che *quoad effectum*, la pretermissione si presti così a divenire l'innescò di una fattispecie elusiva che culmina con la rinuncia all'azione di riduzione al fine di frodare le ragioni dei creditori personali del legittimario, specie laddove a questa si accompagni la designazione ad erede dei familiari del legittimario. Tuttavia, contro questa macchinazione, il riferimento al disposto di cui all'art. 524 c.c. appare troppo esile. D'altro canto, è proprio l'implicazione per cui la pretermissione neutralizza la vocazione e che il legittimario che agisca in riduzione può ripristinarla, così rischiando di divenire erede, a fornire una specifica ragione per non attivarsi contro la lesione. A fronte di una lesione trascurabile o inesistente dei propri diritti, lo scopo è evitare l'aggressione dei creditori del defunto, il che a ben vedere si prospetta come la scelta più conveniente anche per i creditori del legittimario anche considerato che egli può ritenere le donazioni a lui fatte o chiedere i legati nei limiti della disponibile ex art. 521, 2° co. c.c., salve le ipotesi di cui agli artt. 551 e 552 c.c.

Si noti, allora, che la disposizione di cui all'art. 524 c.c. ha il pregio di rendere indifferente la scelta tra accettazione e rinuncia dell'eredità da parte del chiamato ai fini della tutela dei creditori personali. Come la Cassazione ha avuto occasione di osservare, in relazione ad un accordo fra rinunciante e chiamati per rappresentazione, finalizzato a circoscrivere o limitare nei soli rapporti interni l'efficacia della rinuncia, alla luce di questa disposizione non può neanche in astratto configurarsi un pregiudizio a carico del creditore, non potendo egli pretendere, al di là della tutela offertagli dal citato art. 524 c.c., che il proprio debitore acquisisca il titolo di erede in luogo dei chiamati di ordine successivo (Cass. 10 settembre 2021, n. 24524). Questo principio di indifferenza si giustifica perché tale dispositivo attribuisce al creditore del rinunciante "(...) il potere di aggredire i beni ereditari che residuano dopo il pagamento dei creditori dell'eredità, per il soddisfacimento delle loro ragioni" (Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al Codice civile – 524).

La tesi che impone di attribuire al legittimario pretermesso la qualità di erede all'esito vittorioso dell'azione di riduzione, implica che i beni recuperati saranno acquisiti dall'erede in quota eredità. Perciò, la scelta di esercitare o meno l'azione di riduzione, nel caso del legittimario pretermesso, non è indifferente per i creditori personali perché, ove determini l'acquisto della qualità di erede, questo effetto importerà la tutela preferenziale sui beni di provenienza ereditaria dei creditori del defunto con diritto a concorrere sul patrimonio personale del legittimario per il credito residuo. La dedotta non indifferenza salta ove si acconsenta all'impiego del disposto di cui all'art. 524 c.c. Contrariamente all'idea che l'azione di riduzione, se vittoriosamente esperita dal legittimario pretermesso, possa produrre l'acquisto della qualità di erede, la possibilità accordata ai creditori personali del legittimario totalmente pretermesso di surrogarsi nell'esercizio dell'azione di riduzione ex art. 524 c.c., ove producesse il recupero dei beni, intende proprio neutra-

lizzare una conseguenza necessaria dell'impostazione dogmatica di partenza, ossia l'acquisto della qualità di erede del legittimario pretermesso. Con l'ulteriore conseguenza che si determina una disparità di trattamento tra legittimari parzialmente e totalmente pretermessi nonché tra i rispettivi creditori personali.

## 11. Profili sistematici

L'ansia di individuare un mezzo di tutela effettivo in favore dei creditori personali del legittimario pretermesso rende particolarmente sensibili al monito, recentemente lanciato dalla Cassazione (Cass. 31 ottobre 2024, n. 28148, in *Mass. giust. civ.*, 2024) che invita a cautelarsi contro la debolezza che affligge tipicamente gli argomenti che, appoggiandosi essenzialmente ai profili funzionali, non conducono fino in fondo il tentativo di acquisire in modo circostanziato quelle funzioni fondandole sul testo della norma giuridica, che costituisce pur sempre il punto di partenza (e di ritorno) dell'opera interpretativa.

La domanda che si può porre è se, in una prospettiva meno pregiudicata sul piano dogmatico, non sia meglio, sia sul piano concettuale che pratico, sostenere che la premissione non produce alcun impatto ai fini della tutela dei legittimari. Ed invero, i descritti inconvenienti si producono proprio a causa della distanza tra un piano normativo che, previa accettazione della qualità di erede (art. 564 c.c.), attribuisce al legittimario *tout court* l'azione di riduzione, e una prassi che attribuisce alla premissione l'idoneità a interferire con la vocazione ereditaria del legittimario.

Senza dilungarsi sulle varie ricostruzioni proposte concernenti la situazione giuridica del legittimario pretermesso (si vedano le critiche Cicu, *Le successioni. Parte generale. Successione legittima e dei legittimari. Testamento*, Milano, 1947, p. 218; L. Ferri, *Dei legittimari*, in *Comm. Scialoja, Branca, Libro secondo. Delle successioni*, Bologna – Roma, 1971, p. 9; G. Azzariti, *Gli aventi diritto a riserva*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 363 ss.), il punto che pare deve essere acquisto è che la mancanza di una tutela del creditore personale contro l'ipotesi dell'omesso esercizio dell'azione di riduzione non configura un'anomalia sistematica ma, piuttosto, un dato coerente con un sistema normativo che presuppone l'attitudine all'investitura ereditaria attribuita al legittimario (Cuffaro, *I diritti dei legittimari*, in *Cuffaro (a cura di), Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, Torino, 2015, 228).

Ed invero, posto che l'interesse del chiamato è acquisire le sostanze e che è interesse primario dell'ordinamento che le sostanze siano attribuite a titolo di erede, tale essendo colui che raccoglierà l'istanza di continuità nella titolarità dei diritti e rapporti che l'ordinamento ritiene ineliminabile, la dinamica della vicenda successoria risulta impostata sull'idea che “*il conseguimento della qualità di erede, che presuppone comunque l'accettazione esplicita o implicita, costituisce il prius logico per l'acquisto del patrimonio ereditario ed ha una propria autonoma rilevanza nell'ambito della vicenda successoria*” (Cuffaro, *Le regole della successione*, in *Cuffaro (a cura di), Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, Torino, 2015, 98; sulla scia di Nicolò, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, rist., 2018, Napoli, 27).

In questa prospettiva, rileva la possibile coesistenza di titoli della chiamata, legittima o testamentaria, a fronte dell'unitario concetto di eredità e dell'atto di accettazione che ne determina l'acquisto (Cass.8 gennaio 2013, n 264). Cosicché, quando vi siano i legittimari, questa coesistenza si determina necessariamente sul *relictum* anche laddove vi il legittimario sia stato totalmente pretermesso. A significare che l'autonoma rilevanza della qualità di erede che la legge riconosce al legittimario, tale da esprimersi in una vocazione ereditaria che resiste alle contrarie disposizioni testamentarie, non configura un dato a disposizione del defunto perché ciò significherebbe attribuirgli il potere di disporre anche degli speciali diritti che da questa condizione promanano *ex art. 457, 3° co c.c.*

Si pensi, in questo senso, al disposto di cui all'art. 557, 3° co. c.c. ove si attribuisce al legittimario avente diritto alla riduzione il potere d'impedire ai creditori del defunto l'esercizio dell'azione di riduzione attraverso l'accettazione con beneficio di inventario (su cui v. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 233). Nell'ottica di un legislatore che individua nel beneficio di inventario il più potente incentivo ad accettare le eredità, anche l'effetto di impedire l'iniziativa processuale dei creditori del defunto, partecipa di questa finalità. Perciò, appare incongruo che la pretermissione, intesa come fatto giuridico eventualmente lesivo ma non diseredativo, possa rivelarsi ostativa all'esercizio di tale facoltà che, evidentemente, è rivolta a tutelare un interesse morale del legittimario, probabilmente non estraneo all'intento liberale del *de cuius*, ad impedire che il beneficiario subisca la riduzione per mano dei creditori del defunto. A meno che non si voglia sostenere che, quando il legittimario è stato pretermesso, l'unico modo per impedire l'iniziativa dei creditori del defunto è, appunto, che egli eserciti direttamente l'azione di riduzione, il che però, oltre a rivelarsi incoerente con quanto disposto dall'art. 557 c.c., autorizzerebbe il testatore, in contrasto con quanto stabilito dall'art. 457 c.c., a pregiudicare uno dei diritti che la legge attribuisce al legittimario, ossia di rinunciare all'azione di riduzione, impedendo tale azione anche ai creditori del defunto attraverso l'accettazione beneficiata.

Se questa prospettiva fosse ritenuta convincente, allora, senza distinguere tra legittimario leso e pretermesso, i suoi creditori potranno anche surrogarsi nell'esercizio dell'azione di riduzione tramite lo strumento generale previsto dall'art. 2900 c.c., dal momento che l'acquisto della qualità di erede si è compiuto e, tuttavia, non senza difficoltà di prova dell'elemento obiettivo del pregiudizio, considerato che i creditori surrogati non solo non vanteranno alcuna specifica garanzia sui beni recuperati, ma avranno una posizione residuale rispetto ai creditori del defunto, sul valore dei beni eventualmente recuperati all'esito dell'azione.

Infine, la disposizione di cui all'art. 524 c.c., sarà esperibile dai creditori personali contro il legittimario pretermesso che rinunci all'eredità, dietro dimostrazione che i beni personali siano insufficienti al momento dell'azione e che l'eredità presenti un attivo (Cass. 10 agosto 1974, n. 2394). Al che, si noti come al diritto dei creditori personali a soddisfarsi sull'attivo ereditario del legittimario che abbia rinunciato all'eredità fa da contraltare il diritto degli altri eventuali legittimari, i quali in ipotesi potrebbero succedere in rappresentazione oppure in accrescimento, a ridurre donazioni e legati (in conto o

sostituzione di legittima) che abbiano ecceduto la disponibile, fatte al legittimario rinunciante, senza necessità di avvalersi del beneficio di inventario al momento dell'accettazione dell'eredità (arg. ex art. 564,1° co. c.c.).

Si tratta di una precisazione significativa poiché, nel contesto della tutela dei legittimari, la norma intende neutralizzare gli effetti negativi della rinuncia all'eredità che potrebbero prodursi nella sfera giuridica degli altri legittimari aventi diritto alla riduzione. Ove si ritenesse che l'azione di riduzione del coerede non possa essere rivolta contro il legittimario pretermesso, sul presupposto che egli non è un "chiamato come coerede", tale conclusione svuoterebbe di senso la previsione di cui all'art. 557,1° c.c. che attribuisce l'azione di riduzione agli aventi causa, quali sono i coeredi lesi nella propria legittima, e attribuirebbe un incongruo privilegio al legittimario formalmente ma non sostanzialmente pretermesso, le cui attribuzioni sarebbero immuni da riduzione, con vantaggio suo e dei suoi creditori e a svantaggio dei legittimari che abbiano accettato l'eredità e dei creditori del defunto.

### Indicazioni di lettura

Sull'azione surrogatoria

Nicolò, Azione surrogatoria, in Commentario del codice civile a cura di Scialoja e Branca, Libro sesto della tutela dei diritti, Bologna-Roma 1953, sub art. 2900, 99 ss.; Giampiccolo, Azione surrogatoria, in Enc. dir., IV, Milano 1959, 950; De Sanctis Ricciar-done, Surrogatoria (azione), in Enc. giur. Treccani, XXX, Roma 1990, 11; Tinazzi, L'azione surrogatoria, in Trattato di diritto privato diretto da Rescigno, XX, Torino 1985, 104; Cecchella, Sostituzione processuale, in Dig. civ., Torino, 1998, XVIII, 638 ss., Gardella Tedeschi, Surrogatoria (azione), in Dig. civ., Torino, 1999, XIX, 228; Trisorio Liuzzi, Codice civile annotato, a cura di Perlingieri, VI, Napoli-Bologna, 1991, 471 ss.;

Sulla condizione del legittimario pretermesso

Cicu, Le successioni. Parte generale. Successione legittima e dei legittimari. Testamento, Milano, 1947, p. 218; L. Ferri, Dei legittimari, in Comm. Scialoja, Branca, Libro secondo. Delle successioni, Bologna - Roma, 1971, p. 9; G. Azzariti, Gli aventi diritto a riserva, in Riv. dir. civ., 1965, II, p. 363 ss.; Mengoni, Successione necessaria, Successioni per causa di morte, Parte speciale. Successione necessaria, in A. Cicu - F. Messineo (diretto da) e L. Mengoni (continuato da), Trattato di diritto civile e commerciale, Milano, 2000, p. 43, p. 80, p. 234; Santoro Passarelli, Legato privativo di legittima, in Riv. dir. civ., 1935, p. 280 ss.; Id., Appunti sulla successione necessaria, 1936, 30 ss.; Dei Legittimari, in Comm., a cura di D'Amelio e Finzi, Libro delle Successioni, 1941, 271; Id., Vocazione legale e vocazione testamentaria, in Riv. dir. civ., 1942, p. 202; Pino, La tutela del legittimario, Padova, 1954, p. 66.

Sulla tutela del creditore particolare del legittimario pretermesso e sull'art. 524 c.c.

Bilotti, *Separazione dei beni del defunto e tutela dei creditori*, Torino, 2012, p. 185 ss.; Pagliantini, Legittimario pretermesso e tutela dei creditori: un esempio di massima (dottrinale) mentitoria, in Dir. succ. fam., 2018, 495 ss.; Id., La c.d. forza di legge del testamen-

to. Itinerari odierni della libertà testamentaria tra regole e principi, Napoli, 2016, 85 ss.; Damiani, La tutela del legittimario e il presunto principio di tutela dei suoi creditori, in Riv. dir. civ., 2019, 847; Nocera, *La tutela dei creditori particolari del legittimario*, Torino, 2020, passim.; P. Mazzamuto, *La tutela dei creditori personali del legittimario leso o pretermesso*, Napoli, 2021; Werther Romagno, *Libertà testamentaria, successione necessaria e tutela del credito*, Napoli, 2021.

## ABSTRACT

L'ordinanza della Seconda Sezione Civile della Corte di cassazione affronta la complessa questione della tutela degli interessi dei creditori del legittimario pretermesso che non eserciti l'azione di riduzione per tutelare i propri diritti. L'esistenza di una difformità di orientamenti giurisprudenziali sulla possibilità e i limiti di un'azione surrogatoria è l'assenza di una tutela effettiva dei creditori nel caso specifico in cui il legittimario sia stato pretermesso, hanno suggerito l'eventualità di proporre la questione alle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

*The ordinance of the Second Civil Section of the Corte di Cassazione deals with the complex issue of protecting the interests of the creditors of a necessary heir in circumstances where, at the time of his death, the estate is found to be insolvent, and the heir has not taken any measures to protect his rights under the law. The existence of different case law on the possibility of acting by subrogation and the idea that there is a lack of effectiveness in the protection of creditors' rights in the specific case where the heir is ineligible to inherit due to the lack of an estate, suggested that the question be brought before the United Sections of the Supreme Court.*



### Abuso del farmaco e responsabilità del produttore per difetto di informazione



Roberto Carleo

Prof. ord. dell'Università di Napoli "Parthenope"

**SOMMARIO:** 1. Il caso. – 2. Responsabilità per danno da farmaci tra difetto del prodotto ed esercizio di attività pericolose. – 3. Difetto di informazione e principio di precauzione. – 4. Nesso di causalità e applicazione dell'art. 1227 c.c.

#### 1. Il caso

Con l'ordinanza 23 dicembre 2024, n. 33984 la Cassazione, nel ribaltare le decisioni di segno opposto adottate dal Tribunale di Udine e dalla Corte d'appello di Trieste, affronta il problema della responsabilità del produttore farmaceutico per i danni derivanti dall'abuso del farmaco (nel caso di specie, una pasta dentaria) da parte dell'utilizzatore.

I giudici di merito avevano respinto la domanda risarcitoria, escludendo che la pasta dentaria fosse difettosa per giungere, infine, alla conclusione che il danno fosse imputabile esclusivamente alla condotta negligente o imprudente della danneggiata, che avrebbe interrotto il nesso causale tra idoneità lesiva del prodotto e danno. Il Supremo Collegio ha cassato la decisione della Corte d'appello, reputando che il comportamento imprudente dell'utilizzatrice non sarebbe stato caratterizzato né dall'imprevedibilità né dall'eccezionalità, ed ha quindi rimesso al giudice del rinvio la determinazione del risarcimento, sia pure tenendo conto dell'eventuale concorso di colpa del danneggiato *ex art. 1227 c.c.*

Nel caso di specie, il danno lamentato dall'attrice era risultato causato dall'uso eccessivo (e, in quanto tale, colpevolmente difforme dalle istruzioni offerte dal responsabile della produzione e messa in commercio del farmaco stesso) di una pasta dentaria, da cui sarebbe derivata una grave patologia neurologica, insorta appunto per le eccessive applicazioni del prodotto da parte dell'utilizzatrice, che non aveva rispettato la posologia prescritta nel foglietto illustrativo. Tuttavia, ed è questo il punto di principale rilievo

della decisione in esame, il foglietto illustrativo, pur indicando la posologia corretta, non specificava la particolare patologia concretamente insorta quale possibile effetto collaterale conseguente all'abuso del farmaco.

Pertanto la Corte di Cassazione, che inizialmente aveva ritenuto il ricorso inammissibile proponendone la definizione *ex art. 380-bis c.p.c.*, lo ha invece accolto, ritenendo che *“non può non rilevarsi che le informazioni contenute nel bugiardo non erano affatto tali da rendere edotta la ricorrente del rischio cui sarebbe andata incontro ove avesse ecceduto nell'uso del prodotto”*.

Per giungere a tale conclusione, la Cassazione muove dalla premessa secondo cui la produzione di farmaci<sup>1</sup> non sarebbe riconducibile alla disciplina della responsabilità per danni da prodotto difettoso, costituendo piuttosto un'attività pericolosa, con la conseguente necessita della distinzione tra prodotto pericoloso e prodotto difettoso<sup>2</sup>.

Dunque, l'ordinanza in commento ribadisce l'orientamento giurisprudenziale<sup>3</sup> in base al quale la produzione del medicinale vada qualificata come attività pericolosa, in tal modo innalzandosi la protezione del consumatore-utilizzatore del prodotto medicinale in forza del principio di precauzione, secondo cui va ritenuta responsabile l'impresa farmaceutica *“anche qualora la causa della pericolosità del farmaco sia ignota ovvero quando la scienza, pur provando la correlazione tra l'assunzione del farmaco e il danno potenziale, non sia in grado di affermare con certezza se e in che misura l'organismo del paziente abbia inciso sulla manifestazione dell'effetto collaterale”*.

Tale conclusione si fonda sulla distinzione tra prodotto pericoloso e prodotto difettoso, sottolineando che: *“il prodotto non è difettoso solo perché pericoloso”*; nel senso che *“il verificarsi del danno non prova indirettamente, di per sé, la pericolosità del prodotto in condizioni normali di impiego, ma solo una sua più indefinita pericolosità di per sé insufficiente per evocare la responsabilità del produttore, se non sia anche in concreto accertato che quella*

<sup>1</sup> In particolare, l'ordinanza muove dal dato normativo dell'art. 1, D.Lgs. 24 aprile 2006, n. 219 (di recepimento della Direttiva 2001/83/CE) che definisce il medicinale come *“ogni sostanza (o associazione di sostanze) che presenta proprietà curative o profilattiche delle malattie umane o che viene utilizzata con mera finalità di diagnosi”*. Da tale dato normativo la Cassazione trae il corollario che il medicinale *“non è un bene voluttuario, venendo di norma utilizzato a seguito di indicazioni promananti da figure professionali terze rispetto al produttore e al distributore, e, soprattutto, è ad esso connaturale un potenziale effetto “collaterale” pregiudizievole per la salute degli utenti, il quale, una volta materializzatosi, diviene causa del danno”*.

<sup>2</sup> In particolare, l'ordinanza afferma testualmente che: *“Si sono al riguardo prese le mosse dalla distinzione tra prodotto pericoloso e prodotto difettoso onde rimarcare che, per escludere la responsabilità del produttore del farmaco, essendo il farmaco un prodotto pericoloso e non già (almeno di norma) un prodotto difettoso, non basta che l'attività di produzione soddisfi i requisiti pubblicistici che precedono la sua immissione in commercio, i quali realizzano «solo un minimum di garanzia per il consumatore (v. Corte Giust., 29/5/1997, C-300/95)», ma occorre anche considerare «la percezione e le aspettative dei consumatori (v. Corte Giust., 11/4/2001, C477/00; Corte Giust., 28/10/1992, c-219/91)» (v. Cass. 10/05/2021, n. 12225)”*.

<sup>3</sup> Cass., 7 marzo 2019, n. 6587, in *Foro it.*, IV, 2019, 3689 ss., con nota di DI ROSA, *Sul paradosso del farmaco sicuro, che fa danno impunemente*.



*specifico condizione di insicurezza del prodotto si pone al di sotto del livello di garanzia di affidabilità richiesto dalla utenza o dalle leggi in materia (tra le tante, v. Cass. penale sez. I, 5/04/2023, n. 29837)”.*

Movendo da tali premesse, la Cassazione afferma che *“la pasta adesiva solo perché conforme agli standard tecnici non è per ciò solo inidonea a provocare danni”*. Pertanto, *“il fatto che l’agente abbia osservato una norma cautelare esclude, di norma, la sua colpa specifica, ma tanto non esime dal verificare la sussistenza di una sua colpa generica”*.

Nel caso di specie, la parte attrice aveva fondato la responsabilità del produttore in particolare sul difetto o l’insufficienza di informazioni, offerte dal produttore, per evitare i rischi connessi all’uso del prodotto.

Come già da tempo chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, *“detta informazione, sia quella tratta dalla presentazione del prodotto e dalle sue caratteristiche palesi, sia quella fornita dal produttore con istruzioni e avvertenze aggiuntive, ha un contenuto inversamente proporzionale alle ragionevoli attese di sicurezza del bene e deve essere temperata con l’uso ragionevole del prodotto”*<sup>4</sup>.

La sentenza rileva che *“il giudice è tenuto a mettere a confronto le condotte delle parti in causa per valutare se il danno poteva essere più facilmente (cioè con minor sacrificio) evitato dalla vittima o dal produttore, alla luce delle informazioni di cui ciascuno dei due poteva disporre nel momento in cui ha agito”*. Tale valutazione deve tenere conto, da un lato, che *“l’informazione che si traduca in una mera avvertenza circa il fatto che un determinato evento possa verificarsi non vale ad esonerare il produttore da responsabilità”* e, dall’altro, che il comportamento dell’utente *“deve essere improntato al principio di autoresponsabilità ... e deve essere valutato dal giudice, il quale dovrà accertare se vi sono i presupposti per ritenere che proprio l’utilizzatore si sia trovato nella condizione migliore per evitare o contenere il danno”*<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Cass. 15 marzo 2007, n. 6007, in *Foro it.*, IV, 2007, 2413 ss., con nota di AL. PALMIERI, *Difetto e condizioni di impiego del prodotto: ritorno alla responsabilità per colpa?*.

<sup>5</sup> L’ordinanza in esame richiama espressamente i seguenti precedenti di legittimità. In primo luogo, Cass., 18 novembre 2022, n. 34027, la quale, in tema di danni alla salute conseguenti alla vaccinazione contro la poliomielite, ha ritenuto che *“Il fatto che un vaccino sia qualificato dalla letteratura scientifica come sicuro non ne esclude il potenziale carattere dannoso”*, di talché anche un vaccino sicuro può essere causa di un danno risarcibile.

In secondo luogo, Cass., 10 maggio 2021, n. 12225, secondo cui *“La responsabilità del produttore di farmaci non è esclusa dalla prova di aver fornito – tramite il foglietto illustrativo (c.d. «bugiardino») – un’informazione che si sostanzia in una mera avvertenza generica circa la non sicurezza del prodotto, essendo necessaria un’informazione idonea a consentire al consumatore di effettuare una corretta valutazione dei rischi e dei benefici al riguardo e di adottare tutte le necessarie precauzioni volte ad evitare l’insorgenza del danno, che sia tale da fondare una volontaria e consapevole esposizione al rischio (con eventuale suo concorso di colpa ex art. 1227 c.c., in caso di relativa sottovalutazione o di abuso del farmaco)”*.

Nello stesso senso si era espressa anche Cass., 7 marzo 2019, n. 6587, secondo cui *“ai fini dello scrutinio in ordine alla sussistenza della prova liberatoria di cui all’art. 2050 c.c. (e cioè la prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno), è necessario valutare, da un lato, la rigorosa osser-*

Ribadendo tali principi ed applicandoli al caso di specie, la Corte di Cassazione conclude che *“le informazioni contenute nel bugiardino non erano affatto tali da rendere edotta la ricorrente del rischio cui sarebbe andata incontro ove avesse ecceduto nell’uso del prodotto”*. Infatti, l’utente era messo sull’avviso solo circa il fatto che, ove richiedesse un utilizzo frequente, la pasta dentaria potesse essere difettosa, ma non già del rischio che, *“continuando ad usare l’adesivo in maniera abnorme rispetto a quella consigliata, avrebbe corso il rischio di subire danni così gravi alla propria salute”*.

Applicando il principio secondo cui *“il danno subito da colui che si serve di una cosa può essere addebitato al produttore solo se questa è stata usata secondo la destinazione che il produttore poteva ragionevolmente prevedere e se il comportamento tenuto dall’utente (e dal quale il danno è dipeso) era ragionevolmente prevedibile”* (Cass., 3/3/2005, n. 4662), la Suprema Corte conclude che *“non solo la ricorrente non aveva fatto un uso atipico, ma neppure era stata avvertita del tipo di conseguenze cui sarebbe andata incontro se avesse usato in maniera eccessiva il prodotto, pur essendo detto comportamento ragionevolmente prevedibile”*.

Affermata la responsabilità del produttore della pasta dentaria, l’ordinanza cassa la sentenza di merito, per avere ritenuto interrotto il nesso causale tra idoneità lesiva del prodotto e danno dal comportamento imprudente della danneggiata. Infatti, il comportamento imprudente dell’utilizzatrice non era stato caratterizzato, a giudizio del Supremo Collegio, né dall’imprevedibilità né dall’eccezionalità.

Tuttavia la decisione in esame lascia al giudizio di rinvio di valutare – fermo il principio di diritto stabilito nel senso della responsabilità del produttore – quanto la condotta della utilizzatrice abbia concorso sulla determinazione del danno cagionato dal produttore a causa del difetto delle specifiche informazioni sugli effetti collaterali

## 2. Responsabilità per danno da farmaci tra difetto del prodotto ed esercizio di attività pericolose

La responsabilità civile per danno da prodotti farmaceutici<sup>6</sup> coinvolge la salute e la sicurezza dei consumatori, che devono quindi essere tutelati e correttamente informati.

---

*vanza di tutte le sperimentazioni e i protocolli previsti dalla legge prima della produzione e della commercializzazione del farmaco (questione nella fattispecie, non controversa); dall’altro l’adeguatezza della segnalazione dell’effetto indesiderato, dovendosi solo per completezza qui precisare che non una qualunque informativa circa i possibili effetti collaterali del farmaco possa scriminare la responsabilità dell’esercente, essendo invece necessario che l’impresa farmaceutica svolga una costante opera di monitoraggio e di adeguamento delle informazioni commerciali e terapeutiche, allo stato di avanzamento della ricerca, al fine di eliminare o almeno ridurre il rischio di effetti collaterali dannosi e di rendere edotti nella maniera più completa ed esaustiva possibile i potenziali consumatori”*.

<sup>6</sup> Per ulteriori riferimenti sul tema si rinvia a CARLEO, voce *Responsabilità da produzione e commercializzazione dei farmaci (disciplina europea)*, in *Enc. Dir., I Tematici, Responsabilità civile*, a cura di SCOGNAMIGLIO, Milano, 2024, 1106 ss.

Va da sé che i farmaci sono per intrinseca natura non assolutamente sicuri<sup>7</sup>, di talché possono provocare danni anche gravi, come lesioni fisiche, malattie o addirittura la morte.

Il tema è oggetto di ampio e particolare dibattito ed è rimesso a soluzioni oscillanti sia per le diverse interpretazioni giurisprudenziali sia per le scelte di politica legislativa (inevitabilmente storiche e relative e, in quanto tali, mutevoli nel tempo e nello spazio) che devono salvaguardare e bilanciare esigenze anche contrastanti con quella (primaria) di tutela della salute del paziente, quali in particolare gli incentivi al progresso della ricerca scientifica e le pretese del mercato.

L'imputazione della responsabilità civile dipende, quindi, da scelte di politica legislativa<sup>8</sup> e da ragioni di analisi economica del diritto che sempre coinvolgono la materia<sup>9</sup> e che, in particolare nel caso dei farmaci, trovano molti interessi da contemperare, tali da giustificare l'esigenza di soluzioni *ad hoc* che – in mancanza di una specifica disciplina – potrebbe non risultare agevole da ricondurre alle categorie tradizionali<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Della distinzione tra prodotto “sicuro”, prodotto “difettoso”, prodotto “pericoloso”, prodotto “dannoso”, la dottrina si è a lungo occupata: cfr. in particolare AL MUREDEN, *La responsabilità del fabbricante nella prospettiva della standardizzazione delle regole sulla sicurezza dei prodotti*, in Id. (a cura di), *La sicurezza dei prodotti e la responsabilità del produttore, Casi e materiali*, Torino, 2017, 17; CARNEVALI, *Nuovi prodotti dannosi*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 2009, 347. Per una sintesi si rinvia a BELLISARIO, *Responsabilità per i prodotti difettosi*, in *Enc. Dir.*, I Tematici, *Responsabilità civile*, a cura di SCOGNAMIGLIO, cit., 1240 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., Sez. III, 10 maggio 2021, n. 12225, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1045 ss., con nota di FUSARO, *Effetto avverso del farmaco: obblighi informativi e responsabilità*; in *Danno resp.*, 2021, 719 ss., con nota di PIAIA, *Responsabilità del produttore di farmaci e dovere di informativa, tra “tutela consumeristica” e art. 2050 c.c.*

<sup>8</sup> Per una riflessione sulle finalità della responsabilità civile alla luce della natura degli interessi coinvolti e alle scelte di politica del diritto, v. SERIO, *Responsabilità civile e civil liability*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, III, Napoli, 2018, 1609 ss., nonché SALVI, *Responsabilità civile (funzioni della)*, in *Enc. Dir.*, I Tematici, *Responsabilità civile*, a cura di SCOGNAMIGLIO, cit., 683 ss.

<sup>9</sup> Più ampiamente PARDOLESI, *Analisi economica del diritto e responsabilità civile*, in *Enc. Dir.*, I Tematici, *Responsabilità civile*, a cura di Scognamiglio, 1 ss. In generale: CALABRESI, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven, 1970 (trad. It. *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, trad. di De Vita – Varano – Vigoriti, Milano, 1975, rist. 2015. In Italia, BUSNELLI, PATTI, *Danno e responsabilità civile*, 3, Torino, 2013, 219; MONATERI, *La responsabilità civile*, in R. Sacco (diretto da), *Tratt. dir. civ.*, X, Torino, 1998, 19; PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, 27.

<sup>10</sup> Già prima degli interventi comunitari volti a disciplinare la materia, ALPA, in AA.Vv., *La responsabilità in materia sanitaria*, Atti del convegno nazionale tenuto a Bologna il 16 dicembre e a Ravenna il 17 dicembre 1983, Milano, 1984, 42, osservava che: “Il farmaco come “prodotto” dell’impresa non è considerato (a parte i controlli di carattere amministrativo) come un prodotto speciale che richiede una particolare disciplina. Questa assenza di specificità induce a ritenere che in questa materia si debbano applicare le norme di carattere generale o, più esattamente, di diritto comune”. Oggi la peculiarità dei farmaci, nell’ambito generale della responsabilità da prodotto difettoso, è specificamente colta anche nella quinta relazione della commissione sull’applicazione della direttiva del Consiglio relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Sta-

I farmaci (così come i dispositivi medici) trovano una definizione legislativa (di origine europea) nell'art. 1, D. Lgs. 24 aprile 2006, n. 219 (recante attuazione della Dir. 2001/83/CEE, come modificata e integrata dalla Dir. 2003/63/CE), giusta la quale deve intendersi quale “*prodotto medicinale*” ogni sostanza o associazione di sostanze che presenta proprietà curative o profilattiche delle malattie umane, o anche utilizzata con finalità di diagnosi. Anche il “*dispositivo medico*” è costituito da un'ampia categoria di “*prodotti*” destinati ad essere impiegati sull'uomo a scopo di diagnosi, prevenzione, controllo, terapia; attenuazione o compensazione di ferite o di *handicap*; studio, sostituzione o modifica di un processo fisiologico; controllo del concepimento.

Tali normative europee specifiche<sup>11</sup>, come è noto, non regolano espressamente i profili della responsabilità che rimangono di competenza dei singoli Paesi membri, ma consentono di qualificare i farmaci come prodotti, peraltro connotati da intrinseca pericolosità, con conseguente applicabilità dei relativi regimi di responsabilità.

In ambito farmaceutico un ruolo primario è rivestito innanzitutto dalla regolazione *ex ante*, consistente nell'imposizione in capo al produttore farmaceutico di una larga gamma di obblighi (di fabbricazione, commercializzazione, informazione e vigilanza) e nell'attribuzione di rilevanti funzioni di autorizzazione e vigilanza ad apposite autorità amministrative indipendenti e specializzate; tuttavia è altresì necessario che a tale regolazione *ex ante* si affianchi una regolazione *ex post*, ossia un sistema di responsabilità civile invocabile dall'utente che ha subito un danno a seguito dell'assunzione di un medicinale.

La tutela preventiva, ovvero la regolazione della situazione che precede (e possibilmente evita) la produzione del danno, è oggetto di dettagliate previsioni di fonte europea, ritenute prevalenti sul diritto interno degli Stati membri<sup>12</sup>, che impongono l'adozione di

---

ti Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi (direttiva 85/374/CEE), del 7 maggio 2008, ove, a p. 2, espressamente si sottolinea l'esigenza di “*esaminare attentamente alcuni prodotti, come quelli farmaceutici, che possono rappresentare una sfida per l'efficacia della direttiva*”.

<sup>11</sup> Ulteriori normative specifiche sono dettate, ad esempio, in materia di sperimentazione clinica di medicinali per uso umano (cfr. Regolamento europeo 16 aprile 2014, n. 536, *Clinical Trial Regulation – CTR*) nonché anche sui prodotti medicinali a base di cellule staminali, sulle quali è stato adottato il Regolamento europeo 13 novembre 2007 n. 1394 sui medicinali per le terapie avanzate recante modifica della Direttiva 2001/83/CE e del Regolamento (CE) n. 726/2004 e la Direttiva 2009/120/CE del 14 settembre 2009, che modifica la direttiva 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano per quanto riguarda i medicinali per terapie avanzate (recepita in Italia dal Decreto del Ministero della Salute 18 maggio 2010). Va da sé che il progresso della scienza induce alla sperimentazione di farmaci innovativi, come appunto quelli organici, basati sull'impiego di organismi viventi che ampliano le frontiere della biologia, tra umano e artificiale, ponendo anche delicati problemi etici, che ampliano i profili di cautela per la prevenzione dei rischi impattando anche sui profili della responsabilità.

<sup>12</sup> La Corte di Giustizia UE ha stabilito che gli stati membri non possano imporre divieti più restrittivi alla libera circolazione di dispositivi medici dotati della certificazione della UE, adducendo obiezioni sulla idoneità qualitativa (cfr. Corte Giust. UE, 14 giugno 2007, Causa C-6/05, relativa all'esclusione dei dispositivi della società Medipac da una gara d'appalto bandita da un ospedale

comportamenti prudenziali sulla produzione, distribuzione e utilizzazione dei farmaci, che prevedono specifici obblighi sia di ottenere una certificazione (rilasciate da appositi organismi come ad es. l'AIFA) che autorizzi l'immissione nel mercato, sia di avvertire l'utilizzatore di tutti i pericoli e le controindicazioni.

Il rispetto di tali previsioni *ex ante* non esime, tuttavia, il produttore dalla eventuale responsabilità *ex post* ove il danno venga comunque a realizzarsi (così come rilevato nell'ordinanza in commento e come espressamente previsto dall'art. 39, D. Lgs., n. 219/2016)<sup>13</sup>. Va da sé che i prodotti farmaceutici sono fondamentali per la cura e il benessere delle persone (in ossequio alla tutela della salute garantita anche nel precetto di

---

greco) o su rischi di tutela della salute dell'ambiente (cfr. Corte Giust. UE, 19 novembre 2009, causa C-288/08, relativa al divieto di esportazione stabilito dalla Svezia di taluni amalgami per uso dentistico contenenti mercurio). Ciò in quanto in tali ipotesi lo stato membro può solo attivare la "procedura di salvaguardia" prevista dall'art. 8 della Direttiva 93/42 (che costituisce un provvedimento di armonizzazione adottato in applicazione dell'art. 100 A del Trattato Ce, ora art. 95 CE, quindi finalizzata a favorire la libera circolazione dei prodotti rimuovendo eventuali ostacoli frapposti dagli stati membri), che prevede l'adozione di misure provvisorie necessarie per ritirare dal mercato il dispositivo reputato nocivo per la salute o per la sicurezza, comunicando immediatamente le misure adottate e i motivi della decisione alla Commissione. Per una più ampia analisi delle decisioni della Corte UE appena richiamate si rinvia a CAROCCIA, *La responsabilità per danno da prodotto farmaceutico*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, n. 2/2013, 129 ss., la quale conclude che "È la tutela della libera circolazione che prevale, in questo caso, sul principio della salute del paziente".

<sup>13</sup> Sulla rilevanza ai fini del giudizio di responsabilità della conformità del prodotto a *standard* dettati da norme tecniche cfr. AL MUREDEN, *Il danno da farmaco tra valenza delle norme tecniche armonizzate e responsabilità per esercizio di attività pericolosa*, in *Contr. impr.*, 2021, 1038 ss.; Id., *La responsabilità del fabbricante nella prospettiva della standardizzazione delle regole sulla sicurezza dei prodotti*, cit., 29; Id., *Il danno da prodotto conforme*, Torino, 2016; Id., *Il danno da "prodotto conforme". Le soluzioni europee e statunitensi nella prospettiva del Transatlantic Trade and Investment Partnership (T.T.I.P.)*, in *Contr. impr.*, 2015, 388 ss.; CARNEVALI, *Prevenzione e risarcimento nelle direttive comunitarie sulla sicurezza dei prodotti*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 3 ss.; ALBANESE, *La sicurezza generale dei prodotti e la responsabilità del produttore nel diritto italiano ed europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 977 ss.; BELLISARIO, *Il danno da prodotto conforme tra regole preventive e regole risarcitorie*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 850 ss. Nel senso che l'ottenimento della certificazione non costituisca, di per sé, ragione di esonero dalla responsabilità, cfr. anche QUERCI, *I danni da vaccinazioni tra indennizzo e risarcimento*, in BELVEDERE, RIONDATO, *Le responsabilità in medicina*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà e Zatti, Milano, 2011, 488 ss. Anche la giurisprudenza di legittimità in materia di prodotto farmaceutico ha recepito la distinzione tra *standards* legislativi c.d. "floor" e "ceiling": mentre il rispetto dei primi, circoscritti ad un livello basico di sicurezza, non escluderebbe la possibilità per il danneggiato di dedurre il difetto (cfr. Cass. civ., 31 marzo 2011, n. 7441, in *Guida dir.*, 2011, 21, 43) invece l'osservanza dei secondi, che viceversa esprimono un livello massimo di sicurezza, esaurirebbe ogni margine dimostrativo (Cass. civ., 15 marzo 2007). Cfr. sul punto AL MUREDEN, *Il danno da farmaco tra valenza delle norme tecniche armonizzate e responsabilità per esercizio di attività pericolosa*, cit., 1046; I.L. NOCERA, *Responsabilità per danno da farmaco tra gestione del rischio e ruolo delle informazioni*, in *Danno resp.*, 2022, 684, nt. 24. Per una sintesi del dibattito, si rinvia a BELLISARIO, *Responsabilità per i prodotti difettosi*, cit., 1240 ss.

cui all'art. 32 Cost.), ma possono anche comportare gravi rischi e danni se non vengono utilizzati correttamente o se presentano difetti.

La produzione ed il commercio dei farmaci costituiscono, infatti, esercizio di *un'attività pericolosa*, che in quanto tale innalza la soglia della diligenza pretesa dai produttori e dai commercianti, che devono rispettare scrupolosamente i controlli di qualità e le norme sulla sicurezza<sup>14</sup>.

La responsabilità che ne deriva può dunque qualificarsi sia come responsabilità *del produttore*<sup>15</sup> sia anche come responsabilità *per esercizio di attività pericolose*<sup>16</sup>, secondo

<sup>14</sup> In particolare sulla sicurezza del prodotto farmaceutico, la Cassazione ha precisato che la nozione di prodotto difettoso, ex art. 117 del Codice del Consumo, non riguarda ogni prodotto genericamente insicuro, ma, piuttosto, quello che non raggiunga lo standard di sicurezza che il consumatore può legittimamente attendersi, in relazione ad una pluralità di elementi, quali le modalità con cui è stato messo in circolazione, la sua presentazione, le sue caratteristiche estrinseche, le istruzioni o avvertenze fornite dal produttore ai consumatori e l'uso cui lo stesso è destinato. Il concetto di sicurezza del prodotto, pertanto, è strettamente connesso all'assenza o carenza di istruzioni ed è differente da quello di vizio del prodotto, di cui all'art. 1490 c.c., che può invece coincidere anche con un'imperfezione, che non ne determini la pericolosità per il consumatore (cfr. in tal senso Cass. civ., 10 maggio 2021, n. 12225, cit.). Dal canto suo la Corte europea di Giustizia ha precisato che in relazione a prodotti (quali ad esempio dispositivi salvavita) che presentano rischi di danno alla persona particolarmente elevati, i requisiti di sicurezza che i pazienti possono legittimamente attendersi sono – parimenti – particolarmente elevati (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 5 marzo 2015, cause riunite C-503/13 e C-504/13).

<sup>15</sup> Così, ad esempio, Cass. civ., 8 ottobre 2007, n. 20985, segnalata da GENOVESE, *Il mercato dei dispositivi medici. Precauzione, sicurezza e responsabilità*, in *Contr. impr. Eur.*, 2010, 321 ss.

<sup>16</sup> Prima di Cass. civ., Sez. III, 10 maggio 2021, n. 12225, cit., cfr. Cass. civ., 7 marzo 2019, n. 6587, in *Foro it.*, 2019, II, I, 3684 ss., con nota di DI ROSA, *Sul paradosso del farmaco sicuro, che fa danno impunemente*, in *Danno resp.*, 2019, 811 ss., con nota di BAFFI, *La responsabilità della casa farmaceutica in un'ottica di analisi economica del diritto*, e in *Resp. civ. prev.*, 2019, 1584 ss., con nota di MONTINARO, *Responsabilità del produttore di farmaci, art. 2050 c.c. e gestione precauzionale del rischio*; App. Milano, 30 aprile 2021, n. 1353, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1618, con nota di CERLON, *La responsabilità del produttore farmaceutico tra tutela della salute ed esigenze produttive: è tempo di una nuova strategia?*; Trib. Roma, 20 aprile 2002, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3225, e in *Resp. civ. prev.*, 2002, IV-V, 1107 ss., con nota di U. CARNEVALI, *Farmaco difettoso e responsabilità dell'importatore-distributore*, in *Danno resp.*, 2002, 984 ss., con nota di LA BATTAGLIA, *Danno da prodotto farmaceutico difettoso e prova liberatoria*; Cass. civ., 27 gennaio 1997, n. 814, in *Corr. giur.*, 1997, 291; Cass. civ., 1° febbraio 1995, n. 1138; Cass. civ., 27 gennaio 1997, n. 814; Cass. civ., 1° febbraio 1995, n. 1138, in *Resp. civ. prev.*, 1996, p. 164 ss., con nota di BASTIANON, *La Cassazione, il "Trilergan" e la responsabilità per danni da emoderivati infetti*; Cass. civ., 20 luglio 1993, n. 8069, in *Foro it.*, 1994, I, 455; Cass. civ., 27 luglio 1991, n. 8395, in *Giur. it.*, 1992, I, I, 1332 ss., con nota di BARENGHI, *In tema di farmaci difettosi*; App. Roma 17 ottobre 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 816 ss., con nota di TASSONI, *La produzione di farmaci tra l'art. 2050 c.c. e i c.d. "development risk"*; Trib. Milano, 19 novembre 1987, in *Foro it.*, 1988, I, 144, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1041 ss., con nota di BARENGHI, *Brevi note in tema di responsabilità per danni da emoderivati difettosi tra "obiter dicta" e regole giurisprudenziali* e in *Resp. civ. prev.*, 1994, 61 ss., con nota di BUSATO, *I danni da emoderivati: le diverse forme di tutela*; Cass. civ., 15 luglio 1987, n. 6241, in *Foro it.*, 1988, I, 144 ss., con nota di CARUSO, *Quando il rimedio è peggiore del male: emoderivati infetti e responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, 475 ss., con nota di DA MOLO, *Responsabilità civile per attività di pro-*

la scelta che appare attualmente accolta dal più recente indirizzo della Cassazione<sup>17</sup>, al quale si uniforma l'ordinanza in commento, mirando per questa via ad incrementare la tutela del danneggiato, a detrimento degli interessi del produttore, sul quale viene maggiormente a ricadere anche il rischio da sviluppo della ricerca scientifica e tecnologica.

La Cassazione<sup>18</sup> ha chiarito che le due normative recano “una diversa disciplina” ed hanno “una diversa sfera di operatività”, ma l'applicabilità della disciplina europea sulla responsabilità da prodotto non esclude quella di altre leggi, come peraltro espressamente stabilito dagli artt. 13 della Direttiva 85/374/CE<sup>19</sup> e 15 del D.P.R. n. 224/1988 (ora art. 127

---

*duzione e commercio di farmaci*, e in *Resp. civ. prev.*, 1988, 406 ss., con nota di TASSONI, *Responsabilità del produttore di farmaci “per rischio di sviluppo” e art. 2050 c.c. Contra*, precedentemente al *leading case* costituito da Cass., 6241/87, cit., cfr. Trib. Napoli, 9 ottobre 1986, in *Resp. civ. prev.*, 1988, 407, la quale aveva espressamente escluso l'applicabilità dell'art. 2050 c.c. affermando che: “non è da considerarsi pericolosa ai sensi dell'art. 2050 c.c. l'attività di produzione di farmaci, neppure quando sia diretta alla manipolazione di sostanze particolarmente delicate (nella specie, emoderivati) per la quale la legge impone doverose cautele”.

Sulla responsabilità per esercizio di attività pericolose, cfr. VINCENTI, *Responsabilità per esercizio di attività pericolose*, in *Enc. Dir., I Tematici, Responsabilità civile*, a cura di Scognamiglio, cit., 1285 ss.

<sup>17</sup> Cfr. nota prec. Cfr. anche C. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità da farmaco tra la responsabilità da prodotto difettoso e la responsabilità da attività pericolosa – Pharmaceutical liability between product liability and liability for hazardous activity*, Relazione alla *International Conference: Medicinal Products: Property, Regulation & Liability*, tenutasi in data 22 e 23 giugno 2023 presso l'Università degli Studi di Napoli “Parthenope”, in corso di pubblicazione in *Medicinal Products: Liability, Property, Regulation, Proceedings of an International Symposium under the auspices of the British Academy*.

<sup>18</sup> Cfr. ancora Cass. civ., 7 marzo 2019, n. 2019, cit. Da ultima, cfr. Cass., sez. III, ord 28 marzo 2025, n. 8224, la quale, in materia di danno da vaccini, ribadisce la compatibilità dell'art. 2050 c.c. con il regime della responsabilità del produttore, aggiungendo tuttavia che una volta invocato uno dei regimi di responsabilità tra quelli alternativamente applicabili) non dovranno esserci commistioni delle rispettive discipline, affermando pertanto il seguente principio di diritto: “La disciplina sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, di cui agli artt. 114-127 del D.Lgs. n. 206/2005 (Codice del consumo) – già prevista dal D.P.R. n. 224/1988 in attuazione della direttiva 85/374/CEE, poi abrogata dalla direttiva 2024/2853/UE (inapplicabile *ratione temporis* nella presente controversia) – non esclude, né limita, secondo quanto previsto dall'art. 127 cod. cons. (e già dall'art. 13 della dir. 85/374/CEE e, comunque, ulteriormente confermato dall'art. 4 della dir. 2024/2853), la possibilità per il danneggiato di usufruire della tutela somministrata da un regime di responsabilità differente da quello stabilito dalle anzidette disposizioni del codice del consumo (come, ad es., dalle fattispecie di responsabilità di cui agli artt. 2043 e 2050 c.c.), il quale, una volta individuato sulla scorta dei fatti allegati e provati, dovrà, però, trovare applicazione in coerenza con la disciplina per esso specificamente dettata dal legislatore, senza potersi operare commistioni tra regimi di responsabilità diversamente regolati”.

<sup>19</sup> L'art. 13 della DIR. 85/374/CE stabilisce che: “La presente direttiva lascia impregiudicati i diritti che il danneggiato può esercitare in base al diritto relativo alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale o in base ad un regime speciale di responsabilità esistente al momento della notifica della direttiva”.

In un primo momento, la Corte di Giustizia UE (cfr. la sentenza 25 aprile 2002, causa C-183/00, in *Foro it.*, 2002, IV, 294, con nota di PALMIERI, PARDOLESI, *Difetti del prodotto e del diritto privato europeo*) aveva affermato un'interpretazione molto restrittiva circa il rapporto tra disciplina di attuazione della Direttiva e normative nazionali di altra fonte, stabilendo il principio che i diritti del

cod. cons.)<sup>20</sup>.

In entrambi i casi (sebbene la tutela del danneggiato sia maggiore in caso di applicazione dell'art. 2050 c.c.) la responsabilità, se non è ritenuta oggettiva (ovvero *strict liability* come viene chiaramente affermato nell'orientamento nordamericano),<sup>21</sup> è comunque assistita da una presunzione di responsabilità (piuttosto che di sola colpa) che agevola la prova del nesso causale in favore del danneggiato, imponendo al produttore di allegare la prova liberatoria<sup>22</sup>.

danneggiato stabiliti da regole generali degli Stati membri possono essere limitati o esclusi per la applicazione della direttiva che stabilisce un delicato e prevalente bilanciamento tra i contrapposti interessi di consumatorie produttori.

Successivamente la giurisprudenza della Corte UE si è evoluta riconoscendo un più ampio margine di libertà di manovra per i legislatori nazionali ammettendo quindi la possibilità di dettare o mantenere disposizioni più favorevoli per i consumatori, con piena autonomia di regolazione sugli aspetti non contemplati dalla direttiva. Cfr. Corte Giustizia UE, Grande Sez., 21 dicembre 2011, causa C-495/10, la quale sottolinea che due diversi regimi di responsabilità (quello del prestatore del servizio ospedaliero dettato da una normativa interna e quello del produttore), possono coesistere, a condizione che l'applicazione della disciplina nazionale non pregiudichi l'effetto utile della direttiva. Infine la coesistenza tra normativa europea e normative nazionali nel settore dei prodotti farmaceutici, lasciando impregiudicati i diritti esercitabili dal danneggiato in base ad un regime speciale di responsabilità esistente al momento della notifica della direttiva, anche se successivamente modificato, è stata espressamente riconosciuta da Corte Giustizia UE, sez. IV, 20 novembre 2014, C-310/13 secondo la quale: “*non contrasta con la direttiva UE in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi il regime speciale di responsabilità introdotto dal legislatore tedesco che riconosce il diritto del consumatore di chiedere al fabbricante di un prodotto farmaceutico informazioni sui suoi effetti collaterali*”.

<sup>20</sup> L'art. 15 del D.P.R. n. 224/1988 (ora art. 127 cod. cons) stabilisce che: “*le disposizioni sulla responsabilità per difetto del prodotto non escludono né limitano i diritti che siano attribuiti al danneggiato da altre leggi*”.

<sup>21</sup> Negli Stati Uniti (sebbene il rigore originario del *Restatement (Second) of Torts*, del 1965 è stato mitigato dal *Restatement (Third) of Torts*, par.2 (a) del 1998 che, pur mantenendo la regola della *strict liability*, ha introdotto la regola della *negligence* per i difetti di produzione e informazione: cfr. al riguardo PRIEST, *La controrivoluzione nel diritto della responsabilità da prodotti negli Stati Uniti d'America*, in *Foro it.*, 1989, IV, 119) la qualificazione della responsabilità da prodotto farmaceutico ha assunto i caratteri ancora più marcatamente oggettivi della “*absolute liability*”, che tuttavia trova in quell'ordinamento maggiori giustificazioni in ragione dell'assenza di altri sistemi di sicurezza e assicurazione sociale, di talché proprio la responsabilità civile assume la funzione di “*social security camuffata*”: cfr. ALPA e BESSONE, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1999, 210; PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, 30. Con riguardo alla responsabilità del produttore in generale, per una prima e lungimirante affermazione della natura oggettiva, precedente degli interventi legislativi europei in materia, attraverso una analisi comparata delle soluzioni adottate nei sistemi di *Common Law*, si rinvia a FMARTORANO, *Sulla responsabilità del fabbricante per la messa in commercio di prodotti difettosi (a proposito di una sentenza della Cassazione)*, nota a Cass., 25 maggio 1964, n. 1270 (relativa ad un celebre caso di esclusione della responsabilità del rivenditore di prodotti dolciari avariati contenuti in involucri sigillati dalla ditta fabbricante, che costituisce il primo precedente italiano nella direzione di una presunzione di responsabilità a carico del venditore-produttore), in *Foro it.*, 1966, V, 13 ss.

<sup>22</sup> In particolare, l'art. 118 cod. cons. (così come l'art. 7 della direttiva 85/374/CEE consente al produttore di liberarsi dalla responsabilità, provando “*a*) che non ha messo il prodotto in circola-



Il nodo centrale della qualificazione della responsabilità farmaceutica nella responsabilità del produttore o in quella da esercizio di attività pericolose suscita una tensione tra esigenze da un lato di tutela della salute del danneggiato e dall'altro di sostegno alla ricerca e innovazione nel mercato farmaceutico, mostrando la necessità di una più chiara e uniforme scelta legislativa e interpretativa per evitare soluzioni ambigue o contraddittorie nei diversi ordinamenti.

L'imputazione della responsabilità per la produzione e la distribuzione di prodotti farmaceutici deve anche essere bilanciata con le esigenze di tutela della salute pubblica e di progresso dello sviluppo tecnologico (*development risk defence*)<sup>23</sup>, che esigono talvolta la considerazione anche della necessità di un'accettazione del rischio a carico del somministrato o di chi lo abbia indotto ad assumere il farmaco.

Sembrerebbe che la funzione deterrente operi più efficacemente proprio qualora il giudizio di responsabilità venga saggiamente agganciato a stringenti obblighi di condotta<sup>24</sup>, che non si esauriscono nella fase organizzativa preventiva, ma che, al contrario, si proiettano dinamicamente, coprendo tutto l'arco temporale in cui l'attività è esercitata.

Ciò può accadere, ad esempio, in caso di epidemie o pandemie in cui ragioni di urgenza potrebbero indurre ad affrettare la somministrazione di nuovi farmaci senza poter attendere gli esiti definitivi della sperimentazione opportuni per misurare compiutamente la portata degli eventuali effetti collaterali<sup>25</sup>; ma anche in tal caso non sarà di

---

*zione; b) che, tenuto conto delle circostanze, è lecito ritenere che il difetto che ha causato il danno non esistesse quando l'aveva messo in circolazione o sia sorto successivamente; c) che non ha fabbricato il prodotto per la vendita o qualsiasi altra forma di distribuzione a scopo economico, né l'ha fabbricato o distribuito nel quadro della sua attività professionale; d) che il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a regole imperative emanate dai poteri pubblici; e) che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento in cui ha messo in circolazione il prodotto non permetteva di scoprire l'esistenza del difetto; f) nel caso del produttore di una parte componente, che il difetto è dovuto alla concezione del prodotto in cui è stata incorporata la parte o alle istruzioni date dal produttore del prodotto".*

<sup>23</sup> L'esimente del rischio da sviluppo tecnologico (sulla quale cfr. par. 5) è recepita nella previsione di cui all'art. 118, comma 1, lett. e), con cui l'Italia ha confermato la scelta del legislatore europeo di addossare il rischio da sviluppo tecnologico in capo all'utente, nonostante l'art. 15 della direttiva 85/374/CEE consentisse agli Stati membri di derogare all'art. 7, comma 1, lett. e), della direttiva, e di prevedere la responsabilità del produttore anche per i danni da sviluppo tecnologico. Tale facoltà di scelta, mentre era liberamente consentita nel sistema della suddetta direttiva, è invece oggi esclusa dalla nuova proposta di direttiva sulla responsabilità del produttore del 28 settembre 2022 che vieta espressamente agli Stati membri la possibilità di estendere la responsabilità anche ai danni da sviluppo tecnologico.

<sup>24</sup> Anche se con riferimento all'art. 2051 c.c., v. S. PATTI, *Il declino della responsabilità oggettiva (a margine dell'art. 2051 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 987, parla dei vantaggi di una responsabilità ancorata alla diligenza e alle norme di sicurezza di ogni specifico settore.

<sup>25</sup> Il problema è noto ed affrontato già da diversi anni anche dalla dottrina internazionalista, sul punto v. NEGRI, *La tutela della salute pubblica internazionale tra governance globale, «sovranità sanitaria» e diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Augusto Sinagra*, Milano, 2013, 335 ss., spec. 348 ss.

per sé esclusa la responsabilità del produttore, sebbene abbia rispettato le prescrizioni di sicurezza<sup>26</sup> e sia stato quindi autorizzato alla commercializzazione del farmaco che risulti poi nocivo<sup>27</sup>.

La giurisprudenza italiana è approdata alla applicazione dell'art. 2050 c.c. (*Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose*), pur movendo dalla qualificazione della fattispecie nella responsabilità del produttore<sup>28</sup>.

Data l'indubbia qualificabilità del medicinale come "prodotto", va da sé che nel caso di danni derivanti dalla sua assunzione è senz'altro invocabile la disciplina della responsabilità del produttore (artt. 114-127 cod. cons., attuativi della direttiva europea 85/374/CEE).

Tuttavia sono noti i diversi profili critici connessi alla qualificazione del caso di danni derivanti dall'assunzione di farmaci nella (sola) responsabilità del produttore.

Un primo profilo di criticità riguarda l'accertamento del difetto. Infatti l'applicazione del criterio dell'analisi costi-benefici a livello globale<sup>29</sup> riduce sensibilmente l'area del danno risarcibile nel caso di effetti secondari (anche gravi) derivanti da medicinali autorizzati, impattando così sull'effettività di tutela dell'utente e ponendo a suo carico un costo molto ingente in vista di un beneficio per la collettività.

Un secondo profilo di criticità dell'applicazione della disciplina europea ai danni derivanti da prodotti farmaceutici, si è posto per le difficoltà che incontra il danneggiato nella prova anche degli altri elementi costitutivi (in particolare, oltre al difetto, il nesso di causalità tra il difetto e il danno), le quali potrebbero essere parzialmente superate anche a livello legislativo (oltre che giurisprudenziale)<sup>30</sup> con l'approvazione del progetto di nuova direttiva sulla responsabilità da prodotto difettoso adottato dalla Commissione europea il 28 settembre 2022 e volto ad agevolare la prova nei c.d. "casi complessi"<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> Sul punto v. nota 14.

<sup>27</sup> Si pensi alle condanne inflitte in taluni gravi casi di effetti collaterali nocivi del vaccino anti Covid-19 Astra Zeneca, tra cui la recente pronuncia di Trib. Genova, 8 maggio 2024.

<sup>28</sup> In dottrina sull'applicazione dell'art. 2050 c.c. ai danni da farmaco v. DI LELLA, *Le attività pericolose nel settore bio-medico. Spunti per una rilettura dell'art. 2050 c.c.*, Pisa, 2020, 107-110.

<sup>29</sup> Il criterio preferibile (tra gli altri) per l'accertamento del difetto di un medicinale che abbia cagionato un effetto collaterale consiste nell'analisi costi benefici a livello *globale*, la quale implica la comparazione tra i benefici apportati dal medicinale alla collettività con i suoi possibili effetti collaterali, e consente di ritenere difettoso un medicinale solo se i benefici sono inferiori ai costi in termini di effetti indesiderati. Per un'affermazione dell'opposto criterio dell'analisi costi-benefici a livello *individuale*, cfr. Corte Giust. UE, 21 giugno 2017, C-621/15, cit.

<sup>30</sup> Tra le pronunce che interpretano la disciplina di derivazione europea in maniera particolarmente favorevole al danneggiato, ancorché contraria alla lettera della legge o ai principi che regolano l'accertamento della causalità, cfr., per esempio, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 21 giugno 2017, cit., che ha desunto dagli stessi elementi presuntivi la prova del difetto e della causalità di un vaccino. Sulla giurisprudenza italiana cfr. il caso Gafir (Cass. civ., 29 luglio 2015, n. 15851) – e il caso Lipobay 0.2 (Cass. civ., 10 maggio 2021, n. 12225, cit.).

<sup>31</sup> Difatti, l'art. 9, pur confermando che il danneggiato deve provare il difetto, il nesso causale ed il danno, stabilisce due presunzioni: una riguardante *l'esistenza del difetto* l'altra il *nesso di*

Un terzo profilo di criticità si è posto con riguardo alla prescrizione, in quanto l'applicazione della responsabilità del produttore ex art. 114 cod. cons. ai danni derivanti da prodotti farmaceutici rischierebbe di privare di una tutela effettiva l'utente che abbia subito un danno latente per più di dieci anni, poiché prevede un termine di decadenza decennale.

Infine, anche l'esimente del *rischio da sviluppo tecnologico* invocabile dal produttore ex art. 118, comma 1, lett. e), cod. cons., potrebbe consentire l'impunità in molti casi in cui il danno avrebbe potuto essere evitato alla luce dello sviluppo tecnologico successivo alla messa in commercio del medicinale (salvo doverlo poi ritirare o integrarne le informazioni), inficiando così la finalità preventiva cui dovrebbe tendere la regolazione dei danni derivanti dall'assunzione di medicinali<sup>32</sup>.

Pertanto la nostra Corte di Cassazione ha tentato di superare i suddetti problemi applicando alle ipotesi di danni derivanti dall'assunzione di medicinali la fattispecie di responsabilità per l'esercizio di attività pericolose prevista dall'art. 2050 c.c., sul presupposto che la pericolosità intrinseca del prodotto renderebbe pericolosa anche l'attività di produzione.

Ciò si può giustificare anche in considerazione del fatto che l'applicazione dell'art. 2050 c.c. consentirebbe di superare alcuni dei limiti riscontrati nell'applicazione della

---

*causalità*. La prima presunzione opera al verificarsi di almeno una delle seguenti condizioni: a) il convenuto non ha offerto la documentazione richiesta, in presenza di elementi di evidenza; b) il danneggiato ha allegato che il prodotto non è conforme ai requisiti obbligatori di sicurezza prevista dalla normativa comunitaria e che possono avere rilevanza causale con il danno; c) il danneggiato ha provato che il danno consegue ad un malfunzionamento (apparentemente inspiegabile) durante un uso normale del prodotto. Tale ultima prova ha valore determinante: difatti, l'art. 9, co. 3, consente poi di derivare dalla presunzione del difetto un'ulteriore presunzione di causalità tra il difetto e il danno se quest'ultimo è altamente compatibile con il difetto (malfunzionamento evidente durante l'utilizzo normale). All'art. 9, co. 4, la prova del difetto e del nesso causale sono raggiunte, nel caso in un cui il prodotto presenti una complessità tecnico/scientifica, ove sia dimostrato che il prodotto ha contribuito a causare il danno e la difettosità è la probabile causa del danno.

Sul punto, cfr. BELLISARIO, voce *Responsabilità per i prodotti difettosi*, cit. 1240 ss.; EAD., *Il pacchetto europeo sulla responsabilità per danni da prodotti e da intelligenza artificiale. Prime riflessioni sulle Proposte della Commissione*, in *Danno resp.*, 2023, 153 ss.

<sup>32</sup> L'esimente del rischio da sviluppo potrebbe impedire di considerare rilevante il nesso causale scoperto dopo la commercializzazione del prodotto. Inoltre, la necessità di ricavare il carattere difettoso del prodotto dall'assenza di un livello di sicurezza accettabile secondo le regole generali o dai più specifici standard costruttivi imposti dal legislatore (da integrare, in entrambi i casi, con le indicazioni contenute nelle norme tecniche armonizzate) precluderebbe, in linea di principio, la possibilità di configurare una responsabilità per i danni cagionati da un prodotto "conforme", ossia rispettoso delle norme tecniche armonizzate che ne definiscono le caratteristiche (AL MUREDEN, *Danno da cellulare e doveri di informazione tra precauzione e autoresponsabilità*, in *Corr. giur.*, 2020, 369). Tuttavia è stato altresì osservato (RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in GABRIELLI – RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*, cit., 1697), che il frequente ricorrere dell'esimente del rischio da sviluppo potrebbe indurre a qualificare come certamente pericolosa, anche ai sensi dell'art. 2050 c.c., l'attività del produttore.

direttiva sul danno da prodotto difettoso alle ipotesi di danni derivanti da un *effetto secondario* del farmaco. Difatti, prevedendo una presunzione di responsabilità, da un lato si agevola il danneggiato nella prova degli elementi costitutivi e, contemplando come prova liberatoria la dimostrazione da parte dell'esercente l'attività pericolosa di aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno, dall'altro si induce l'impresa a investire massicciamente in *prevenzione* anche dopo la messa in commercio del prodotto.

Inoltre, la previsione di un margine di prova liberatoria connesso alla diligenza del produttore potrebbe evitare la alimentazione di una situazione di eccessiva dissuasione (*overdeterrence*) che rischierebbe di frustrare la ricerca e la produzione farmaceutica, compromettendo altresì gli interessi collettivi ad esse sottesi.

Infine, la responsabilità di cui all'art. 2050 c.c. è invocabile anche rispetto a danni c.d. lungolatenti poiché non è soggetta a termini di decadenza<sup>33</sup>.

La scelta giurisprudenziale italiana, benché abbia suscitato dubbi e perplessità<sup>34</sup>, appare formalmente compatibile con il diritto dell'Unione Europea qualora si inquadri la fattispecie di cui all'art. 2050 c.c. alla stregua di una responsabilità fondata sulla colpa (come fa la giurisprudenza prevalente), poiché ciò soddisferebbe il requisito della diversità di fondamento<sup>35</sup> come interpretato dalla Corte di Giustizia per l'ammissibilità di regimi nazionali concorrenti ai sensi dell'art. 13 della direttiva medesima (attuato in Italia con l'art. 127 cod. cons.).

Tuttavia, trattandosi di un problema globale e comune ai vari ordinamenti europei, sarebbe forse opportuno che fosse il legislatore europeo ad adottare una specifica soluzione legislativa. Infatti una soluzione unitaria a livello dell'Unione Europea consentirebbe di garantire una tutela adeguata del danneggiato e, al contempo, preservare l'armonizzazione tra le legislazioni degli Stati membri in un ambito – quello della responsabilità per i danni derivanti da prodotti – strettamente connesso alla libera circolazione delle merci nel mercato comune.

Ad ogni modo, sebbene la qualificazione giuridica della responsabilità civile per danno da prodotti farmaceutici possa variare da paese a paese, tuttavia, in generale, essa si basa sul principio del risarcimento del danno causato da un prodotto difettoso o dannoso.

Uno dei principi fondamentali che emerge comunemente nei diversi ordinamenti è, appunto, quello della responsabilità del produttore: secondo la teoria del rischio che

<sup>33</sup> MORMILE, *Il principio di precauzione tra gestione del rischio e interessi privati*, in ALESSI, MAZZARESE e MAZZAMUTO (a cura di), *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di Alfredo Galasso*, Milano, 2013, 295.

<sup>34</sup> Cfr. al riguardo CABELLA PISU, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, in *Contr. impr.*, 2008, in part. 621 ss. e 645; di recente, NOCERA, *Responsabilità per danno da farmaco tra gestione del rischio e ruolo delle informazioni*, cit., in part. 688 ss.

<sup>35</sup> Sulla ambiguità del criterio dello "stesso fondamento" cfr., oltre agli autori citati alla nota precedente, v. FUSARO, *Effetto avverso del farmaco: obblighi informativi e responsabilità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1147; DELLACASA, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato. Fra codice e nuove leggi civili*, Torino, 2004, 275.

grava sul produttore, il produttore di un farmaco è responsabile per i danni causati dal suo prodotto e deve garantirne la sicurezza e l'efficacia<sup>36</sup>, anche se ha adottato tutte le precauzioni necessarie.

La scelta interpretativa in materia di responsabilità *farmaceutica* appare quella, favorevole per i danneggiati, di imputare al produttore una responsabilità tendenzialmente oggettiva, che non risente delle profonde variazioni che hanno interessato e interessano (in particolare anche nel nostro ordinamento) la responsabilità *medica* o *sanitaria*, laddove, attraverso le varie riforme susseguitesesi negli ultimi decenni<sup>37</sup>, la scelta politica del legislatore appare decisamente quella di restringere gli spazi del risarcimento, spostando il bilanciamento della protezione dalla sfera del paziente a quella del medico e delle strutture sanitarie.

In conclusione, la parabola della giurisprudenza di legittimità (nella quale si colloca anche l'ordinanza in esame) sembra orientarsi verso un regime di responsabilità "assoluta" allocando il rischio in capo al produttore di farmaci, e pertanto assegnando alla responsabilità civile (anche) una funzione assicurativa<sup>38</sup>.

Tuttavia tale tendenza – oltre ad essere poco coerente con il settimo considerando della direttiva 85/374/CEE secondo cui "*una giusta ripartizione dei rischi tra il danneggiato e il produttore implica che quest'ultimo possa esimersi dalla responsabilità se prova l'esistenza di alcuni fatti che lo liberano*" – potrebbe comportare effetti nocivi sulla competitività delle imprese, con un conseguente effetto deterrente per la ricerca e la produzione farmaceutica, paradossalmente disincentivando proprio l'investimento nella sicurezza, atteso che l'impresa farmaceutica resterebbe comunque responsabile, pur sforzandosi di aumentare il grado di precauzione e tutela (con ciò riproponendosi un problema per certi versi analogo a quello della "medicina difensiva" che caratterizza il dibattito sulla responsabilità medica)<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Sul punto, per tutti, v. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 45 ss.

<sup>37</sup> Ci si riferisce, oltre che alla legge Balduzzi (L. n. 189/2012, anticipata dal D.L. n. 158/72012) e alla Legge Gelli Bianco (L. n. 24/2017), che hanno progressivamente rimosso la contrattualizzazione della responsabilità del medico dipendente dal servizio sanitario nazionale (che si era consolidata tramite la giurisprudenza in materia di "contatto sociale", volta ad invertire o comunque ad agevolare l'onere probatorio a carico del paziente) affermando perentoriamente la natura extracontrattuale di tale responsabilità, che nelle proposte legislative che in questo momento sono ancora in discussione, potrebbe essere estesa anche a beneficio delle strutture sanitarie.

<sup>38</sup> Sulla quale cfr. CALABRESI, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven, cit.

<sup>39</sup> Si pensi alla travagliata evoluzione legislativa delineata nella nota 37 e alla relativa interpretazione giurisprudenziale che – appunto al fine di arginare il fenomeno della c.d. medicina difensiva, provocato dall'incremento esponenziale delle cause risarcitorie in materia ha ricondotto il regime probatorio a quello proprio della responsabilità aquiliana imponendo al paziente l'onere della prova del nesso causale tra la condotta del medico e il danno subito. V. Cass. civ., 26 luglio 2017, n. 18392, in *Danno resp.*, 2018, 345 ss., con nota di D'AMICO, *Il rischio della causa "ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*; Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28991, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 327 ss., con nota di RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa*

In questa prospettiva, sul piano della politica del diritto, potrebbero giustificarsi meccanismi alternativi di tutela, anche nella prospettiva di una uniforme legislazione europea, incentivando sistemi di protezione sociale volti alla “*socializzazione del rischio di impresa*” ad esempio mediante la costituzione di specifici fondi alimentati da contributi versati dalle imprese farmaceutiche, come peraltro già attuati in alcuni paesi scandinavi, oppure prevedendo un indennizzo corrisposto dal Ministero della Salute<sup>40</sup>, come avviene in materia di vaccini, trasfusioni ed emoderivati<sup>41</sup>.

### 3. Difetto di informazione e principio di precauzione

Anche nel settore farmaceutico sussiste una situazione di asimmetria informativa tra produttore e consumatore, pertanto si pone la necessità di stabilire il livello qualitativo e quantitativo di informazioni necessarie<sup>42</sup> per rendere il consumatore consapevole dei rischi, perché a quest’ultimo spetterà la decisione di avvalersi delle informazioni for-

---

e conseguenze. Su cui v. anche CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, in *Europa dir. priv.*, 2020, 847 ss.

<sup>40</sup> Cfr. ancora NOCERA, *Responsabilità per danno da farmaco tra gestione del rischio e ruolo delle informazioni*, cit., 699; Cfr. già TRIMARCHI, *La responsabilità del fabbricante nel progetto di statuto dell’impresa*, in *Quad.*, 1985, 207.

<sup>41</sup> Cfr. L. 25 febbraio 1992, n. 210 e L. 29 ottobre 2005, n. 229. La L. 210/92 è stata più volte sottoposta al vaglio della Corte costituzionale: cfr. Corte cost., 18 aprile 1996, n. 118, in *Foro it.*, 1996, I, 2326 ss., con nota di PONZANELLI, *Pochi, ma da sempre: la disciplina sull’indennizzo per il danno da vaccinazione, trasfusione o assunzione di emoderivati*; Corte cost., 26 febbraio 1998, n. 27, in *Foro it.*, 1998, I, 1370 ss., con nota di PONZANELLI, *La misura dell’indennizzo per le “vittime” di vaccinazioni obbligatorie: il nuovo intervento della Corte costituzionale*; Corte cost., 22 giugno 2000, n. 226, in *Danno resp.*, 1998, 429 ss., con nota di COMANDÉ, *Il diritto alla salute, la trilogia costituzionale ed i limiti di bilancio: ancora sulla legge n. 210 del 1992 e sulla sua rilevanza sistematica*; Corte cost., 16 ottobre 2000, n. 423, in *Foro it.*, 2001, I, 6 ss., con nota di PONZANELLI, *Responsabilità civile e sicurezza sociale: un decennio “tribolato”*; Corte cost., 26 novembre 2002, n. 476, in *Danno resp.*, 2003, II, 154 ss., con nota di PONZANELLI, *Vaccinazioni obbligatorie: un’altra lacuna della legge n. 210/92*; Corte cost., 6 febbraio 2009, n. 28; Corte cost., 26 aprile 2012, n. 107, in *Danno resp.*, 2012, 1069 ss., con nota di PONZANELLI, *L’indennizzo ex lege 210 dovuto anche in assenza di un obbligo a sottoporsi ad un trattamento sanitario*; Corte cost., 14 febbraio 2017, n. 268, in *Foro it.*, 2018, I, 748, con nota di PALMIERI, *La lenta, ma inesorabile, espansione dell’indennizzo per i danni da vaccinazioni patrocinate dall’autorità sanitaria*; Corte cost., 23 giugno 2020, n. 118, in *Giur. cost.*, 2020, 1322.

<sup>42</sup> Tenendo presente che l’aumento quantitativo delle informazioni (specialmente con una informazione eccessivamente standardizzata) rischia di aumentare la confusione del consumatore/cliente. Sul punto v. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir.*, *Ann.*, V, Milano, 2011, 791. Nella giurisprudenza della Corte di Giust. UE, con riferimento al mercato finanziario, v. Corte Giust. UE, 23 aprile 2015, C-96/14 (in *Contratti*, 2015, 762 ss., con nota di PAGLIANTINI, *Contratto b2c e concorso di tutele: variazioni su diritto primo e diritti secondi a margine di Van Hove e Matei*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 885 ss., con nota di LANDINI, *“Oggetto oscuro” e tutela del consumatore*), la quale afferma che anche la trasparenza deve essere intesa come comprensione della clausola non solo in chiave lessicale, ma anche di possibile impatto sulla propria sfera economica.

nitegli e, di conseguenza, di decidere se sottoporsi o meno al trattamento farmacologico visto che si tratta nella maggior parte dei casi di un consumatore “vulnerabile” o quanto meno di un consumatore “medio”<sup>43</sup>.

Non c'è dubbio che il produttore possa essere ritenuto responsabile non solo per i danni causati da difetti materiali del prodotto, ma anche per difetti di informazione. In particolare, ed è proprio questo il profilo su cui si incentra l'ordinanza in commento, se un farmaco viene commercializzato senza avvertire dei possibili effetti collaterali gravi, il produttore può essere ritenuto responsabile per i danni causati da tali effetti<sup>44</sup>.

L'informazione deve peraltro – com'è ribadito anche dall'ordinanza in commento – essere concreta e specifica<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> La ricorrenza dell'una o dell'altra qualificazione di consumatore dipende se si circoscrive la vulnerabilità ai casi tipici previsti dalla normativa sulle pratiche commerciali scorrette (art. 18 ss. cod. cons.) oppure se, come ritenuto dalla dottrina più recente (sul punto, per tutti, v. BATTELLI, *Dal concetto di debolezza alla nozione di vulnerabilità*, in CORRIAS (a cura di), *I soggetti vulnerabili nella disciplina comune e nei mercati regolamentati*, Napoli, 2022, 35 ss.), questa categoria si estende anche ad altri contesti e tipologie di soggetti giuridici (come ad esempio quelle previste nel mondo digitale che fa comparire “nuove e inedite forme di vulnerabilità”, così TRUBIANI, *I soggetti giuridici del contratto digitale*, in BOCCHINI (a cura di), *Manuale di diritto privato dell'informatica*, Napoli, 2023, 280). Sulla figura del c.d. “consumatore medio”, v. TRUBIANI, *Le incerte sorti del “consumatore medio” tra condizionamenti cognitivi e nuove aperture della giurisprudenza*, in *Accademia*, 2023, 101 ss.

<sup>44</sup> Cfr. anche Cass. civ., 10 maggio 2021, n. 12225, cit., la quale a sua volta richiama espressamente Cass. civ., 7 marzo 2019, n. 6587, cit.

Varie pronunce di legittimità hanno ritenuto che il difetto d'informazione renda il prodotto insicuro qualora l'omissione dell'obbligo informativo abbia riguardato rischi prevedibili, che avrebbero pertanto potuto essere esclusi o ridotti da una corretta e completa informazione: Cass. civ., 15 febbraio 2018, n. 3692, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 277; Cass. civ., 13 dicembre 2010, n. 25116. Ha invece ritenuto che, ove il prodotto sia stato accompagnato dalla trasmissione di adeguate e complete informazioni su effetti collaterali e altri rischi, la verifica di essi non sia imputabile alla impresa produttrice, dovendosi ritenere il rischio trasferito sull'utente che avrebbe dovuto consapevolmente valutare il rischio Cass. civ., 15 marzo 2007, n. 8007, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 2 ss., con nota di M. GORGONI, *Responsabilità per prodotto difettoso: alla ricerca della (prova della) causa del danno*.

<sup>45</sup> Cfr. Cass. civ., 10 maggio 2021, n. 12225, cit., secondo cui “*La prova di aver fornito, tramite il foglietto illustrativo, una mera avvertenza generica circa la non sicurezza del prodotto (cioè la possibile verifica di un evento avverso) non è sufficiente ad escludere la responsabilità del produttore di farmaci, essendo necessaria un'avvertenza idonea a consentire al consumatore di effettuare una corretta valutazione dei rischi e dei benefici al riguardo, nonché di adottare tutte le necessarie precauzioni volte ad evitare l'insorgenza del danno e pertanto di volontariamente e consapevolmente esporsi al rischio*”. Nella motivazione, sullo specifico profilo dell'informazione che deve essere fornita all'utilizzatore del farmaco, si legge che: “*ad escludere la responsabilità del produttore di farmaci non è invero sufficiente nemmeno la mera prova di aver fornito – tramite il foglietto illustrativo (c.d. “bugiardino”) – un'informazione che si sostanzia in una mera avvertenza generica circa la non sicurezza del prodotto..., essendo necessaria un'avvertenza idonea a consentire al consumatore di acquisire non già una generica consapevolezza in ordine al possibile verificarsi dell'indicato pericolo in conseguenza dell'utilizzazione del prodotto bensì di effettuare una corretta valutazione (in considerazione delle peculiari condizioni personali, della particolarità e gravità della patologia nonché del tipo di rimedi esistenti) dei rischi e dei*

Anche la giurisprudenza di merito afferma che l'impresa farmaceutica non dovrebbe incorrere in responsabilità se il rischio connesso al farmaco è conosciuto o adeguatamente segnalato nell'informativa<sup>46</sup>, con ciò ponendo il consumatore nella posizione di essere edotto dei rischi prevedibili, in modo da poterli bilanciare con i benefici, così esercitando una scelta con piena consapevolezza ed autodeterminazione<sup>47</sup>.

Tuttavia, anche se il rischio di danno è specificamente segnalato, ciò tuttavia non costituisce un'esimente dalla responsabilità, bensì solo una mera circostanza da tenere in considerazione per valutare la sicurezza attesa ex art. 117, comma 1, lett. a), cod. cons.

In tal senso si esprime anche la giurisprudenza francese<sup>48</sup>.

La diffusione e l'utilizzo sempre più ampio di farmaci ha portato con sé un aumento dei casi di danni causati da tali prodotti, sia per effetti collaterali non previsti, sia per errate informazioni o pubblicità ingannevole.

I consumatori, d'altra parte, devono assumere la responsabilità di informarsi adeguatamente sui farmaci che assumono e di seguirne le istruzioni. Qualora il farmaco sia soggetto a prescrizione medica, il principio di precauzione<sup>49</sup> coinvolge anche il medico

---

*benefici al riguardo, nonché di adottare tutte le necessarie precauzioni volte ad evitare l'insorgenza del danno, e pertanto di volontariamente e consapevolmente esporsi al rischio (con eventuale suo concorso di colpa ex art. 1227 c.c. in caso di relativa sottovalutazione o di abuso del farmaco)".*

Cfr., nella giurisprudenza francese, *Cour de cassation*, 1a civ., 24 gennaio 2006, 02-16.648, la quale ha confermato la sentenza d'appello che aveva ritenuto difettoso il medicinale Isomeride poiché nel foglietto illustrativo non era stata comunicata l'esistenza del rischio di contrarre l'HTAPP.

<sup>46</sup> Cfr. Trib Bergamo, 23 novembre 2013, che esonera dalla responsabilità il produttore del farmaco che, pur esercitando un'attività pericolosa, abbia cagionato effetti indesiderati che non erano sconosciuti ma noti ed espressamente previsti, la cui rara possibilità di insorgenza, all'esito della valutazione comparativa di rischi e benefici, non impedisce la commercializzazione del prodotto; Trib Napoli, 7 luglio 2011, secondo cui la contestazione da parte del paziente della carenza informativa circa gli effetti nocivi di un farmaco non è di per sé sufficiente a giustificare la responsabilità della casa farmaceutica ai sensi dell'art. 2050 c.c., ove il paziente non dimostri anche il nesso di causalità tra il danno e l'assunzione del farmaco.

<sup>47</sup> La giurisprudenza ha condotto simili valutazioni anche in relazione al "danno da fumo attivo", nel quale non si pone, rispetto al danno da assunzione di farmaci, il profilo del bilanciamento dei rischi con i contrapposti benefici per la salute (in questo caso assenti), ma si tratta comunque della necessità di rendere consapevole della nocività per la salute stessa. Cfr. Cass. civ., 10 maggio 2018, n. 11272; Cass. civ., 17 dicembre 2009, n. 26516; Trib. Roma, 5 gennaio 2008, n. 10997, in *Giust. civ.*, 2008, 1789 ss., con nota di CARLEO, *Danno da fumo 'attivo' e autoresponsabilità*. Cfr. anche *Id.*, *Tobacco-Smoke Litigation in Italy: Could the Marketing of Tobacco be a 'Dangerous Activity'?*, in *Journal of Multidisciplinary Research*, 2012, vol. 4, 45 ss.

<sup>48</sup> Cfr. *Cour de cassation*, 1a civ., 26 settembre 2018, n. 17-21.271, la quale ha cassato la sentenza d'appello nella parte in cui ha escluso la responsabilità del produttore di un contraccettivo per la sola ragione che il rischio della patologia sviluppata dal danneggiato era stato segnalato nel foglietto illustrativo, invitando il giudice del rinvio a valutare la difettosità del prodotto sulla scorta del criterio dell'analisi costi-benefici.

<sup>49</sup> Per un'ampia analisi del principio di precauzione, con il quale si anticipa la protezione della salute ad un momento in cui ancora incerta appare alla scienza la nocività di una data sostanza o



che fa da intermediario tra produttore e consumatore, di talché anche il medico prescrivente deve essere a sua volta reso edotto attraverso un'informazione specifica e, quindi, l'adeguatezza e la completezza dell'informazione contenuta nel "bugiardino" offerto al consumatore deve essere valutata "in combinato osmotico con l'informazione suppletiva effettuata al comparto medico"<sup>50</sup>.

Il principio di precauzione impone non soltanto che il produttore provveda alla adeguata informazione preventiva del consumatore circa i rischi derivanti dall'assunzione del farmaco prevedibili originariamente, ma anche che continui a monitorare gli effetti dei farmaci anche dopo l'immissione in commercio, non limitandosi a raccogliere le segnalazioni spontanee eventualmente ricevute, e altresì promuovendo campagne di "farmacovigilanza attiva"<sup>51</sup>.

Certamente è necessario un bilanciamento con la necessità della assunzione del rischio<sup>52</sup>, insita nel progresso della scienza e della sperimentazione, ma il principio di precauzione impone l'adozione di ogni possibile cautela<sup>53</sup>. Di talché, oltre al rimedio successivo del risarcimento, occorre implementare la prevenzione attraverso la regolazio-

---

tecnologia e sul rapporto della disciplina preventiva con la successiva responsabilità civile, da cui derivano, pure in caso di incertezza scientifica, degli obblighi che il produttore deve adempiere per prevenire l'immissione in commercio di prodotti insicuri, con particolare attenzione proprio ai doveri di informazione ed alla traslazione del rischio incerto di danno a carico dell'utilizzatore del prodotto, si rinvia a MONTINARO, *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, Milano, 2012.

<sup>50</sup> Così App. Catanzaro, 14 luglio 2022, n. 842.

<sup>51</sup> I sistemi di farmacovigilanza attiva potranno essere enormemente implementati grazie alla raccolta dei dati sanitari digitalizzati e quindi per effetto dello sviluppo del fascicolo sanitario elettronico recentemente introdotto dal Decreto del Ministro della Salute del 7 settembre 2023, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale Serie Generale del 24 ottobre 2023, in attuazione delle disposizioni di cui al comma 7 dell'art. 12 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e successive modificazioni.

Per un altro campo di rilevanza determinante dell'impatto della tecnologia e della digitalizzazione, anche in materia di responsabilità medica, si rinvia a CARLEO, *Cartella clinica elettronica e profili probatori nella responsabilità sanitaria*, in *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, 2021, 2 ss.

<sup>52</sup> Cfr. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000 (traduzione italiana a opera di Walter Privitera e Carlo Sandrelli dell'originale in tedesco del 1986); PARDOLESI, *Il principio di precauzione a confronto con lo strumento dell'analisi economica del diritto*, in *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, a cura di COMANDÉ, Milano, 2006, 16 ss.

<sup>53</sup> Cfr. COMANDÉ, *L'assicurazione e la responsabilità civile come strumenti e veicoli del principio di precauzione*, in *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, cit., 33, secondo il quale "tanto più sicura è una società tanto più sono considerate "inaccettabili" – socialmente, politicamente ed eticamente – le sacche di incertezza e l'emergere di nuove insicurezze che possono attentare accidentalmente alla salute o alla vita umana"; ARBOUR, *La regolazione dei farmaci ad uso umano in seno all'UE al crocevia della salute e del mercato*, in *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, cit., 416, la quale osserva che l'attuale società è "sempre più refrattaria ad assumere le conseguenze legate al danno causato dai beni di consumo" e «tollerare sempre meno le violazioni del diritto alla salute costituzionalmente protetto (art. 2 e 32 Cost.)».

ne della produzione e della messa in commercio dei farmaci, che costituisce un rimedio complementare con l'altro.

Il rispetto del principio di precauzione mira a rendere il farmaco ragionevolmente sicuro secondo le più avanzate conoscenze scientifiche e può pertanto costituire la prova liberatoria della responsabilità dell'impresa farmaceutica che dimostri di avere investito ogni risorsa ed avere adottato ogni cautela per conseguire il massimo grado di sicurezza permesso. Pertanto il danneggiante andrà esente da responsabilità ogniqualvolta dimostri che l'adozione delle misure idonee a prevenire l'evento era assolutamente impossibile, in quanto, allo stato dell'arte, tali misure, nonostante gli investimenti in ricerca da lui realizzati, erano sconosciute; oppure relativamente impossibile, poiché l'adozione di queste misure era concretamente ineseguibile<sup>54</sup>.

#### 4. Nesso di causalità e applicazione dell'art. 1227 c.c.

L'ordinanza in esame, come si è visto, cassa la decisione di merito che aveva escluso la responsabilità del produttore del farmaco rilevando una interruzione del nesso causale a causa dell'abuso del farmaco stesso da parte dell'utilizzatrice, poiché ritiene che, anche in caso di abuso (la cui sussistenza, peraltro, se correttamente accertata nel giudizio di merito, non potrebbe essere esaminata in sede di legittimità), comunque il produttore non possa essere esentato da responsabilità, ove abbia ommesso, nelle dovute informazioni, di specificare le concrete conseguenze dannose che potrebbero derivare dall'uso, anche anomalo, del farmaco.

Pertanto l'utilizzatore del farmaco resterebbe meritevole della protezione risarcitoria anche ove abbia violato le prescrizioni di utilizzo, ove il produttore non abbia indicato le specifiche conseguenze dannose (peraltro gravi nel caso di specie) derivanti dall'abuso del farmaco.

Resta tuttavia la necessità della prova del nesso causale che – al di là del caso in esame (in cui esso è stato comunque accertato, risultando dall'istruttoria che il rischio occorso, e non specificato nel “bugiardino”, sarebbe stato invero non imprevedibile per il produttore allo stato delle conoscenze scientifiche acquisite) – in generale costituisce un aspetto cruciale della giurisprudenza in materia di danno da prodotti farmaceutici<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Su tale categoria si rimanda agli studi di BRECCIA, *Le obbligazioni*, in IUDICA – ZATTI (a cura di), *Tratt. dir. priv.*, Milano 1991, 491 ss.; MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1089 ss.; ID., *Scritti*, II, *Obbligazioni e Negozio*, a cura di Castronovo, Albanese e Nicolussi, Milano, 2011, 320 ss.

<sup>55</sup> In generale, sul nesso di causalità, si rinvia a PAGLIANTINI, *Causalità (nesso di) nella responsabilità civile, a) profili ricostruttivi generali* e PIRAINO, *Causalità (nesso di) nella responsabilità civile, b) profili applicativi*, in *Enc. Dir., I Tematici, Responsabilità civile*, a cura di Scognamiglio, cit., rispettivamente 57 ss. e 67 ss.

Considerate le difficoltà (specie per l'evidente asimmetria informativa che intercorre tra produttore e consumatore)<sup>56</sup>, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha avallato la possibilità di accertare il difetto di un farmaco e il nesso di causalità tra questo e il danno mediante presunzioni semplici, e in assenza di prova scientifica<sup>57</sup>.

Sul punto, la giurisprudenza italiana si è mostrata invece più rigorosa<sup>58</sup>, considerando, tra l'altro, che: a) il difetto del prodotto non può mai desumersi in via consequenziale dal danno, non essendo il danno in grado di provare la pericolosità – e dunque la difettosità – del prodotto, laddove manchi la prova che il prodotto si ponga al di sotto del livello di affidabilità che l'utente poteva legittimamente attendersi; b) non è consentito

<sup>56</sup> Per tutti v. PAGLIANTINI, *Contratti del consumatore (diritto europeo)*, in *Enc. dir.*, I Tematici, Il Contratto, diretto da D'Amico, Milano, 2021, 94 s.

<sup>57</sup> Corte Giust. UE, sez. II, 21 giugno 2017, C-621/15, cit., la quale, su un rinvio pregiudiziale della Corte di cassazione francese, ha confermato la compatibilità con la Direttiva di tale regime probatorio, affermando che il giudice “può ritenere, nell'esercizio del libero apprezzamento, [...] che, nonostante la constatazione che la ricerca medica non stabilisce né esclude l'esistenza di un nesso tra la somministrazione del vaccino e l'insorgenza della malattia da cui è affetto il danneggiato, taluni elementi in fatto invocati dal ricorrente costituiscano indizi gravi, precisi e concordanti i quali consentono di ravvisare la sussistenza di un difetto del vaccino e di un nesso di causalità tra detto difetto e tale malattia”.

Cfr. le note di commento alla sentenza di BITETTO, *Prova del difetto (del vaccino) e presunzione nella responsabilità del produttore*, in *Foro it.*, IV, 2017, 535 ss.; FUSARO, *Prodotti difettosi, danni da vaccino e onere della prova: la posizione della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 345 ss.; PANCALLO, *Danni da vaccino: la Corte di Giustizia non esclude il nesso causale in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti*, in *Orientamenti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di responsabilità civile*, a cura di ALPA – CONTE, Torino, 2018, 77; PUCELLA, *Danno da vaccini, probabilità scientifica e prova per presunzioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1796 ss.; PURPURA, *Responsabilità del produttore per danno da vaccino e onere della prova*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 809 ss.; TORIELLO, *Effettività della tutela risarcitoria, prodotti difettosi e mercato europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 331 ss.

<sup>58</sup> La Corte di cassazione, nella sentenza n. 12225/2021, rifacendosi ad alcuni precedenti in materia di responsabilità del produttore, ha infatti affermato che la verifica del danno non depone di per sé “per la pericolosità del prodotto in condizioni normali di impiego, ma solo per una sua più indefinita pericolosità, invero insufficiente a fondare la responsabilità del produttore laddove non venga in concreto accertato che la stessa pone il prodotto al di sotto del livello di garanzia e di affidabilità richiesto dalle leggi in materia o dall'utenza”. Anche in una precedente pronuncia in tema di danni da farmaci (Cass. n. 15851/2015), la Cassazione ha evidenziato l'esigenza di rispettare il dettato di cui all'art. 120 cod. cons., e ha affermato che “incombe [...] sul danneggiato – ai sensi dell'art. 8 d.P.R. 24 maggio 1988, n. 224 (trasfuso nell'art. 120 cod. cons.) – la prova del collegamento causale non già tra prodotto e danno, bensì tra difetto e danno, salva comunque la prova liberatoria del produttore, il quale andrà esente dalla responsabilità per danni da prodotto difettoso ove lo stesso provi il verificarsi di una delle cause di esclusione previste ex lege”.

Nella recente giurisprudenza di merito v. altresì App. Catanzaro, 14 luglio 2022, n. 842, la quale ha ribadito l'onere per il danneggiato di “provare gli elementi costitutivi del diritto fatto valere, in particolare l'esistenza del “difetto” del prodotto e il collegamento causale tra difetto e danno”, specificando che «la prova della difettosità del prodotto può essere [...] data anche per presunzioni semplici”.

il ricorso alla prova presuntiva (art. 2729 c.c.) del nesso di causalità<sup>59</sup>, in considerazione del fatto che il nesso causale non è un fatto ma, piuttosto, un collegamento tra fatti noti<sup>60</sup>.

Si impone, pertanto, che il convincimento del giudice integri la certezza, accogliendosi di conseguenza le richieste risarcitorie solo laddove vi sia evidenza scientifica (c.d. probabilità scientifica) della difettosità del prodotto<sup>61</sup>.

Il maggior rigore probatorio è altresì condiviso da una parte della dottrina che, pur avallando l'orientamento giurisprudenziale più favorevole al consumatore<sup>62</sup>, ha precisato che, per taluni prodotti (tra cui i farmaci), non può desumersi la prova del *difetto sic et simpliciter* dal verificarsi del danno, e che, vista la molteplicità delle possibili cause del danno, il rischio della causa ignota dovrebbe qui gravare sul consumatore<sup>63</sup>. Ciò sebbene altra parte della dottrina condivida, invece, la tesi della Corte di Giustizia, ritenendo che la mancanza di una legge scientifica di copertura causale non impedisca al giudice di decidere sulla base degli indizi a sua disposizione al fine di stabilire, secondo il principio del “*più probabile che non*”, se “è più probabile che la malattia sia stata causata dal vaccino o è più probabile che la malattia non sia stata causata dal vaccino”<sup>64</sup>.

Il ricorso ad elementi indiziari per fondare l'accertamento del nesso di causalità (tra i quali, ad esempio, la prossimità temporale tra l'assunzione del medicinale e l'insorgenza della malattia, l'assenza di precedenti personali o familiari e la presenza di ulteriori casi di comparsa della patologia a seguito della somministrazione del medesimo medicinale) è piuttosto diffusa anche nella giurisprudenza italiana in materia di danno da prodotto farmaceutico, sia nelle pronunce che applicano l'art. 2050 c.c., sia in quelle che applicano la responsabilità del produttore, così come anche in alcune sentenze re-

<sup>59</sup> Sul ricorso allo strumento presuntivo v. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 697, il quale osserva che “una volta provato il danno e l'uso, peraltro, il ritenere che il primo trovi fonte nel prodotto potrà essere inferito mediante quelle presunzioni semplici che, a tenore dell'art. 2729 c.c., consentono alla prudenza del giudice, quando siano gravi, precise e concordanti, di desumere da un fatto noto un fatto ignorato”.

<sup>60</sup> Sul punto v. Cass. civ., 15 marzo 2007, n. 6007, cit., che pronunciandosi su una richiesta risarcitoria per danno da impiego professionale di una tintura di capelli, concludeva: “il fatto che il danno si sia verificato prova una indefinita pericolosità del prodotto di per sé insufficiente per istituire la responsabilità del produttore se non sia anche in concreto accertato che quella specifica condizione di insicurezza del prodotto si pone al di sotto del livello di garanzia di affidabilità richiesto dalla utenza o dalle leggi in materia”.

<sup>61</sup> Si veda, ad esempio, in materia di prova del nesso causale tra inoculazione del vaccino ed insorgenza dell'autismo, Cass. civ., 25 luglio 2017, n. 18358, in *Foro it.*, 2017, I, 2597 ss.; in dottrina v. PIRAINO, *La prova del nesso causale*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 399, il quale critica l'ipotesi che il convincimento del giudice, basato su presunzioni, possa sopperire all'assenza di una regola scientifica; PUCCELLA, *Danno da vaccini, probabilità scientifica e prova per presunzioni*, cit., 1796 ss.

<sup>62</sup> Cfr. Cass. n. 20985/2007.

<sup>63</sup> STELLA, *Causa ignota del danno derivante dall'uso del prodotto e responsabilità del produttore per prodotto difettoso*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1461, nt. 41.

<sup>64</sup> Così FUSARO, *Prodotti difettosi, danni da vaccino e onere della prova: la posizione della Corte di Giustizia*, cit., 363 s.

lative al riconoscimento dell'indennizzo previsto per i danni derivanti da vaccinazioni obbligatorie dalla legge 25 febbraio 1992, n. 210 (*Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati*)<sup>65</sup>.

Dall'analisi della giurisprudenza più recente, in particolare in materia di danni da somministrazione di vaccini, si scorge una "mutata sensibilità" più favorevole nei confronti della posizione del consumatore/danneggiato<sup>66</sup>. Difatti la Corte di cassazione<sup>67</sup>, nel decidere su una richiesta risarcitoria per sviluppo di sindrome autistica a seguito di somministrazione vaccinale, ha ritenuto che, per poter valutare la sussistenza del nesso eziologico tra difetto e danno subito, debba farsi ricorso non solo al criterio statistico

<sup>65</sup> In materia di riconoscimento dell'indennizzo ex l. n. 210/1992 per i danni derivanti da vaccinazioni obbligatorie, la giurisprudenza tende a richiedere una rigorosa dimostrazione della riconducibilità causale della malattia all'assunzione del vaccino, la quale è rimessa a una commissione medico ospedaliera. Quanto all'accertamento della causalità, la giurisprudenza ha più volte affermato che "in tema di danni da vaccinazione obbligatoria, ai fini dell'ottenimento dell'indennizzo previsto dalla l. n. 210 del 1992, la sussistenza del nesso causale tra la somministrazione vaccinale e il verificarsi del danno alla salute deve essere valutata secondo un criterio di ragionevole probabilità scientifica ispirato al principio del "più probabile che non", da ancorarsi non esclusivamente alla determinazione quantitativo statistica delle frequenze di classe di eventi (c.d. probabilità quantitativa), ma riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto (c.d. probabilità logica)" (così Cass. civ. 3 febbraio 2021, n. 2474, che ha confermato la decisione di merito che aveva rigettato la domanda di indennizzo ex l. n. 210 del 1992 avanzata dai genitori di una minore rimasta invalida al 100%, poiché la c.t.u. svolta in grado d'appello aveva consentito di instaurare una relazione di mera possibilità – e non già di rilevante probabilità scientifica – tra le gravi patologie occorse alla minore e le vaccinazioni cui la stessa era stata precedentemente sottoposta). Ribadendo tale principio, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di legittimità ha rigettato le pretese indennitarie in presenza di incertezza scientifica circa la correlazione causale di una data malattia e l'assunzione di un vaccino: cfr., tra le altre, Cass. civ., 25 luglio 2017, n. 18358, in *Diritto & Giustizia*, 2017, secondo cui "deve essere respinta la richiesta di indennizzo avanzata dal padre per la sindrome autistica contratta dal figlio in seguito alla terapia vaccinale somministrata al minore, atteso che la scienza medica non consente, allo stato, di ritenere superata la soglia della mera possibilità teorica della sussistenza di un nesso di causalità"; e Cass. civ., 23 ottobre 2017, n. 24959; Cass. civ., 24 ottobre 2017, n. 25119. Di contro, talune pronunce di merito hanno accolto le domande indennitarie, aderendo alle risultanze peritali che hanno affermato la probabile sussistenza di un nesso di causalità tra l'insorgenza della malattia e l'assunzione del vaccino: così Trib. Rimini, 15 marzo 2012, n. 148; Trib. Pesaro, 1° luglio 2013, n. 260, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 334; Trib. Milano, 24 settembre 2014, n. 2664; Trib. Milano, 21 dicembre 2007, n. 4252. Da ultimo, nel senso di impedire il cumulo delle diverse voci di danno in applicazione del principio della c.d. *compensatio lucri cum damno*, v. Cass. civ., 19 febbraio 2024, n. 4415. Sul nesso di causalità nell'ambito della tutela indennitaria ex l. n. 210/1992, v. VOLPATO, *Nesso causale e danno da vaccinazione: è tempo per una rilettura della legge n. 210/1992?*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1167 ss.

<sup>66</sup> PONZANELLI, *Causa probabile del danno e responsabilità del produttore*, in *Danno resp.*, 2004, 528.

<sup>67</sup> Cass. civ., 25 luglio 2018, n. 19699, in *Giustiziacivile.com*, 2018, con nota di NATALE – SANTORO, *Ancora sul nesso di causalità tra somministrazione di vaccini e autismo*.

delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o scientifica), ma anche alla valutazione degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana).

A tale interpretazione “logica” del nesso di causalità i giudici di Cassazione tornano a fare riferimento in due rilevanti pronunce del 2021<sup>68</sup> ed in una del 2022<sup>69</sup>. Chiamata a decidere dapprima sulla domanda di indennizzo per danno da vaccino esavalente, successivamente sulla richiesta di risarcimento per ritardata diagnosi della “sindrome di Lyell” con conseguente esito fatale e, in ultimo, sulla richiesta risarcitoria per danno da vaccinazione antipolio, la Corte ribadisce la linea interpretativa in tema di onere probatorio secondo cui la legge di copertura scientifica delinea il perimetro della c.d. *causalità generica*, fornendo così una base di copertura statistico/scientifica al nesso causale, il che non toglie, però, rilevanza alla c.d. *causalità specifica*, la quale, attenendo alla concretezza della vicenda processuale, della prima saggia la conclusione, facendo leva sull’evidenza probatoria acquisita nel caso concreto.

Alla luce di queste più recenti decisioni la Corte di legittimità sembra dunque “accostare” al rilievo della legge scientifico-statistica nell’individuazione del nesso causale (che in precedenza era ritenuto esclusivo), la valutazione degli elementi probatori evidenti nel caso concreto, senza che ciò voglia in alcun modo comportare svalutazione della rilevanza della legge scientifica.

Tornando al caso in esame, sebbene l’interruzione del nesso causale (in ragione del concreto abuso del farmaco da parte dell’utilizzatrice) sia stata esclusa dall’ordinanza in commento, il giudice del rinvio dovrà condurre nel merito l’accertamento della incidenza del concorso del fatto colposo del danneggiato, valutando comunque la condotta negligente dell’utilizzatrice ai sensi dell’art. 1227 c.c. quantomeno per la quantificazione del danno, che potrà essere corrispondentemente diminuita ai sensi del primo comma, se non esclusa ai sensi del secondo.

Sul punto rileva la qualificazione della responsabilità nella fattispecie (più favorevole al danneggiato) dell’esercizio di attività pericolose *ex art.* 2050 c.c., poiché la scelta opposta di inquadrare la responsabilità farmaceutica in quella propria dei prodotti difettosi (non condivisa nel recente orientamento della Cassazione condiviso anche dall’ordinanza in esame) avrebbe invece comportato una valutazione più rigorosa del comportamento “responsabile” del consumatore<sup>70</sup> (opportunamente bilanciato con le esigenze

<sup>68</sup> Cass. civ., 3 febbraio 2021, n. 2474, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1167 ss., con nota di VOLPATO, *Nesso causale e danno da vaccinazione: è tempo per una rilettura della legge n. 210/1992?*; Cass. civ., 27 luglio 2021, n. 21530, in *DeJure*.

<sup>69</sup> Cass. civ., 18 novembre 2022, n. 34027, in *Danno resp.*, 2023, 291 ss., con nota di CORRADO, *Dalla “causalità generica” alla “causalità specifica” per la prova del danno da vaccino. Il controverso ricorso agli elementi indiziari*.

<sup>70</sup> Lo stesso Giudice di legittimità, sia pure in una fattispecie (il c.d. danno da vacanza rovinata) del tutto diversa e ben lontana dalla protezione costituzionalmente garantita del diritto alla salute (invece ricorrente nel caso qui in esame), ha avuto occasione di riconoscere il profilo della

obiettive del mercato per la possibile penalizzazione dell'innovazione tecnologica e della competitività delle imprese farmaceutiche, come si è sopra rilevato) e in particolare anche l'applicazione più restrittiva dell'art. 122 del codice del consumo, il quale, oltre a richiamare l'art. 1227 c.c. (senza escluderne il secondo comma, secondo cui “*il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza*”), nel secondo comma soggiunge espressamente che: “*Il risarcimento non è dovuto quando il danneggiato sia stato consapevole del difetto del prodotto e del pericolo che ne derivava e nondimeno vi si sia volontariamente esposto*”.

Vero è che, nel caso di specie, il rischio dell'abuso non risultasse specificamente indicato nelle istruzioni del produttore, tuttavia il comportamento negligente dell'utilizzatrice, che – secondo quanto era stato accertato nel giudizio di merito – avrebbe consumato il prodotto in misura abnorme, in aperta violazione della posologia indicata, non potrà non rilevare quantomeno ai fini della determinazione del danno.

## ABSTRACT

L'ordinanza affronta un caso di uso abnorme da parte del consumatore di un prodotto farmaceutico riconoscendo la responsabilità del produttore per il difetto di specifica informazione sugli effetti collaterali derivanti dall'abuso. Di talché, ribadita la differenza tra prodotto difettoso e prodotto sicuro, conferma che la responsabilità farmaceutica si inquadrirebbe non già in quella da prodotto difettoso, bensì in quella da esercizio di attività pericolose ex art. 2050 c.c. Il maggiore *favor* per il danneggiato che è garantito da tale qualificazione suscita tuttavia tensione tra le esigenze, da un lato, di tutela della salute del danneggiato e, dall'altro, di sostegno alla ricerca e alla innovazione nel mercato farmaceutico, mostrando la necessità di una più chiara e uniforme scelta legislativa e interpretativa, per evitare soluzioni ambigue o contraddittorie nei diversi ordinamenti.

*The decision concerns a case of abnormal use by the consumer of a pharmaceutical product and recognises the producer's liability for the lack of specific information on the side effects resulting from the abuse. Hence, having reiterated the difference between defective product and safe product, it confirms that pharmaceutical liability would be framed not in that of defective product, but in that of the exercise of dangerous activity under Article 2050 of the Civil Code. The greater favor for the injured party that is guaranteed by this qualification, however, raises tension between the needs, on the one hand, of protecting the health of the injured party and, on the other, of supporting research and innovation in the pharmaceutical market, showing the need for a clearer and more uniform legislative and interpretative choice, in order to avoid ambiguous or contradictory solutions in the different legal systems.*

---

c.d. autoresponsabilità del consumatore (Cass., 8 luglio 2020, n. 14257, in *Danno resp.*, 2021, 121 ss., con nota di VOLPATO, *Il danno da vacanza rovinata: tra difetto informativo e autoresponsabilità del consumatore*).







## Drittwirkung



Gaetano Silvestri

Presidente emerito della Corte costituzionale

**SOMMARIO:** 1. Quale idea di costituzione? – 2. La natura immanente delle costituzioni democratico-pluraliste del secondo dopoguerra. – 3. Le giurisprudenze tedesca ed italiana in tema di effetti orizzontali dei principi costituzionali. – 4. Macrolegalità e microlegalità. – 5. Vaghezza dei principi e ruolo dei giudici. – 6. Costituzionalizzazione dell'intero ordinamento giuridico, senza "zone franche".

### 1. Quale idea di costituzione?

Il tema dell'efficacia diretta delle norme costituzionali nella regolazione giuridica dei rapporti tra privati rende necessarie alcune rapide premesse di carattere generale, giacché le risposte che si possono dare a vari interrogativi che si pongono nel trattare l'argomento dipendono, in gran parte, dall'idea di costituzione da cui si prendono le mosse, che, a sua volta, è strettamente legata al fondamento di legittimazione dell'intero sistema giuridico e istituzionale.

Non pretendo certamente di impostare, in questa relazione, un dialogo sui massimi sistemi, ma solo mettere in chiaro, in modo necessariamente schematico, i presupposti da cui muovono le mie riflessioni.

Le costituzioni contemporanee – in special modo quelle europee – definite, con felice formula sintetica, del "dopo Auschwitz" si caratterizzano per aver sostituito il fondamento di valore a quello di autorità<sup>1</sup>. Non che quest'ultima sia scomparsa o sia diventata inutile, ma nel senso che ogni manifestazione di potere trova la sua legittimazione in un

---

<sup>1</sup> Cfr. NICOLUSSI, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in *Europa e diritto privato*, n. 1/2006, 90, che riprende un'espressione usata da filosofi come Hans Jonas e Theodor W. Adorno.

valore storicamente condiviso da un popolo e tradotto, in modo esplicito o implicito, in un principio giuridico-costituzionale. Ha osservato giustamente Habermas che il diritto moderno poggia su un duplice fondamento di validità: la statuizione e la giustificazione<sup>2</sup>, che potremmo ricondurre ai più tradizionali concetti di *imperium* e di *ratio*.

Il fondamento di autorità, di hobbesiana memoria, è sopravvissuto alle Rivoluzioni americana e francese ed ha continuato ad essere comunemente accettato anche nelle costituzioni liberal-democratiche, che fecero, per un certo tempo, da cornice allo Stato di diritto. Alla sovranità del monarca si sostituì quella del popolo condensata nelle assemblee elettive e, successivamente (e tragicamente), quella del capo carismatico acclamato dal popolo.

Dopo l'orrore assoluto di Auschwitz si acquistò la consapevolezza di essere giunti all'estremo limite della sovranità attribuita ad un soggetto, individuale o collettivo che sia (monarca, nazione, popolo, partito etc.) e le costituzioni che seguirono – in particolare mi riferisco a quella italiana del 1948 e al *Grundgesetz* tedesco del 1949 – furono il riflesso normativo di questo rivolgimento radicale. Filosofi come Theodor W. Adorno ammonirono che “*das ganze Grauen*” avrebbe potuto ripetersi sin quando il diritto dello Stato avesse avuto la prevalenza sul diritto della persona<sup>3</sup>. Questa svolta epocale si riflette in modo ben visibile nell'art. 1, secondo comma, della Costituzione italiana, in cui si legge che il popolo sovrano esercita la sua suprema autorità «nelle forme e nei limiti della Costituzione» e nell'art. 1, § 3, del *Grundgesetz* tedesco, secondo il quale i diritti fondamentali «vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritto immediatamente applicabile».

Dal momento dell'entrata in vigore, nei rispettivi ordinamenti, delle due suddette norme costituzionali è cominciata un'era nuova, molto difficile da comprendere e da accettare da una cultura politica e giuridica formatasi e cresciuta per secoli sul dogma dell'autorità, cui Carl Schmitt aveva posto – nel XX secolo, in esito però ad una lunga tradizione – il suggello della decisione pura, indifferente ai contenuti, appesa solo a se stessa.

Con una certa ironica benevolenza, venne segnalata, dopo la conclusione dell'immane disastro della seconda guerra mondiale, la “rinascita del diritto naturale”. Se si potevano compatire i popoli europei traumatizzati dall'orrore di quanto avevano patito, bisognava tosto tornare alle vecchie tranquillizzanti categorie del positivismo giuridico, che assicuravano da una parte la “certezza del diritto” e dall'altra fornivano nuovamente a giuristi e giudici un mezzo efficace per lavare le proprie coscienze.

E tuttavia vi fu chi non si accontentò di chiudere la parentesi del totalitarismo e tornare all'antico, sia in Italia che in Germania, anche se, specie in Italia, una parte dell'op-

<sup>2</sup> HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, a cura di CEPPA, Torino, 1992, 75.

<sup>3</sup> ADORNO, *Erziehung nach Auschwitz*, in *Gesammelte Schriften*, a cura di TIEDEMANN, X, 2, Frankfurt am Main, 1977, 690.

posizione di sinistra alle maggioranze dominanti nel dopoguerra forniva il comodo alibi della sua perdurante adesione al totalitarismo sovietico.

Con l'avvicinarsi delle generazioni iniziò la battaglia per l'attuazione delle Costituzioni democratico-pluraliste del secondo dopoguerra, contro la svalorizzazione del contenuto innovativo dei principi costituzionali, a cominciare da quello personalistico. Che non implica tuttavia l'egemonia culturale dell'individualismo egoistico, giacché la persona riceveva tutela dalle norme costituzionali nel quadro di un principio di solidarietà, che, in stretto collegamento con un'accezione non formalistica dell'eguaglianza – esplicitamente dichiarata nella Costituzione italiana – esprime la socialità come superamento – da realizzare gradualmente e con prevedibile fatica – dell'amara, ma realistica, constatazione hobbesiana dell'*homo homini lupus*.

Se l'uomo hobbesiano è, come dice lo storico Hill, l'uomo borghese sottratto al controllo della polizia<sup>4</sup>, l'uomo delle costituzioni del secondo dopoguerra è aperto agli altri uomini in un vincolo di mutuo appoggio destinato ad essere contemporaneamente, per profili diversi, fattore propulsivo ed effetto dell'eguaglianza sostanziale. I Costituenti non erano così ingenui da pensare che verso questa meta di liberazione si aprisse un cammino agevole. Le resistenze sarebbero state enormi e infatti cominciarono subito; ancora oggi la "lotta per la Costituzione" continua con alterne vicende e dobbiamo ammettere che il suo *esprit* stenta ad essere assimilato, mentre si rinnovano incessantemente i tentativi di tornare indietro.

## 2. La natura immanente delle costituzioni democratico-pluraliste del secondo dopoguerra

Se si accettano le premesse prima sinteticamente enunciate, occorre abbandonare la vecchia idea, ancora ripetuta in tanti manuali giuridici, che la Costituzione sia una fonte "superprimaria", quasi un cappello posto sulla testa di un corpo normativo in sé concluso, destinato a volar via al primo colpo di vento. Essa non passa "nuvolesca" nell'alto cielo, secondo la bella espressione di Paolo Grossi<sup>5</sup>, ma opera una penetrazione molecolare in ogni settore dell'ordinamento giuridico. Per valutare la portata della "rivoluzione" costituzionale del secondo dopoguerra è necessario abbandonare una visione trascendente della Costituzione, in favore di una sua concezione immanente, pane quotidiano non solo per politici, legislatori e governanti, amministratori pubblici e giudici, ma pure per privati cittadini nella loro vita di relazione, improntata appunto al principio

<sup>4</sup> HILL, *Hobbes e il pensiero politico inglese*, in *Saggi sulla Rivoluzione inglese del 1640*, Milano, 1957, 358.

<sup>5</sup> Si tratta di un'immagine evocata dal grande storico del diritto in riferimento alle astrazioni avulse dalla realtà storica e dalla concreta vita sociale. Cfr., ad esempio, GROSSI, *Principi costituzionali e legalità*, lezione svolta ad Afragola il 29 novembre 2017, in [https://www.procuranapolinord.it/allegatinews/A\\_17128.pdf](https://www.procuranapolinord.it/allegatinews/A_17128.pdf), 3.

di solidarietà. Non dimentichiamo infatti che anche i cittadini, come singoli e come componenti di formazioni sociali, sono destinatari dei «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», di cui all'art. 2 della Costituzione italiana. Non dimentichiamo neppure che l'immediata applicabilità delle norme a tutela dei diritti fondamentali, imposta dall'art. 1, § 3, GG alla giurisdizione, oltre che al legislatore e al potere esecutivo, pone a carico dei giudici, sia penali che civili (oltre che speciali di vario genere), l'obbligo di far rispettare i diritti fondamentali nei rapporti concreti sottoposti al loro esame. E se i giudici sono tenuti a garantire tale rispetto appare ovvio che esso incombe primariamente e preventivamente sui soggetti che hanno posto in essere i rapporti oggetto della controversia da decidere.

In Italia la natura specifica delle norme costituzionali – dopo la stagione del “gelo” costituzionale e la pretestuosa distinzione tra norme precettive e programmatiche – trovò il suo chiarimento inequivocabile con la sentenza n. 1 del 1956 della neonata Corte costituzionale. Una parte della dottrina giuridica si attardava sulle categorie tradizionali, con il forte supporto di parte considerevole del mondo politico, mentre si faceva strada, al contrario, l'idea che bisognasse voltare pagina. Non solo venne buttata alle ortiche la distinzione di cui sopra tra norme costituzionali, ma venne affermato l'importantissimo principio del controllo di costituzionalità anche delle leggi anteriori alla Costituzione, mettendo definitivamente da parte l'asserzione che il rapporto tra norme costituzionali e norme legislative ordinarie anteriori potesse essere concepito in termini di abrogazione, secondo il criterio cronologico.

Le norme di principio della Costituzione si ponevano come fonte di rilegittimazione generale di tutto il diritto vigente, pubblico e privato, assoggettato – indipendentemente dalla data della sua emanazione – al controllo combinato dei giudici comuni e della Corte costituzionale, allo scopo di valutare la sua idoneità a rimanere nell'ambito di un ordinamento giuridico che si era profondamente trasformato. In altre parole, meritavano di sopravvivere soltanto le leggi non in contrasto con la Costituzione, non tanto per una collisione tra fonti del diritto di livello e di tempi diversi, ma perché il nuovo ordine costituzionale era informato a principi supremi diversi, e spesso opposti, rispetto a tutta la legislazione vigente sia di epoca fascista che di periodi precedenti contrassegnati dal liberalismo autoritario che aveva preparato la strada alla dittatura.

Come ha ben spiegato Alessandro Pizzorusso, il sistema italiano di giustizia costituzionale è il risultato di una ibridazione tra *judicial review of legislation* di ascendenza americana e di *Verfassungsgerichtsbarkeit* di ascendenza austro-kelseniana<sup>6</sup>. Questa pur critica constatazione mette bene in luce la necessità di valorizzare al massimo l'interazione virtuosa tra giudici comuni e giudice delle leggi, nel quadro di una progressiva attuazione della Costituzione, nel corso della quale, naturalmente, il ruolo principale spetta al legislatore, se e quando quest'ultimo si rende parte attiva del processo di con-

<sup>6</sup> PIZZORUSSO, *Garanzie costituzionali. Art. 134*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna-Roma, 1981, 75.

cretizzazione dei principi costituzionali e non è paralizzato da contrasti politici, veti incrociati o, ancor peggio, da indirizzi politici più o meno apertamente anti-costituzionali. Il primato della legislazione, e quindi del Parlamento, si esprime nei suoi atti non nella sua inerzia. La rinuncia della politica ad attuare la Costituzione non può produrre l'imposizione di uguale omissione a tutte le istituzioni della Repubblica. Viviamo ormai un momento storico in cui qualcuno finalmente getta la maschera e propone una messa in mora della Costituzione con i suoi scomodi principi di eguaglianza e pluralismo.

L'immediata applicabilità delle norme di principio che riguardano, direttamente o indirettamente, diritti fondamentali, affermata in modo esplicito dalla Costituzione tedesca – con una disposizione variamente interpretata ed attuata, quanto a modi e tempi, dalla dottrina e dalla giurisprudenza germanica – implica la possibilità di superare la difficoltà derivante dalla ritenuta indispensabilità della *interpositio legislatoris*. In Italia, il superamento di questa condizione necessaria, come rimedio all'inerzia o all'ostilità della politica rispetto ai principi più innovatori della Costituzione, ha cominciato a suscitare aspre polemiche già all'epoca delle prime sentenze “manipolative”, specie se “additive”. Allo scopo di far trangugiare questa novità assoluta ad una cultura politica e giuridica tradizionalista e quindi riottosa, Vezio Crisafulli coniò la geniale metafora delle “rime obbligate”<sup>7</sup>, rassicurante soluzione teorica per chi non era disposto ad accettare che la Corte costituzionale, a ciò sollecitata da un giudice rimettente, potesse introdurre nell'ordinamento una norma nuova. Mi sforzai a quei tempi di dire che il re è nudo e che la Corte non “trovava” nel sistema una norma giuridica bell'e fatta, resa esplicita dalla sua pronuncia, ma ne creava una nuova, non limitandosi quindi ad applicare la Costituzione, ma partecipando invece alla sua attuazione. Riconobbi qualche anno dopo che si era trattato di *culpa felix*, vista la prolungata riluttanza del legislatore a svolgere il suo precipuo compito attuativo.

Problematiche simili si pongono oggi sia come strascichi sempre in fermento delle vecchie polemiche sia come rinnovate preoccupazioni destinate da una giurisprudenza, sia ordinaria che costituzionale, tendente a superare la barriera dell'*interpositio legislatoris* con riferimento ai rapporti tra privati.

### 3. Le giurisprudenze tedesca ed italiana in tema di effetti orizzontali dei principi costituzionali

Come accennavo prima, il Tribunale costituzionale tedesco, facendo leva sul citato art. 1, § 3, GG, ha ben presto introdotto le nozioni di *mittelbare* e *unmittelbare Drittwirkung* a proposito dell'applicabilità delle norme costituzionali di tutela dei diritti fondamentali ai rapporti tra privati cittadini, posti in essere nell'esercizio della loro autonomia

<sup>7</sup> CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di OCCHIOCUPO, Bologna, 1978, 84.

negoziale. Non ripercorro i termini delle controversie che si sono sviluppate intorno a tale questione, oggetto di un'ampia letteratura soprattutto civilistica<sup>8</sup>. In un Convegno di civilisti aggiungere mie considerazioni specifiche sui casi controversi e sulle diverse fattispecie concrete venute in rilievo, sia in Germania che in Italia, sarebbe come portare vasi a Samo o nottole ad Atene. Mi limiterò quindi ad alcuni rilievi prevalentemente costituzionalistici, scaturenti dalle riflessioni sinora riportate, scusandomi in anticipo per qualche breve, e rispettosa, incursione *in munere alieno*.

Mi è capitato, anni addietro, di esprimere qualche opinione sul tema dell'abuso del diritto, tema anch'esso suscitatore di un largo e complesso dibattito nella dottrina civilistica, meno in quella costituzionalistica<sup>9</sup>. In quella sede ho espresso la convinzione che nel diritto italiano contemporaneo, come in quello di tutti gli Stati che hanno adottato una Costituzione democratica e pluralista (c.d. Stati costituzionali), abbiano validità universale i principi metodologici di ragionevolezza e di proporzionalità, che servono a declinare correttamente, sia in sede legislativa, che amministrativa e giurisdizionale, i principi sostanziali di eguaglianza e solidarietà. Il concetto sotteso a tutto questo armamentario teorico è quello di equilibrio, non inteso in senso statico, come assetto pietrificato in strutture rigide, ma come continuo assestamento e riassetamento di rapporti e bilanciamenti tra principi e diritti fondamentali nei diversi contesti storici, nell'osservanza costante di quello che potremmo definire "personalismo sociale", mirante da una parte al pieno sviluppo della persona umana, dall'altra alla tutela delle minoranze e dei soggetti deboli. La rottura brusca, o addirittura violenta, degli equilibri costituzionali può produrre, e produce in realtà, oppressione politica nella sfera pubblica e prevaricazione personale o di gruppo nella sfera privata.

Come è stato notato da più parti, il concetto di abuso del diritto è strettamente imparentato con quello di violazione del dovere di solidarietà. Entrambi sono legati alla rottura di un equilibrio che garantisce, bene o male, parità tra le parti e quindi tutela di soggetti che solo formalmente sono in tale posizione, ma, per varie ragioni e circostanze, oggettive o soggettive, si trovano in stato di inferiorità o svantaggio nei confronti di altri. Non farsi carico dei legittimi interessi di altre persone, approfittando della propria posizione di forza, ancorché non integri la violazione puntuale di una legge, nega in blocco lo spirito della Costituzione e, direi, dell'intera civiltà umanistica moderna. Nessun feticcio teorico o politico può giustificare o semplicemente avallare comportamenti di questo genere.

È quanto emerge, nel complesso da quella giurisprudenza di legittimità, ordinaria e costituzionale, che ha ritenuto lecito, anzi doveroso, l'intervento attivo del giudice per riequilibrare un rapporto contrattuale alterato da una delle parti, facendo ricorso alla

<sup>8</sup> Cfr., tra i tanti contributi, NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung; ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017; AA.VV., *Drittwirkung, principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, a cura di FEMIA, Napoli, 2018.

<sup>9</sup> Cfr. SILVESTRI, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016.

saldatura tra clausola della buona fede e principio di solidarietà<sup>10</sup>. Emblematica in proposito è la famosa sentenza *Renault*, del 2009, della Corte di cassazione italiana<sup>11</sup> – facente parte di un nutrito filone giurisprudenziale sulla stessa linea – che ha suscitato forti critiche. Vivaci reazioni hanno provocato anche due ordinanze della Corte costituzionale (n. 248 del 2013 e n. 77 del 2014), in cui si afferma, a chiare lettere, che «il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa», con la conseguenza della rilevabilità *ex officio* della nullità di una clausola contrattuale in contrasto<sup>12</sup>.

Dal canto suo, il Tribunale costituzionale tedesco – a partire dal famoso caso *Lüth* del 1958 – ha affermato che la tutela dei diritti fondamentali può limitare anche l'autonomia privata in modo indiretto, esplicando effetti orizzontali per il tramite delle norme di legge ordinaria – specie quelle che prevedono clausole generali – che delimitano tale autonomia (*mittelbare Drittwirkung*). Da notare che nel recente caso *Stadium Ban*, del 2018, il giudice costituzionale tedesco ha ammesso l'efficacia orizzontale del principio di eguaglianza nei rapporti privati, senza ricorrere ad una clausola generale, preferendo far leva, nella situazione concreta, sul necessario bilanciamento tra tutela di un diritto fondamentale e tutela della libertà di gestire i propri affari privati<sup>13</sup>.

Vi sono varie e rilevanti obiezioni a questo ragionamento. Ne prenderò in esame solo alcune, sia per esigenze di sintesi, sia perché spesso ci si trova di fronte a semplici varianti che riproducono, più o meno, gli stessi argomenti principali.

#### 4. Macrolegalità e microlegalità

Riappare in questa problematica un'antica *querelle* sull'estensione dei poteri dei giudici. Non si nega che norme eteronome possano incidere sull'autonomia privata, limitandola per tutelare interessi ritenuti meritevoli. Norme codicistiche e numerose leggi speciali contengono simili disposizioni limitative e regolative. Ciò che suscita perplessità e avversità è che interventi di tal genere possano essere compiuti dal giudice in applicazione diretta di un principio costituzionale – quale, ad esempio, quello di solidarietà – e

<sup>10</sup> Cfr. BARBAGALLO, *Limiti costituzionali alla libertà contrattuale e sindacato giurisdizionale: un nuovo caso di rilettura costituzionalmente orientata del canone di buona fede*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2020, 151.

<sup>11</sup> Fra i tanti commenti a questa pronuncia, cfr. LEPORE, *Principio di solidarietà e autonomia negoziale nel sistema giuridico italiano*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino. Studi*, n. 9/2020, 11 s.

<sup>12</sup> Cfr. per tutti BENEDETTI, *Interventismo giudiziario e contratto*, in *Pactum. Rivista di diritto dei contratti*, n. 3/2022, 349 ss.

<sup>13</sup> Cfr. EPISCOPO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali al vaglio della Corte Federale Tedesca. Brevi note a margine di alcune recenti sentenze del Bundesverfassungsgericht*, in *Giustizia Insieme*, 28 maggio 2020.

non di una norma di legge ordinaria. I principi, per loro natura, sono vaghi e indeterminati e pertanto mal si prestano ad essere concretizzati nel caso singolo da un giudice, che esercita, ciò facendo, un'indebita discrezionalità "creativa" non legittimata, come quella legislativa del Parlamento, dall'investitura popolare.

Si affiancano due ordini di considerazioni convergenti. Da una parte si segnala il pericolo della crisi della certezza del diritto, assicurata dall'esistenza di una norma scritta, previamente posta, che configura una precisa fattispecie. Dall'altra si paventa l'indebita compressione della libertà dei privati cittadini da parte di organi giurisdizionali non elettivi, che seguono opzioni di valore personali non democraticamente convalidate.

Questo tipo di critiche si accompagna, nel panorama dottrinale e politico, a quelle contro gli eccessi dell'interpretazione conforme, prescritta dalla stessa Corte costituzionale, largamente diffusasi, sino ad insidiare il carattere accentrato del controllo di costituzionalità e, in tempi più recenti, frenata dalla stessa Corte con alcune opportune precisazioni.

Naturalmente viene tirato in ballo il sacrosanto principio della separazione dei poteri, chiamato spesso in soccorso, da opposti versanti, nella medesima controversia.

Tentiamo di andare con ordine. Il grande problema giuridico che pongono le costituzioni contemporanee "dopo Auschwitz" è quello dell'integrazione tra livello di macrolegalità in cui si situano i loro principi e livello di microlegalità in cui si sviluppano i rapporti civili, economici e sociali dei cittadini, prevalentemente disciplinati da regole. In altri termini, viene in rilievo il problema dell'effettività dei principi costituzionali, in specie di quelli che configurano diritti fondamentali dal forte potenziale espansivo.

Non ci vogliono molte parole per dimostrare che la via maestra per avvicinare i due livelli di legalità è quella legislativa. Ci si imbatte tuttavia in due difficoltà, una permanente e strutturale, l'altra contingente e storico-politica.

La difficoltà strutturale sta in quella che è stata definita la "inesauribilità" dei principi, sia dei principi generali del diritto, sia dei principi costituzionali. Questi ultimi presentano peraltro la caratteristica di racchiudere in sé prospettive di trasformazione della società, che vanno di pari passo all'attuazione e al rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali. Tutto ciò comporta uno *stress* continuo esercitato dalle norme costituzionali, cioè dal livello di macrolegalità, sia sul linguaggio giuridico ereditato dalla tradizione sia sulle categorie dommatiche che di questa fanno parte.

La complessità dei rapporti tra i due livelli di legalità genera un dilemma tanto facile da risolvere in linea di massima, quanto difficile da superare nei casi concreti: certezza del diritto o certezza della tutela? La svolta radicale delle costituzioni del secondo dopoguerra, protese verso un profondo cambiamento degli assetti economico-sociali esistenti, ha provocato l'effetto paradossale di porre la certezza del diritto, nata come fondamentale garanzia dello Stato liberale, in contrasto con la tutela effettiva dei diritti fondamentali enunciati e protetti dai principi costituzionali più innovatori, primo fra tutti quello dell'eguaglianza sostanziale. Adattare alla molteplice varietà dei casi della vita lo schema astratto di norme legislative poste una volta per tutte e, a loro volta, generali e astratte, anche se in misura minore di quelle costituzionali, significa rinunciare a far penetrare la forza innovativa dei principi costituzionali nelle quotidiane relazioni tra le



persone. Di fronte alle inevitabili lacune che si manifestano nei rapporti concreti, inibire al giudice l'applicazione diretta dei principi significherebbe astenersi dalla tutela effettiva dei diritti per rendere omaggio ad un ideale di certezza del diritto, inteso in senso formalistico e per ciò stesso divenuto un feticcio privo ormai dell'antica valenza garantista. Alla certezza del diritto tende a sostituirsi la certezza della tutela, beninteso nel quadro di un principio costituzionale, la cui aderenza al caso concreto deve sempre essere persuasivamente argomentata dal giudice.

Si possono verificare abusi? Può accadere che il giudice faccia uso di quella *aequitas bursalis* deprecata dai giuristi sin dal Medio Evo? Certamente. Devo dire però che nella mia ormai non breve esistenza ho sentito innumerevoli volte evocare possibili catastrofi ogni qual volta si profila un'innovazione di un certo rilievo. Esistono nel sistema gli strumenti per eliminare o correggere le esorbitanze e gli errori, senza gettar via l'acqua sporca insieme al bambino. Uno dei contrappesi più efficaci ai paventati slanci creativi dei giudici è proprio l'opinione pubblica, specie quella informata dei giuristi e degli operatori del diritto in generale.

Se dall'astratto teorico passiamo al concreto storico, dobbiamo registrare l'alto tasso di inattuazione legislativa dei principi costituzionali, inclusi quelli che contengono la tutela dei diritti fondamentali. La Corte costituzionale ha tentato per decenni di fronteggiare la scarsa sensibilità costituzionale di varie maggioranze politiche con le sentenze manipolative, in particolare con quelle additive. Ma la tecnica delle pronunce additive può porre rimedio agli spazi lasciati in bianco dal legislatore, non alle innumerevoli violazioni della solidarietà e dell'eguaglianza sostanziale che vengono consumate nei rapporti tra soggetti privati ineguali, dove il più forte tenta di approfittare della sua posizione iniziale per rifletterla nello svolgimento del rapporto e così aumentare il divario con il contraente debole. La protezione, anche d'ufficio, di quest'ultimo può apparire a qualcuno predica moralistica o, peggio, pretesa eversiva. A me sembra puramente e semplicemente concretizzazione necessaria di principi costituzionali mal digeriti da una società civile in cui la prevalenza di un liberismo senza limiti genera quelle ingiustizie – piccole, ma corrosive del tessuto sociale – che i nostri Costituenti volevano, se non eliminare, almeno ridurre sensibilmente.

È stato giustamente detto da più parti che i principi di solidarietà e di eguaglianza devono bilanciarsi, nell'ambito dei rapporti privatistici, con l'autonomia privata, che implica naturalmente la libertà di autodeterminazione contrattuale delle parti. Ciò significa che non ogni intervento del giudice sull'atto e sul rapporto può ritenersi consentito nel contesto del nostro ordinamento. Gli stessi interventi correttivi – effettuati in applicazione “orizzontale” di un principio costituzionale – devono essere informati ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità, che presiedono ad ogni possibile bilanciamento tra principi potenzialmente in conflitto. Non è impresa facile e si può sbagliare o comunque lasciare insoddisfatti sui mezzi impiegati ed i risultati conseguiti. Ma va fatto! Non è vero che chi non fa non sbaglia, giacché rinunciare a interventi correttivi per non turbare rassicuranti geometrie dommatiche e categoriali significa mantenere in essere situazioni di prevaricazione che, anche dal punto di vista della recezione tradizionale – pur scevra di ogni richiamo al principio di solidarietà – della clausola della buona fede, appaiono

intollerabili. Anzi, a coloro che osservano che i medesimi risultati correttivi si possono conseguire facendo uso dei normali e sperimentati strumenti offerti dal diritto civile, senza ricorrere a innesti diretti di principi costituzionali, mi sento di dire che, se questo fosse vero, sarebbe la migliore dimostrazione della natura immanente della Costituzione rispetto al complessivo ordinamento giuridico. I principi sono così disciolti nel sistema normativo da non aver bisogno di essere esplicitamente richiamati.

La libertà non può coprire l'abuso e quindi l'autonomia privata – che trova il suo fondamento costituzionale nell'art. 41 della Costituzione – non può essere un contenitore impenetrabile di atti e comportamenti contrassegnati da prepotenza e sopraffazione. Né un giudice che si trova a dover giudicare su situazioni del genere può far finta di niente oppure fare un passo indietro per rispetto del limite invalicabile dell'autonomia privata. L'alternativa in cui si trova il giudice in questi casi è sempre quella descritta da Paolo Barile sin dal lontano 1953: poiché non è pensabile che un diritto fondamentale tutelato dalla Costituzione sia protetto nei confronti dello Stato e non dei privati, se tale violazione si verifica, il giudice applica direttamente la norma costituzionale al rapporto controverso oppure, se la violazione dipende da una legge incostituzionale, solleva la relativa questione davanti al giudice delle leggi<sup>14</sup>. *Tertium non datur*. Non è accettabile né omettere ogni rimedio né disapplicare la legge illegittima, se non si è in presenza di una norma comunitaria di immediata applicazione.

Il vero problema che torna sempre a galla, benché spesso sommerso da complesse argomentazioni, è quello della natura delle norme costituzionali di principio, la cui piena giuridicità fu da subito negata dalla giurisprudenza dominante dell'epoca del “gelo” costituzionale e difesa invece dalla magistrale dottrina di Vezio Crisafulli<sup>15</sup>. Se nessuno dubita della nullità di un contratto o di una singola clausola per contrasto con “norme imperative”, giacché lo dispone l'art. 1418 c.c., non ritenere valido questo assunto per le norme costituzionali di principio vuol dire che non si considerano queste ultime vere e proprie norme giuridiche o, quanto meno, le si ritiene norme, per così dire, a giuridicità depotenziata. Da cosa deriverebbe questa non-giuridicità o questo depotenziamento? Qui il discorso si sposta dal piano normativo a quello istituzionale.

## 5. Vaghezza dei principi e ruolo dei giudici

Tralasciamo pure, nel 2024, la concezione delle norme costituzionali di principio come norme “programmatiche”, mere esortazioni rivolte al legislatore, destinate a rimanere lettera morta se i giochi della politica non consentono di dar loro un seguito

<sup>14</sup> L'illustre costituzionalista mantiene fermo il suo convincimento a partire dalla famosa monografia sul soggetto privato nella Costituzione italiana sino a *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, i Bologna, 1984, 48.

<sup>15</sup> Cfr. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio* (1952), ora in *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015, 123 ss.

legislativo. Si tratterebbe di una battaglia di retroguardia, su cui non varrebbe la pena di impiegare tempo ed energie.

Un problema più attuale, anzi di palpitante attualità, è quello dei poteri del giudice, legato alla precisazione della posizione del potere giudiziario nei confronti del potere politico incentrato sul Parlamento e sul Governo.

Non v'è dubbio che il principio, per sua natura "vago", debba essere concretizzato e adattato, a seconda delle necessità e degli interessi che si ritiene di dover tutelare. Il punto cruciale è se le indispensabili operazioni di precisazione siano appannaggio esclusivo del legislatore oppure se esistano spazi di discrezionalità che possono essere riconosciuti anche ai giudici. Si tratta di una variante dell'eterna polemica sulla "creatività" della giurisprudenza. Come accennavo prima, si paventano esiti che si ritengono disastrosi, come, ad esempio, la fine del primato del diritto scritto<sup>16</sup> e l'avvento di quel "governo dei giudici" o, più in generale "dei custodi" considerato il tramonto non solo della democrazia, ma dello stesso Stato di diritto.

Mi permetto di osservare che si tratta di un falso problema. Solo un estremo schematicismo può indurre a ritenere che le leggi siano sempre generali e astratte e le pronunce giurisdizionali sempre meramente applicative di regole dettagliate. Già l'art. 12 delle preleggi, premesse al codice civile del 1942, autorizza il giudice, nel caso non possa rinvenire una disposizione scritta applicabile al caso, a far ricorso ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato. Il diritto scritto non dice sempre tutto ed il giudice, se non vuole incorrere in denegata giustizia, deve dare una risposta alle domande che gli vengano ritualmente poste in un processo. Il quesito che si pone a questo punto è allora: se il giudice riscontra ciò che ritiene essere la violazione di un dovere costituzionalmente sancito e non trova una norma legislativa che lo abiliti a intervenire sul rapporto controverso in funzione correttiva o addirittura ablativa, cosa deve fare? Ignorare il problema e lasciare le cose come stanno, sul presupposto che quel dovere, in quanto posto da una norma costituzionale, non ha valore giuridico? Oppure sollevare una questione di legittimità costituzionale per ottenere una sentenza additiva che, in realtà, con una norma creata *ad hoc*, serva a risolvere il suo caso? Entrambe le strade mi sembrerebbero tradire lo spirito della Costituzione e quello che la Corte costituzionale ha definito il principio di massima espansione dei diritti fondamentali e che, nella mia gioventù, ho sentito definire da un grande civilista come Salvatore Pugliatti il principio di massima attuazione della Costituzione. Lo stesso Pugliatti affermava che i concetti indeterminati contenuti nelle norme di principio sono le porte attraverso le quali il flusso della storia fa il suo ingresso continuo nell'ordinamento giuridico<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Cfr. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giustizia Civile*, n. 3/2016, 495 s.

<sup>17</sup> PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica* (1950), inserito nella raccolta di scritti *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 141.

Né maggiore consistenza mi sembra avere l'argomento basato sulla democraticità della norma legislativa contrapposta alla autocrazia della decisione giudiziaria. Il Parlamento approva una legge e l'affida, per la sua applicazione, all'amministrazione e alla giurisdizione. Tra l'emanazione di una legge e di quella successiva, abrogativa o modificativa della prima, intercorre sempre uno spazio di tempo, che viene riempito da altri poteri, tra cui quello giudiziario. Non affronto ovviamente in questa sede l'enorme problema dell'interpretazione; mi limito ad osservare che l'infinita varietà dei casi della vita rende più "democratico" concretizzare una norma indeterminata, costituzionale o ordinaria, nella concreta composizione degli interessi dei cittadini, nel contraddittorio delle parti, che abbandonare al loro destino soggetti deboli che pur sarebbero protetti da una norma costituzionale di principio, che si ritiene di non applicare in ossequio ad una autonomia privata, che si risolve, nella pratica, nella legge del più forte. Chi predisporre schemi contrattuali con clausole-capestro, fidando sullo stato di soggezione dei soggetti deboli e sull'inerzia delle istituzioni, deve sapere che ci potrà essere un giudice che gli darà una mano a riequilibrare un rapporto nato squilibrato, in assenza di una legislazione che davvero lo aiuti in questo senso.

Che poi la giurisprudenza, tedesca e italiana, si avvalga talvolta di una clausola generale già contenuta nel diritto civile scritto vigente è la testimonianza della tendenza, più o meno consapevole, ad individuare strumenti efficaci di collegamento tra aree diverse del sistema normativo e dell'ordinamento giuridico in generale, in una prospettiva olistica, che tende ad evitare che la frammentazione settoriale del diritto favorisca la sopravvivenza di sacche di privilegio e di sperequazione economica e sociale in frontale contrasto con i principi supremi della Costituzione.

Il processo attuativo della Costituzione non è né continuo né lineare. Si registrano fasi storiche di accelerazione e fasi di stallo o di arretramento. Anche il rapporto tra legislazione e giurisdizione va incontro ad alterne vicende, nel senso che vi sono momenti in cui è il legislatore che imprime ai giudici spinte innovative, in presenza di orientamenti giurisprudenziali stagnanti dal punto di vista dell'attuazione costituzionale; vi sono viceversa periodi in cui dalla giurisprudenza emergono esigenze, prospettive e mutamenti negli equilibri economico sociali, che il legislatore finisce, prima o poi, con il recepire, razionalizzare e fornire di una tutela perfezionata quale solo la legge può apprestare. La giurisprudenza, costituzionale e comune, è il sismografo sempre in funzione che rileva interessi, conflitti e contraddizioni nelle più minute pieghe della società, al di là di ogni capacità di previsione anche di un legislatore attento, figuriamoci di un legislatore distratto o paralizzato dai veti incrociati della politica. Come ha ben sottolineato Maurizio Fioravanti, legislazione e giurisdizione si affiancano alla base della norma fondamentale<sup>18</sup> e quindi cooperano all'attuazione della Costituzione<sup>19</sup>, anche se vi sono periodi in cui la conflittualità prevale sulla collaborazione.

---

<sup>18</sup> FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici davanti alla Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2016, 15.

<sup>19</sup> Cfr. LIGUORI, *Giudici e applicazione diretta della Costituzione nei rapporti tra privati*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021, 720.

## 6. Costituzionalizzazione dell'intero ordinamento giuridico, senza "zone franche"

Il settore del diritto privato non sfugge al generale processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico indotto dalla natura immanente della Carta fondamentale. A ciò da qualche decennio si aggiunge l'effetto diretto delle norme dell'Unione europea, che contribuiscono in modo rilevante al rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali, specie dopo l'incorporazione della Carta di Nizza nel Trattato di Lisbona. All'effetto diretto mediante disapplicazione delle norme nazionali si aggiunge anche quell'effetto orizzontale dei principi e dei diritti fondamentali che le giurisdizioni nazionali – tedesca ed italiana in particolare – hanno, come s'è visto, da tempo individuato. Emblematica in proposito appare la sentenza *Max Planck* della Corte di giustizia del 2018, nella quale – riferendosi, al punto 49, all'art. 31, § 2, della Carta di Nizza – «i diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione sono applicabili in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione»<sup>20</sup>.

Prosegue, anche se non in modo lineare, il processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento comunitario. Non siamo in grado di prevedere quanto andrà avanti o quanto le pulsioni sovraniste in atto in alcuni Stati membri dell'Unione riusciranno a bloccare lo sviluppo. Difatti le suddette pulsioni vanno di pari passo alla compressione delle garanzie sia normative che istituzionali. Se le resistenze venissero superate e il processo andasse avanti con una certa regolare progressione si dovrebbe arrivare ad una integrazione europea sotto l'egida della Carta di Nizza, nella quale potrebbe assumere sempre più peso e consistenza quello *ius commune* dei diritti fondamentali, di cui l'efficacia orizzontale dei principi è parte integrante.

L'obiettivo è quello che non debbano più rimanere "zone franche" rispetto alla pervasività delle garanzie dei diritti fondamentali e dei doveri di solidarietà, per effetto di una legislazione e di una giurisprudenza che, nella circolarità delle esperienze e delle idee, realizzino un mutuo appoggio teorico e pratico, ferma restando la diversificazione delle competenze, peraltro in continuo mutamento.

In questa prospettiva, la scienza giuridica darebbe un utile contributo promuovendo una visione unitaria ed integrata dei problemi che si presentano, rinunciando a pretese di autosufficienza specialistica delle sue varie branche. Il diritto costituzionale – diceva Paolo Biscaretti di Ruffia, riprendendo una metafora di Santi Romano – è come il tronco di un albero, da cui si dipartono i diversi rami. Un albero non può sopravvivere come solo tronco, né i rami possono crescere e svilupparsi se non innestati su di esso. Incontri come quello di questi giorni vanno quindi nella direzione giusta.

<sup>20</sup> Sentenza (Grande Sezione) 6 novembre 2018, nella causa C-684/16.





### Il diritto privato e il suo ruolo nelle tecniche di governo “alternative”



Maria Rosaria Ferrarese

Già Prof. ord. dell'Università di Cagliari

**SOMMARIO:** 1. I poteri tra diritto pubblico e diritto privato. – 2. Moltiplicazione e diversificazione dei poteri. – 3. Il contributo del diritto privato. – 4. Il ruolo del diritto contrattuale. – 5. Sulla *governance* contrattuale.

#### 1. I poteri tra diritto pubblico e diritto privato

Per me non è solito ritrovarmi con dei civilisti a parlare di questioni di potere o, per meglio dire, di questioni relative alle modalità con cui il potere pubblico, durante gli ultimi decenni, è stato ridefinito o rimodulato a livello globale. La questione ha sempre interessato soprattutto i cultori di diritto pubblico, e specialmente costituzionalisti e amministrativisti, che sono i naturali detentori delle chiavi giuridiche di quel settore, che invece da sempre appare di minore interesse ai cultori del diritto privato. Tutto ciò è dipeso anche da una consolidata immagine del diritto privato, che lo raffigurava esclusivamente o prevalentemente come una espressione di dinamiche spontanee messe in atto da attori autonomi e indipendenti, e distante da logiche politiche e da centri di potere: una immagine che già nel passato era stata sottoposta a varie riconsiderazioni critiche, specie da parte degli studiosi di scuola realista<sup>1</sup>, e che ha trovato anche più recentemente varie riletture<sup>2</sup>. Quella immagine del diritto privato improntato a caratteri di “neutralità

<sup>1</sup> In tal senso, è ormai classico il riferimento specialmente a COHEN, *The Basis of Contract*, *Harvard Law Review*, vol. 46, (1933), 553-592. In una pur diversa stagione politica, anche nel nostro paese non sono mancati osservatori attenti alle valenze politiche del diritto privato. Basterà pensare specialmente al nome di Stefano Rodotà.

<sup>2</sup> Si veda ad esempio CIOCCA, MUSU, *Il sistema imperfetto. Difetti del mercato, risposte dello Stato*,

e orizzontalità”<sup>3</sup>, e privo di strutture di potere, si è andata rafforzando negli anni della globalizzazione, paradossalmente, proprio nel momento in cui essa più si allontanava dalla realtà. E ciò significava perdere di vista, com’è stato notato “il legame concettuale tra il diritto privato e le istituzioni di *governance*” che andavano emergendo nel mondo globalizzato<sup>4</sup>.

In altri termini, negli ultimi decenni, non pochi aspetti della tradizionale ripartizione del lavoro tra diritto privato e diritto pubblico sono cambiati significativamente e vari schemi praticati dai civilisti si sono trovati coinvolti in questioni relative ai nuovi paradigmi del potere pubblico. Si potrebbe parlare di una situazione paradossale, per la quale, mentre da una parte prevaleva la tradizionale indifferenza dei cultori del diritto civile verso il tema dei poteri, dall’altra diventava sempre più significativo il contributo dato dalle categorie del diritto privato alla trasformazione dell’organigramma dei poteri pubblici a livello mondiale.

Ma prima di inoltrarsi in questa storia di coinvolgimento delle categorie del diritto civile nelle dinamiche del potere pubblico, occorre individuare il punto di svolta, che sta negli anni di affermazione della globalizzazione, e specialmente negli ultimi decenni del ’900. La globalizzazione, infatti, non ha significato solo un forte incremento del commercio e degli scambi economici internazionali. Ha implicato anche una significativa trasformazione dell’organigramma dei poteri a livello mondiale, con nuove importanti presenze rispetto agli Stati, che fino ad allora erano stati gli esclusivi titolari di potere decisionale pubblico, ciascuno nel proprio territorio: una impostazione derivante dagli accordi di Bretton Woods, sulla scia lunga di Westfalia. Era insomma la struttura degli Stati a costituire l’ossatura del potere pubblico mondiale

Al prevalente criterio di divisione del potere politico in tanti settori quanti erano gli Stati, il processo di globalizzazione sovrappone nuovi criteri e nuove forme di coesistenza tra poteri diversi. Insomma, con la globalizzazione, il panorama del potere politico mondiale si anima con nuove presenze sia di soggetti statali, come la Cina, che assurge ad aspirante potenza proprio in quegli anni, sia di nuove formazioni internazionali, sia di soggetti privati globali. Si crea così una inedita situazione di coesistenza e di rapporto tra poteri pubblici e poteri privati, nonché tra poteri nazionali e poteri internazionali, non necessariamente neutrali gli uni rispetto agli altri.

---

Roma, 2016.

<sup>3</sup> Sul riferimento a neutralità e orizzontalità, si veda CARUSO, *Private Law and State-Making in the Age of Globalization, International Law and Politics*, vol. 39 (2007), 11 ss.

<sup>4</sup> *Ivi*, 8. Sotto un diverso profilo, si veda CATA BACKER, *Private Actors and Public Governance Beyond the State: The Multinational Corporation, the Financial Stability Board, and the Global Governance Order*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 17 (2011), 101-155.



## 2. Moltiplicazione e diversificazione dei poteri

Vi sono stati essenzialmente due importanti percorsi lungo i quali i grandi cambiamenti in tema di potere hanno potuto scorrere velocemente e cambiare la situazione preesistente, che vedeva gli Stati (e soprattutto alcuni) in posizione di assoluto protagonismo. La prima strada è stata quella dell'internazionalizzazione degli Stati. La seconda strada è stata quella delle privatizzazioni. Lungo queste due strade, negli ultimi convulsi decenni del 900, si sono via via delineati dei "poteri nuovi"<sup>5</sup>, nuovi sotto vari aspetti e finalità, che si sono via via affiancati agli Stati, anche sull'onda di un insistente "Washington consensus". Si potrebbe insomma parlare sia di una moltiplicazione dei soggetti detentori di potere politico, sia di una significativa diversificazione del loro modo di essere e delle finalità del loro agire "politico".

Sono nate in primo luogo varie aree di potere pubblico di carattere internazionale. Il caso più noto è quello delle organizzazioni internazionali pubbliche<sup>6</sup>, già note e praticate nel passato, se pure in misura minore, e proliferate sulla base di un multilateralismo molto diffuso in quegli anni, specialmente, ma non solo, in materia economica e commerciale. Ma non va dimenticato che già l'Europa aveva dato luogo a una importante formazione internazionale *sui generis*, persino con intenti più ambiziosi, che si spingevano fino alla creazione di nuove forme di sovranazionalità<sup>7</sup>. Le organizzazioni internazionali pubbliche, ritenute portatrici di un "super-interesse"<sup>8</sup>, come la salute, l'ambiente, i beni culturali, ecc., e pertanto bisognose di una cura e di un'attrezzatura particolari per tutelare tali importanti fini, hanno avuto notevole espansione in quegli anni: basterà ricordare l'Organizzazione mondiale del commercio, creata nel 1995, che include varie materie, e che ebbe notevole successo, anche se oggi versa in una situazione di crisi<sup>9</sup>. Anche la sovranazionalità, varata ma mai portata a esito finale in Europa, era parte di un nuovo strumentario del diritto pubblico in grado di imporsi agli Stati e di esigere la loro obbedienza in nome di interessi condivisi. L'internazionalizzazione in quegli anni fu perseguita anche attraverso la creazione di varie corti internazionali, sulla base di una crescente esigenza di giustizia a cui non potevano rispondere solo le tradizionali giurisdizioni statali.

In parallelo rispetto al fenomeno di internazionalizzazione, prendeva corpo anche un esteso fenomeno di privatizzazione dei poteri pubblici, che è stato meno sotto i riflettori, ma che non era di minore importanza. Un'ampia privatizzazione fu realizzata attraverso un duplice percorso: sia di cessione da parte degli Stati di alcuni loro poteri a soggetti privati, sia di

<sup>5</sup> FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Bologna, 2022.

<sup>6</sup> Esistono infatti oltre alle organizzazioni intergovernative classiche, anche organizzazioni private e pubblico-private. Si veda in proposito CASINI, *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, Bologna, 2018, 15 ss.

<sup>7</sup> Rimando in proposito a FERRARESE, *Aldilà della globalizzazione. Verso un mondo post-globale?*, in *Politica del diritto*, 2/2021.

<sup>8</sup> CASINI, *Potere globale*, cit., 62.

<sup>9</sup> *Ivi*, 36.

autoaffermazione di alcuni poteri privati a livello globale, assumendo vesti regolatorie o auto-regolatorie specie in campo economico, finanziario o professionale. A livello globale, non esistevano infatti, né regole, né soggetti pubblici abilitati a darne. Via via queste nuove forme di potere privato, e specie le seconde, hanno assunto una crescente rilevanza, che non sempre viene percepita dal pubblico, fino all'attuale forma dei superpoteri tecnologici.

Con l'immissione nel panorama globale di questa duplice categoria di poteri "nuovi", e con l'ascesa di alcuni Stati a posizioni di potenza mondiale, come la Cina, lo scenario diventava sempre più affollato e complesso. Si andava così costituendo una struttura dei poteri mondiali di tipo eterarchico, invece che gerarchico, ossia fondata su connessioni di tipo orizzontale, come avviene con i trattati internazionali, invece che su criteri di autorità politica detenuta dagli Stati, come avveniva in precedenza. Non a caso, mercato e multilateralismo erano puntelli essenziali del nuovo tipo di ordine mondiale creato dalla globalizzazione. Il che significa che i vari poteri si trovavano spesso in una situazione di reciproca concorrenza, con esiti di instabilità che è facile vedere specie nella situazione attuale.

Oggi siamo in un contesto che non è più quello creato dalla globalizzazione, e che anzi si può definire post-globale: in esso, infatti, mentre permangono tratti significativi dell'ordine precedente, come l'impronta dell'economia finanziaria e la presenza di importanti poteri privati, gli Stati, e dunque la politica, dopo gli *shock* della crisi finanziaria, della pandemia, e soprattutto della guerra, tornano a farsi sentire<sup>10</sup> e a valorizzare le questioni di sicurezza nazionale<sup>11</sup>, ri-dando centralità alle scelte politiche, e ridimensionando o annullando il passo del multilateralismo, così come quello delle catene globali del valore. Atteggiamenti, questi, che hanno assunto tratti parossistici con la nuova presidenza americana. Ma il ruolo del diritto privato continua ad essere significativo.

### 3. Il contributo del diritto privato

Entriamo dunque meglio dentro questo ruolo svolto dal diritto privato nel tempo della globalizzazione, quando l'impronta pubblicistica dello Stato e della sua macchina politica, pur persistendo, si indebolisce significativamente. Al contrario, il ruolo del diritto privato si espande significativamente e in duplice senso. Si verificano infatti sia una crescita quantitativa del diritto privato e dei suoi strumenti, sia una crescente valorizzazione del suo ruolo e delle sue potenzialità. Entrambe queste dinamiche (quantitativa e qualitativa) sono avvenute nell'ambito di un trend culturale e politico che vedeva nel diritto privato e nei suoi strumenti una risorsa giuridica particolarmente preziosa, in quanto capace sia di espandere gli ambiti di libertà, sia di rispondere ai nuovi bisogni della vita economica, in un contesto di allargamento del mercato a dimensioni globali<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2017.

<sup>11</sup> ARESU, *Le potenze del capitalismo politico*, Milano, 2016.

<sup>12</sup> Rimando in proposito a FERRARESE, *Private lawmaking a livello globale tra potenzialità e problemi*, in *Rivista di diritto privato*, 2020.

D'altra parte, a partire specialmente dagli anni '80, dagli Stati Uniti e soprattutto dalla Scuola di Chicago, proveniva un martellante messaggio a favore di un nuovo ruolo da riservare al diritto privato anche per funzioni pubbliche, con l'invito all'adozione di misure alternative a quelle di marca pubblicistica tradizionalmente adottate in Europa. Più in generale, si affermava sempre più l'idea che esistessero alternative rispetto alla tradizionale impostazione giuridica confezionata dallo Stato moderno. Come osserva Sabino Cassese, era in opera “un nuovo paradigma caratterizzato da intercambiabilità dei ruoli, ridefinizione dei rapporti, commercio delle regole e dei principi ordinatori”<sup>13</sup>.

Il primo segnale del nuovo paradigma proviene dal mondo della giustizia, con l'entrata in campo del comparto della ADR (*Alternative Dispute Resolution*), ossia di un insieme di tecniche e procedimenti di risoluzione delle controversie diversi da quelli amministrati dagli organi pubblici come le corti e tribunali, e dunque extragiudiziari, laddove fossero in gioco diritti disponibili. Da questo troncone, di solito associato con liti e questioni di scarso rilievo economico, si diparte anche il settore degli arbitrati privati, che nel passato aveva svolto un ruolo del tutto secondario, ma che nel clima di espansione dei commerci e degli investimenti che segna la globalizzazione, diventerà un settore molto importante<sup>14</sup>. Specie nel campo degli investimenti esteri gli arbitrati si affermeranno come una forma di giustizia privata a senso unico, ossia fortemente sbilanciata a favore degli investitori<sup>15</sup>.

Nel proporsi come possibile forma “alternativa” di governo di varie dinamiche sociali ed economiche, il diritto privato si espandeva anche attraverso diffusi fenomeni di *private lawmaking*<sup>16</sup>: un fenomeno non del tutto nuovo nel contesto nord-americano, dove vari tipi di “legislatori privati” avevano già conosciuto una qualche forma di istituzionalizzazione. Si pensi all'*American Law Institute* (ALI) o alla *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL), che hanno svolto un significativo ruolo di tipo legislativo<sup>17</sup>, redigendo ad esempio l'*Uniform Commercial Code* (UCC), che è una *summa* di regole e principi in materia di diritto commerciale. Il ruolo guida svolto dagli Stati Uniti in questo campo è

<sup>13</sup> S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3/2001, 601 (603).

<sup>14</sup> Si veda, ad es. MILLS, *The Privatization of Private (and) International Law*, in *Current Legal Problems*, Vol. 76, Issue 1/2023, 75–128, reperibile on line, dove si mette in rilievo come le parti private degli accordi internazionali scelgano in maggioranza, invece che una delle sedi statali, un foro arbitrale per risolvere eventuali controversie.

<sup>15</sup> Sul tema rimando a FERRARESE, *Giustizia privata. Il caso degli arbitrati in materia di investimenti esteri*, in *Parole-chiave*, n. 1/2015 e Id., *Il puzzle della privatizzazione giuridica e l'economia politica. Il caso degli arbitrati in materia di investimenti esteri*, Napoli, 2017.

<sup>16</sup> FERRARESE, *Private lawmaking a livello globale tra potenzialità e problemi*, in *Rivista di diritto privato*, n. 1/2020.

<sup>17</sup> LAWRENCE, *Private Exercise of Governmental Power*, *Indiana Law Journal*, vol. 61 (1986) (dove si esamina la questione della privatizzazione dal punto di vista della dottrina costituzionale della nondelegation doctrine). Inoltre, SCHWARTZ & SCOTT, *The Political Economy of Private Legislatures*, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 143, (1995), 595-654.

dunque legato ad una lunga storia di “legislatori privati” che, soprattutto nei settori dell’economia e del commercio, hanno contribuito al riordino e all’uniformazione del materiale di *common law*, nonché al cosiddetto *restatement* di principi e criteri giuridici.

Vari fenomeni di “legislazione privata”, che nel passato interessavano la sfera nazionale, nella fase della globalizzazione si sono poi estesi in Europa e nel mondo intero. Va osservato che questo “diritto dei privati” si pone in maniera diversa rispetto al passato, perché non ha più un legame o un rapporto con gli Stati, non solo perché è posto in essere da soggetti che non hanno una qualificazione pubblica, e talora non rientrano neanche in imitazioni di quelli che Sacco ha chiamato i “formanti” del diritto (non sono legislatori, né giudici, né professori), ma anche per un’altra ragione: i vari soggetti, “esperti” e professionisti che collaborano alla redazione di vari rami della odierna giuridicità non si rapportano più a problemi nazionali, ma a temi e problemi del mondo globalizzato. Basterà pensare al fenomeno delle ONG, prosperate nel periodo della globalizzazione<sup>18</sup>, e diventate anch’esse talora co-autrici di regole globali. Ma ben più importanti sono i fenomeni di legislazione privata in ambito economico e finanziario.

In parallelo rispetto a questi fenomeni, sempre più, anche la tradizionale bipartizione del diritto in pubblico e privato, giudicata da Bobbio una dicotomia “insuperabile” ( ), si mostra invece fragile e superabile. In altri termini, svariate strade del diritto privato vengono proposte come possibili alternative al diritto pubblico anche per organizzare varie funzioni di potere. Il contributo del diritto privato è di duplice natura: sia come fornitore di un possibile modello di potere che si sposta dalle gerarchie verticali dell’architettura statale tradizionale, per andare verso una rimodulazione di tipo orizzontale delle varie relazioni giuridiche, capace di riecheggiare le dinamiche di mercato; B) sia come fornitore di specifiche categorie e strumentalità giuridiche concretamente usate per attuare quegli spostamenti. In altri termini, da una parte viene insistentemente suggerita l’assimilazione del funzionamento dello Stato a quello di un’azienda; dall’altra vengono fornite concrete modalità giuridiche per servire quella finalità.

Tutto ciò avviene anche grazie all’affermazione del cosiddetto neoliberalismo e della centralità che esso assegna al mercato. Com’è stato osservato, mentre nel passato i liberali “ritenevano che un mercato spontaneamente funzionante, o opportunamente corretto e guidato da un saggio intervento pubblico, fosse la base per assicurare lo svolgimento di corrette contrattazioni e la realizzazione di eque transazioni, i neoliberali rovesciano questo rapporto e sostengono invece che l’importante è facilitare la contrattazione e la realizzazione di ogni transazione che possa essere considerata singolarmente efficiente. L’idea è che da una somma di efficienze non possa che nascere un mercato pur esso necessariamente efficiente”<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Si veda, ad esempio, CHRISTENSEN, *International Nongovernmental Organizations: Globalization, Policy Learning, and the Nation-State*, *International Journal of Public Administration*, vol. 29 (2006), 281–303.

<sup>19</sup> Cfr. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, Introduzione a RISPOLI, FARINA, SCIARRONE, ALIBRANDI, TONELLI (a cura di), *Regole e mercato*, Tomo II, Torino 2018, XXVII.

Ancora più rilevante è il fatto che il neoliberismo induce a pensare che il criterio dell'efficienza debba funzionare non solo come motore dello sviluppo economico, ma anche come possibile modello ispiratore per il funzionamento dello Stato. Così, in parallelo rispetto all'accreditamento del principio di efficienza, si attua lo spostamento dalla prevalenza di categorie giuridiche verso una prevalenza di categorie economiche nella definizione delle modalità di essere del potere pubblico. Si va verso uno Stato in cui "il diritto non è più elemento organizzatore del sociale e della polis, ma diventa un prodotto la cui qualità non è più frutto di una decisione politica, trovandosi ormai sottoposta al verdetto del mercato"<sup>20</sup>. Si assiste così, anche, al delinarsi di un rapporto concorrenziale tra economia e diritto: se nel passato il rapporto tra queste due discipline era percepito prevalentemente in termini di diversità, come se si trattasse di due diversi regni dell'azione e della conoscenza, tendenti a fini diversi e caratterizzati da diverse epistemologie, dagli anni '70 in poi l'economia impone la sua presenza nel campo delle relazioni giuridiche, inducendo una significativa variazione nel mondo giuridico, che si atteggia sempre meno a regno del "dover essere", dove si impone una ratio normativa per creare ordine, prevedibilità e giustizia, rispondendo a criteri che possono essere morali, politici, sociali, ecc...

I soggetti pubblici, non diversamente da quelli privati, vengono considerati come soggetti "razionali", che adottano modalità economiche (da *homo oeconomicus*) nelle loro scelte e sono pertanto capaci di poter raggiungere maggiori margini di efficienza rispetto ai soggetti pubblici. In altri termini, "il criterio dell'efficienza si sostituisce alla politica"<sup>21</sup> e i processi di privatizzazione possono essere fornitori di vari ingranaggi sostitutivi del potere statale.

Nella misura in cui il principio di efficienza si afferma come canone centrale di varie dinamiche giuridiche, oltre ad accentuarsi una decostruzione della distinzione pubblico/privato, che era già in atto, si verificano anche altri significativi cambiamenti, che denotano il clima liberista dell'epoca. Si verifica infatti anche un processo di tendenziale purificazione degli istituti di diritto privato da infiltrazioni di carattere sociale che erano state attuate dal cosiddetto *welfare state*. Se nel diritto interno agli Stati, istituti come la proprietà e il contratto erano stati rimodulati e ridefiniti in ragione di principi e ragioni di carattere sociale o solidaristico, nel corso del processo di globalizzazione, si rafforza la valenza funzionalistica quasi esclusivamente in senso economico di questi istituti: essi vengono via via depurati a livello globale da quelle infiltrazioni "spurie" e restituiti a una purezza priva di ingombri sociali e di carichi di tipo politico.

Insomma si può dire che alcuni istituti del diritto privato sono stati veri protagonisti nel dibattito giuridico sulla globalizzazione (cosiddetto *globalization discourse*), e hanno contribuito in vari modi al ri-disegno dello Stato e alle dinamiche della globalizzazione, prospettando una diversa architettura del potere rispetto a quella concepita sulla base

<sup>20</sup> GARAPON, *Il neoliberalismo e la giustizia*, Milano, 2012, 138.

<sup>21</sup> *Ibidem*. Sul tema rimando altresì a FERRARESE, *Normatività in competizione. Economia e tecnologie digitali erodono lo spazio del diritto?*, in *Politica del diritto*, 2024.

degli Stati e del diritto pubblico. Eppure su questo tema la letteratura è tutt'altro che abbondante. Va dato merito a Daniela Caruso, una studiosa italiana che insegna alla Boston University, di aver pubblicato nel 2007 un denso articolo<sup>22</sup>, in cui mette in evidenza il ruolo svolto dal diritto privato nel dar luogo addirittura a nuove forme di "sovranità" del mondo globalizzato, inclusa l'U.E. Caruso, dopo aver denunciato l'insufficienza di analisi sulle connessioni tra il vecchio diritto privato e le nuove forme di sovranità post-nazionale, non manca tuttavia di osservare che il fenomeno non è inedito e ricorda in proposito dei precedenti storici illustri. Il caso più significativo è quello del *Code civil* francese e del ruolo che esso svolse nell'agenda politica di Napoleone. D'altra parte, Caruso osserva che "la mancanza di trasparenza di questi processi di *State-making* attraverso istituti di diritto privato contribuisce di fatto a creare una opacità politica"<sup>23</sup>, che certo non giova alla democrazia.

#### 4. Il ruolo del diritto contrattuale

Tra i contributi che il diritto privato ha dato alla creazione di nuove forme di potere di pubblica rilevanza, spicca specialmente quello del diritto contrattuale. Il contratto, si sa, è un "sempreverde" dello scenario giuridico, almeno a partire da quella evoluzione che sir Herbert Maine rese celebre con la formula "from status to contract"<sup>24</sup>: un passaggio essenziale per inaugurare la modernità giuridica e per permettere che le potenzialità degli individui, consegnati a nuove forme di libertà, trovassero più piena espressione. La lunga vita del contratto è stata segnata da varie vicende e stagioni, sia nel nostro paese<sup>25</sup>, sia altrove. Ma senza dubbio, il ruolo svolto dal contratto nella stagione della globalizzazione è stato di crescente ed estrema importanza, grazie all'inventiva di giuristi privati che hanno saputo dargli nuove forme di vita.

Per cogliere l'importanza che il contratto ha avuto nelle dinamiche della globalizzazione non si può non partire dal rilevante contributo che esso ha fornito nel modificare il carattere stesso dell'ordinamento internazionale. Questo, fino agli anni '80, era basato essenzialmente sugli Stati e aveva dunque un carattere prevalentemente gerarchico. Da allora in poi, dietro l'input del cosiddetto "Washington consensus", assunse invece una postura prevalentemente eterarchica, ossia basata sulle interconnessioni tra stati, soggetti e regioni diverse, dunque di tipo orizzontale.

Non è difficile vedere come questo tentativo di creare un ordinamento internazionale diverso, basato su intese e interconnessioni trovasse un corrispettivo nella rete, nel mercato, e nel multilateralismo: tre aspetti che caratterizzano significativamente la stagione della globalizzazione e il suo intento di creare connessioni e ponti tra regioni, stati,

---

<sup>22</sup> CARUSO, *Private law and state-making in the age of globalization*, in *International Law and Politics*, vol. 39, jan. 2007.

<sup>23</sup> *Ivi*, 8.

<sup>24</sup> MAINE, *Diritto antico*, Milano, 1998.

<sup>25</sup> Si veda ad es. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012.

soggetti e entità diverse. Oggi, in un mondo animato da contrapposizioni e conflitti più o meno armati, emerge con particolare evidenza questo aspetto positivo della globalizzazione, ormai in grave crisi, e proprio mentre gli aspetti negativi legati alla finanziarizzazione e le sue “promesse mancate”, soprattutto in termini di disuguaglianze, permangono tutti e anzi si aggravano<sup>26</sup>.

Il crescente ruolo svolto dal contratto in varie direzioni e le diverse valenze da esso assunte nella stagione della globalizzazione mostrano la sua capacità di rinnovarsi e di espandersi in forme nuove. I vari cambiamenti che hanno attraversato il contratto lo hanno dunque proiettato verso nuove funzioni sempre più impegnative, spesso di tipo concorrenziale rispetto alla legislazione, e molto più estese e complesse rispetto a quelle che coinvolgono due o più parti in uno scambio contrattuale.

D'altra parte, parlando del diritto contrattuale, emerge un doppio piano: sia delle fonti del contratto, sia del contratto come fonte. Il contratto insomma cessa di essere solo un istituto regolato dagli Stati e diventa invece a sua volta anche autore di regole. Da questa seconda prospettiva, come osserva Roppo, si può cogliere il contratto in termini di “norma”, poiché, “sul piano empirico, la concezione che vuole il contratto partecipe della natura di fonte del diritto trova sostegno in fenomeni del nostro tempo, che esaltano il valore generale, o comunque superindividuale, della regola contrattuale”<sup>27</sup>. Avevamo imparato a conoscere il ruolo normativo svolto dal contratto soprattutto attraverso i cosiddetti contratti *standard*, ma oggi esso si impone anche e soprattutto attraverso il “fenomeno, sempre più esteso, dell'autoregolamentazione di categoria”, laddove “le associazioni rappresentative delle categorie di operatori professionali elaborano regole per disciplinare i comportamenti degli associati nell'esercizio dell'attività di riferimento e nei corrispondenti rapporti esterni”<sup>28</sup>. Questa funzione normativa del contratto ha trovato esaltazione specialmente in diffusi fenomeni di autoregolamentazione professionale di livello globale, che hanno un enorme rilievo nell'attuale capitalismo talora definito “informational”, che è cioè alimentato da forme di ricerca e di conoscenza, specie in campo tecnologico, sempre più sofisticate e innovative.

Il che implica una proliferazione di nuove tipologie di “esperti”, professionisti e tecnici, variamente organizzati, che sono in grado di esprimere autonomamente le proprie regole. Il criterio dell'autoregolamentazione, d'altra parte, implica un dare le regole non solo ai vari tecnici, esperti e professionisti chiamati a implementarle, ma anche allo stesso settore di riferimento, con la possibilità di esercitare opzioni importanti e politicamente significative<sup>29</sup>. Si crea insomma uno strato di azioni e di decisioni di soggetti spesso poco noti, o addirittura invisibili, che si pongono in posizione di relativa auto-

<sup>26</sup> Si veda FERRARESE, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, 2017.

<sup>27</sup> ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005, 3-5.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> Rimando in proposito a FERRARESE, *La sovranità è un bene contendibile? Sfide e potenzialità dei poteri privati globali*, in *Costituzionalismo.it*.

mia rispetto agli stati, pur detenendo il potere di strutturare il campo di azione di molti giochi, soprattutto in materia economica e finanziaria<sup>30</sup>.

D'altra parte, l'espansione del diritto contrattuale è legata sia a fattori di natura quantitativa, sia a fattori di natura qualitativa, ossia da una parte all'enorme espansione degli utilizzi ipotizzabili dell'istituto contrattuale, dall'altra anche alla enorme elasticità dell'istituto contrattuale, ossia alla sua capacità di diversificarsi e di adattarsi per rispondere a diverse contingenze ed esigenze. Basterà pensare come l'utilizzo dello strumento contrattuale si sia esteso in ambiti così disparati quali la *lex mercatoria*, il diritto internazionale, il pubblico impiego, l'azione della Pubblica Amministrazione, o, ancor più, per assolvere a finalità di governo pubblico, che una volta erano affidate alla legislazione<sup>31</sup>, sia all'interno degli Stati, sia a livello globale.

Con la globalizzazione, e il suo intento di creare connessioni e scambi tra soggetti diversi, il superamento di una funzione di mero scambio interindividuale, o tra imprese, e lo scivolamento del diritto contrattuale verso un utilizzo sempre più esteso per finalità di governo, è emerso con particolare evidenza nel settore del commercio internazionale. La creazione di numerosi cosiddetti "contratti in ing"<sup>32</sup>, ossia di formule contrattuali come *leasing*, *factoring*, *franchising* etc. da parte di importanti *law firms* americane, ha d'altra parte dato evidenza non solo a una enorme creatività giuridica di origine privata, ma anche alla fioritura di innumerevoli contratti "atipici", che esorbitano le forme validate negli Stati. Emerge così una sorta di irrequietezza del formante contrattuale, ossia la sua capacità di rigenerarsi in forme nuove, che rispondono a nuove esigenze del commercio globalizzato e ai dettami di un capitalismo in continua mutazione.

## 5. Sulla *governance* contrattuale

Data l'importanza assunta dal contratto non solo come mezzo di accordo e di scambio, ma anche come strumento di governo di varie dinamiche, sia nazionali, sia internazionali, sia globali, si può capire perché a un certo punto si sia cominciato a parlare di "*governance* contrattuale"<sup>33</sup>: una espressione che evidenzia l'importanza del ruolo pubblico a cui l'istituto contrattuale è stato elevato nell'odierno sistema istituzionale.

L'espressione richiede di dar conto innanzitutto del termine *governance*: un termine che, nonostante sia entrato ormai a pieno titolo non solo nel linguaggio comune, ma

<sup>30</sup> Rimando in proposito a FERRARESE, *Poteri nuovi*, cit., 36 ss.

<sup>31</sup> Sul punto va segnalato un intero capitolo del volume di GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005 (93-114) dedicato al tema "Il contratto al posto della legge".

<sup>32</sup> MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova, 2003, 162 ss.

<sup>33</sup> ZUMBANSEN, *The Law of Society: Governance Through Contract*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 14: Iss. 2 (2007). Available at: <https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol14/iss2/2>.



anche in quello giuridico e politico<sup>34</sup>, è sempre segnato da contorni poco chiari e scarsamente definiti<sup>35</sup>. Ma proprio questo apparente difetto è in realtà il pregio che ha permesso una enorme varietà ed elasticità delle modalità della *governance*, in modo da poterle adeguare meglio a specifiche esigenze e circostanze.

L'espressione "governance contrattuale" indica comunque un approdo nell'area di quelle "alternative" istituzionali rispetto alle tecniche di governo legate allo Stato e contemplate dallo Stato, di cui si è già detto. La *governance by contract* si presenta come un'alternativa istituzionale penetrata da una *ratio* economica e funzionale, ma non manca di una sua efficace narrativa: essa presenta infatti il potere pubblico in forme rinnovate, che lo fanno apparire più dialogante, morbido e accogliente, meno assertivo e normativo, e soprattutto più disponibile a negoziare con soggetti privati e a cedere nuovi spazi ai poteri economici, finanziari e tecnologici. In tal senso, la *governance* può essere pensata anche "come espressione storica dei rapporti di forza del capitalismo neolibertista finanziarizzato"<sup>36</sup>.

Nel clima del neoliberismo l'anima contrattualista della *governance* emerse subito in vari settori. Basterà pensare da una parte alla teorizzazione dell'impresa come un mero "nexus of contracts", dall'altra alla teoria del *New Public Management*<sup>37</sup>. Nel primo caso, si trattava di sostituire la tradizionale teoria giuridica dell'impresa come persona giuridica con un'idea scarnificata e meramente funzionale di una sommatoria di contratti tra varie parti: azionisti, *managers*, impiegati, lavoratori, fornitori, clienti, ecc. Lo scopo era quello di ridurre al minimo, se non annullare, la responsabilità sociale dell'impresa, specie verso lavoratori e *stakeholders*. Nel secondo caso, la teoria del *New Public Management* tendeva ad assimilare la macchina dello Stato e specie il pubblico impiego alle regole e alla mentalità di una impresa, e ovviamente ai criteri di efficienza e di razionalità privatistica che la caratterizzano.

Più in generale, il ruolo di *governance* assunto dal contratto esprime una risposta di tipo funzionale ai bisogni che emergevano nel nuovo assetto globalizzato, e ai quali il sistema istituzionale costruito intorno agli stati non era in grado di rispondere. Attraverso la *governance* contrattuale, emergeva un mutato assetto di potere tra stati ed economia, che trovava espressione in crescenti livelli di autoregolazione da parte di vari gruppi e organizzazioni di potere, specie di natura economica, finanziaria e tecnologica, che non si riconoscevano più in base a criteri di appartenenza territoriale, perché si ritenevano globali.

<sup>34</sup> Rimando in proposito a FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2012.

<sup>35</sup> Tra i tanti contributi, si può vedere il numero 2/2016 di *Parole-chiave*, interamente dedicato al tema, con un mio articolo iniziale.

<sup>36</sup> COMMISSO, *La governanza è il caos*, in *Limes*, n. 1/2025, 82.

<sup>37</sup> EASTERBROOK, FISCHEL, *L'economia delle società per azioni. Un'analisi strutturale*, Milano, 1996, è il testo di riferimento per la "teoria contrattuale dell'impresa". Per quanto attiene al N.P.M., approccio che mira ad applicare al settore pubblico regole e criteri delle imprese, la letteratura è immensa. Si veda, tra l'altro, per uno sguardo critico, DI MASCIÒ, NICOLINI, *Oltre il New Public Management*, Roma, 2018.

In tale mutato contesto storico, in cui vari soggetti privati hanno assunto il potere di governare in proprio alcuni settori, che spesso non sono residuali, e sono anzi decisivi per l'economia, la *governance by contract* è un vasto terreno di incontro tra soggetti pubblici e privati per creare regole, per trasmettere responsabilità di tipo pubblico, o per dare risposta a vari bisogni, interessi ed esigenze di tipo nuovo.

Oggi una buona parte della produzione di norme di diritto pubblico, sia in ambito nazionale che in ambito internazionale e transnazionale, avviene per via contrattuale<sup>38</sup>. Si è assistito insomma ad uno scivolamento progressivo in quel mondo di “*governance senza government*”, preconizzato nel 1992 da Roseneau e Czempiel<sup>39</sup> in un contributo non a caso sotto le insegne del diritto internazionale: un'area in cui gli Stati stentano a riconoscere poteri in posizione di superiorità, mentre trovano più accettabili forme di collegamento con altri Stati attraverso le modalità orizzontali della *governance*.

L'uso sempre più diffuso di formule contrattuali da parte di soggetti pubblici per assolvere varie funzioni, assume particolare vistosità nel caso delle cosiddette “società di consulenza” i cui nomi (Accenture, McKinsey & Company, Deloitte, ecc.) ricorrono spesso nella comunicazione pubblica: vere e proprie grandi imprese globali che producono e vendono sul mercato varie forme di conoscenza e di *know how* nei più svariati settori (economico-finanziario, legale, informatico, medico, ambientale, ecc.<sup>40</sup>. Ad attingere a tali risorse non sono solo soggetti privati, ma anche Stati e enti pubblici nazionali e internazionali, e persino soggetti sovranazionali come l'Unione europea<sup>41</sup>. Questa tendenza ha conosciuto un ritmo crescente negli ultimi decenni, senza suscitare gran clamore. Talora tuttavia la richiesta di consulenza da parte di Stati o altri soggetti pubblici, oltre a varie altre controindicazioni, come quella di ridurre gli Stati a una condizione infantile, ossia di dipendenza da altri soggetti, sfiora il rischio di configurare una vera e propria surroga alle funzioni tipiche dello Stato, come quelle legislative, per le quali gli Stati esistono. Una cesura significativa per la cultura della sovranità.

<sup>38</sup> Per quanto attiene al diritto nazionale, si vedano ad es. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002, 20 ss. e 74 ss., e L. BOBBIO, *Produzione di politiche a mezzo di contratti nella Pubblica Amministrazione italiana*, in *Stato e mercato*, n. 58 (2000). Per quanto attiene al diritto internazionale, PIETROBON, *Il sinallagma negli accordi internazionali*, Padova, 1999. Con riferimento al diritto transnazionale, si veda CUTLER, DIETZ (eds.), *The Politics of Private Transnational Governance by Contract*, London, 2017.

<sup>39</sup> ROSENEAU, CZEMPIEL, *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge (MA), 1992.

<sup>40</sup> MAZZUCATO, COLLINGTON, *Il grande imbroglio. Come le società di consulenza indeboliscono le imprese, infantilizzano i governi e distorcono l'economia*, Roma-Bari, 2023.

<sup>41</sup> FERRARESE, *Gli Stati tra pubblico e privato. Il ruolo delle società di consulenza*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1/2024.



## Il potere, tra pubblico e privato\*



Marco Ruotolo

Prof. ord. dell'Università di Roma Tre

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. La metamorfosi del potere. – 3. L'allontanamento dai dogmi della democrazia costituzionale. – 4. Le “nuove” forme di produzione del diritto e la perdurante esigenza di limitare il potere. – 5. Dalla diffusione orizzontale dei poteri (nella prospettiva globale) alla verticalizzazione del potere (nella prospettiva nazionale). – 6. Lo “sgretolamento” dei limiti e la crisi della democrazia. – 7. La necessità del dialogo tra civilisti e costituzionalisti.

### 1. Premessa

Le dialettiche pubblico/privato, autorità/eguaglianza, eteronomia/autonomia hanno subito significativi mutamenti con l'evoluzione storica, sociale e tecnologica, lasciando gradualmente emergere la tensione tra liberalismo e democrazia. Sono passaggi noti, così come è risalente, almeno dal finire dell'Ottocento, l'acquisizione della consapevolezza circa la labilità della dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato<sup>1</sup>. Non su questo soffermerò l'attenzione, lasciando solo sullo sfondo la questione, destinata a riemergere alla fine, degli obiettivi da perseguire nella limitazione dei c.d. poteri privati, originariamente delineati in chiave teorica per la realizzazione della libertà di concorrenza, di un

---

\* Il presente contributo, predisposto per la partecipazione al Convegno annuale dell'Associazione Civilisti Italiani, intitolato Costituzione e diritto privato. Dialoghi, svoltosi a Firenze nei giorni 13 e 14 dicembre 2024, è stato anticipato nella rivista *Costituzionalismo.it*, fasc. 3/2024, 46 ss.

<sup>1</sup> Da ultimo efficacemente descritta da RESTA, *Poteri privati e regolazione*, in *Enc. dir., I tematici, V, Potere e Costituzione*, diretto da CARTABIA - RUOTOLO, 2023, 1008 ss., specie 1014.

ordine economico non affidato all'arbitrio dei privati<sup>2</sup>, in una dimensione che vede lo Stato (o il potere pubblico) non più "interventista", ma "regolatore"<sup>3</sup>.

È una dimensione che ha subito ulteriori trasformazioni con l'evoluzione del processo di integrazione europea, con la globalizzazione dell'economia e poi con l'avvento della c.d. società digitale, che ha visto la progressiva affermazione di quello che è stato definito come potere tecnologico; un potere, si è detto, «granulare e fundamentalmente acefalo, opaco e spesso in-intelligibile, che opera in maniera persuasiva piuttosto che coercitiva, che si esprime nella dimensione del fatto piuttosto che in quella del diritto, che non abbisogna di autorità formale, ha carattere reticolare piuttosto che verticale ed è dislocato in spazi che non coincidono con i luoghi fisici dello Stato nazione»<sup>4</sup>.

## 2. La metamorfosi del potere

Gli elementi qualificanti di quella che è stata definita come una vera e propria metamorfosi del potere sono stati magistralmente illustrati da Maria Rosaria Ferrarese nel suo libro *Poteri nuovi*. Ci ha parlato del "trasloco" del potere «verso nuove residenze sia in sedi internazionali, sia specialmente in sedi private», con la dismissione dei «consueti abiti istituzionali sotto l'egida del diritto pubblico», e della sua trasformazione, del cambiamento del suo modo di essere, trainato soprattutto dagli «spiriti animali» del capitalismo<sup>5</sup>. Un peso rilevante in questi processi hanno avuto le evoluzioni delle tecnologie (specie informatiche), che sembrano ormai sfuggire alla regolazione della politica, guidate piuttosto dai poteri privati e in particolare dalle grandi imprese del *web*, le quali hanno addirittura posto le premesse per una sorta di privatizzazione della giustizia nel contesto del c.d. mondo digitale, introducendo apposite Commissioni di sorveglianza per garantire la tutela dei diritti negli spazi in cui operano gli "utenti".

Il potere è sempre più "mobile", non residenziale, oltrepassa i confini dei territori nazionali ed è capace di autorappresentarsi, di esprimersi in forma *soft*, nella veste ambigua della *governance* – termine, non a caso, di derivazione aziendalista, che allude a una maggiore partecipazione nell'assunzione di decisioni prese in realtà «lontano dal-

<sup>2</sup> BÖHM, *Das Problem der privaten Macht* (1927-1928), in Id., *Reden und Schriften. Über die Ordnung einer freien Gesellschaft, einer freien Wirtschaft und über die Wiedergutmachung*, Karlsruhe, 1960, 31 (il pensiero di Böhm, al quale nel testo si è fatto solo cenno, è ampiamente richiamato da Resta nella sua citata voce enciclopedica).

<sup>3</sup> Si vedano, tra i molti contributi in argomento: LA SPINA – MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in MAUGERI – ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, 9 ss.; RIVIEZZO, *Il doppio Stato regolatore*, Napoli, 2013; SIRENA – ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018.

<sup>4</sup> Di nuovo RESTA, *op. cit.*, 1028.

<sup>5</sup> FERRARESE, *Poteri nuovi*, Bologna, 2022, 9.

le sedi democratiche, ai margini del sistema rappresentativo»<sup>6</sup> –, che vale a segnare (e a legittimare) il coinvolgimento dei privati nei processi regolativi su questioni di pubblica rilevanza.

In un processo di progressiva delegittimazione della democrazia rappresentativa, la *governance* diviene l'etichetta buona per giustificare la spoliazione istituzionale del potere, per favorire il trionfo della “nuova *lex mercatoria*”, intesa, secondo la nota definizione di Galgano, come «diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati»<sup>7</sup>, in una dimensione transnazionale che si rivela essenziale non più soltanto e tanto per le esigenze del commercio quanto per quelle della finanza<sup>8</sup>.

Trionfano gli anglicismi – per tutti l'*accountability*, forse traducibile come “rendicontabilità” – che tendono a offrire una sintetica giustificazione del fenomeno, alludendo a una apertura e a una trasparenza dei processi decisionali che è solo parziale, se non apparente, perché nel «doppio fondo» della valigia della *governance* ci sono poteri privati spesso incontrollati e opachi<sup>9</sup>.

Le stesse organizzazioni internazionali hanno gradualmente acquisito indipendenza dagli Stati entro una cornice di de-politicizzazione e de-istituzionalizzazione dell'economia<sup>10</sup>, che ha provocato, come noto, le reazioni anti-storiche di coloro che ritengono possibile un ritorno al passato, predicato nella forma di un sovranismo rivolto non alla ricerca di strumenti di governo dei processi di internazionalizzazione, ma alla esclusiva, strenua, difesa della propria identità, sfociante spesso in rinnegazione del multiculturalismo se non proprio in manifestazioni di razzismo.

### 3. L'allontanamento dai dogmi della democrazia costituzionale

Ho messo insieme, sinteticamente e per lo più richiamando riflessioni di Ferrarese, fenomeni che presentano elementi di diversità: il maggior peso delle organizzazioni internazionali che tendono ad acquisire indipendenza rispetto agli Stati e la sempre maggiore rilevanza del diritto dei privati. Fenomeni diversi sì, ma con una matrice comune,

<sup>6</sup> BIN, *Contro la governance: la partecipazione fra fatto e diritto*, in ARENA – CORTESE (a cura di), *Il federalismo come metodo di governo. Le regole della democrazia deliberativa*, Padova, 2011, 3 ss.

<sup>7</sup> GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 2010, 248.

<sup>8</sup> Così, di nuovo, FERRARESE, *op. cit.*, in particolare 27 ss. Si veda anche la recente analisi di VOLPI, *I padroni del mondo*, Roma-Bari, 2024, ove si esamina il processo di scalata al potere dei fondi speculativi, i quali hanno cavalcato le crisi degli inizi del nuovo millennio, beneficiando dell'operato delle banche centrali e dei governi, in una dimensione, ormai, di smantellamento dello Stato sociale e di privatizzazione della società.

<sup>9</sup> FERRARESE, *op. cit.*, 82.

<sup>10</sup> FERRARESE, *op. cit.*, 56.

che si rinviene nell'allontanamento dai dogmi della democrazia rappresentativa o, più precisamente, della democrazia costituzionale<sup>11</sup>.

Fuori dal gioco propriamente democratico, i privati acquisiscono maggiore spazio nei processi di decisione politica, come testimoniato dalle sempre più diffuse pratiche di co-decisione e di co-regolazione. In sé, la partecipazione dei privati non sarebbe da riguardare come elemento negativo, in una prospettiva di responsabilizzazione resa necessaria, peraltro, dalla inidoneità della decisione pubblica ad imporsi in spazi che vanno non soltanto al di là dei confini nazionali ma anche di quelli di entità sovranazionali quali l'UE.

Eteronomia e autonomia si combinano in un processo osmotico che tende però a dare sempre più spazio alla seconda, rendendo difficile persino la configurazione dei confini ad opera della prima. Pensiamo alle questioni che interessano le piattaforme tecnologiche e la regolazione dello spazio digitale, oggetto di specifiche pratiche di co-regolazione nella dimensione euro-unitaria, ma anche ai temi climatici e ambientali, con il rilievo assunto dalle normative ESG (*Environmental, Social and Governance*) e dai relativi sviluppi per la regolamentazione delle azioni rivolte a valutare sostenibilità e impatto etico delle attività imprenditoriali; o, ancora, e più in generale, al rilievo assunto, in Italia anche per specifica scelta normativa (d.lgs. n. 231 del 2001), dalle pratiche rivolte a proteggere le imprese dai rischi di natura legale e reputazionale, attraverso l'adozione di codici di condotta che si inseriscono nel quadro della c.d. *compliance* aziendale<sup>12</sup>; senza dimenticare la costante rilevanza dei contratti collettivi, delle norme tecniche, dei rating finanziari, ecc.

Sono tutte forme di produzione autonoma del diritto che finiscono per acquisire una valenza normativa in ragione della loro effettività, assumendo anche rilievo nella soluzione giurisdizionale delle controversie.

---

<sup>11</sup> Di una democrazia che pone al centro la politica – e dunque il voto come fonte di legittimazione – ma che impone, al tempo stesso, limiti alle decisioni della maggioranza nell'interesse di tutti, riconoscendo un ruolo rilevante alle istituzioni di garanzia. Sinteticamente ed efficacemente, SILVESTRI, *L'abuso nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, fasc. 2/2016, 6, ha scritto di due equilibri – diversi ma collegati – che devono essere preservati: quello sotteso al principio della separazione dei poteri e quello tra sfera della politica e sfera delle garanzie. «Solo il mantenimento dei due equilibri [...] consente una efficace ed effettiva tutela dei diritti fondamentali dei cittadini, fine ultimo del costituzionalismo contemporaneo».

<sup>12</sup> Su tali questioni si veda il recente volume di CERIONI, *La creazione "ibrida" del diritto. Contributo allo studio delle "norme polinome"*, Napoli, 2024.

## 4. Le “nuove” forme di produzione del diritto e la perdurante esigenza di limitare il potere

Si tratta di fenomeni la cui analisi rimanda alle riflessioni classiche della teoria generale, peraltro specificamente declinate, nel solco di Santi Romano<sup>13</sup>, nel noto e risalente lavoro di Cesarini Sforza intitolato *Il diritto dei privati*<sup>14</sup>. Il diritto è composto anche da rapporti giuridici disciplinati da organizzazioni spontanee, dalle norme da queste ultime poste per il raggiungimento di scopi autodeterminati. Già allora, ormai un secolo fa, era possibile affermare, in nome della teoria della pluralità degli ordinamenti, che lo Stato non “esaurisce” il diritto, potendo la produzione normativa riconducibile all’autonomia privata creare effetti giuridicamente vincolanti anche *ultra partes*, come si argomentava rispetto ai contratti collettivi di lavoro di diritto pubblico.

Rispetto a quella riflessione è possibile oggi registrare cambiamenti qualitativi e quantitativi di un certo rilievo. Sempre maggiori sono gli spazi che sfuggono alla pretesa regolativa degli Stati, sempre di più sono gli “ordinamenti” che si pongono in concorrenza con gli Stati, in alcuni casi conquistando addirittura spazi di competenza riservata, in quella dimensione di de-territorializzazione e di de-istituzionalizzazione che ho richiamato all’inizio. Un dato sistema di norme – scriveva già Cesarini Sforza – vale, in quanto prevale sugli altri.

In tale contesto, riaffiorano le ambizioni di uno *ius commune* cosmopolitico, alla cui formazione contribuisce la spontanea opera di soggetti privati, nella prospettiva di un «medioevo prossimo futuro», secondo l’immagine di Paolo Grossi<sup>15</sup>, fondato più sul principio di effettività che su quello di validità, più sul principio della competenza che su quello di gerarchia.

Siamo lontani dal profilarsi di un unico ordinamento giuridico globale, piuttosto osservando la continua formazione di costellazioni di ordinamenti che si affiancano a quelli statuali, ponendosi talora in concorrenza con gli stessi.

In conseguenza dell’osservazione della realtà si è persino arrivati a diversamente aggettivare il costituzionalismo, definito ora “societario” ora “digitale”, con formule tutt’altro che neutre, le quali finiscono non solo per legittimare vari processi autoregolativi, ma anche per elevarne gli esiti al rango di vere e proprie “costituzioni” (definite “societarie”)<sup>16</sup>. Il costituzionalismo, così aggettivato, perde la sua connotazione storica,

<sup>13</sup> Il riferimento è, in particolare, alla nota opera romaniana *L’ordinamento giuridico*, Pisa, 1918.

<sup>14</sup> CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1929 (riedito a cura di Spanò, Macerata, 2018).

<sup>15</sup> GROSSI, *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?*, in *Studi Medievali*, fasc. III/2003, 1117 ss.

<sup>16</sup> Si tratta di teorizzazioni, di recente proposte anche in Italia, che, in forme diverse, si rifanno, in particolare, alle ricostruzioni di SCIULLI, *Theory of societal constitutionalism. Foundations of a non-Marxist critical theory*, Cambridge, 1992, e di TEUBNER, *La cultura del diritto nell’epoca delle globalizzazioni. L’emergere delle costituzioni civili* (1997-2003), Roma, 2005, nonché ID., *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano, 2012. Secondo quest’ultimo

rinunciando alla pretesa di limitare proprio i poteri che si affermano spontaneamente nella società globale<sup>17</sup>, i quali, sempre più spesso, si trovano ad esercitare, insieme, il ruolo di legislatori, esecutivi e giudici del cyberspazio<sup>18</sup>.

Diversa è, evidentemente, la posizione di chi, pur consapevole delle difficoltà derivanti da una realtà profondamente mutata, non ha rinunciato, anche di recente, a tentare di riaffermare limiti al potere in una dimensione globale.

Le strade ritenute praticabili sono state, essenzialmente, due: quella, assai ambiziosa, proposta da Luigi Ferrajoli, di una Costituzione della Terra, che istituisca un demanio planetario a tutela dei beni vitali della natura, metta al bando le armi, introduca un fisco globale e idonee istituzioni mondiali di garanzia in difesa delle libertà fondamentali e in attuazione dei diritti sociali di tutti<sup>19</sup>; quella, indicata da Gaetano Silvestri, della «integrazione sostanziale», che porti a un avanzamento costante sul piano globale del nucleo essenziale del costituzionalismo, facendo leva, con il contributo, a diversi livelli, anche degli organi giurisdizionali, sulla «forza generativa dei principi» e abbandonando «il fondamento dell'autorità del potere, per volgersi verso il fondamento di valore»<sup>20</sup>, nella

---

Autore, le c.d. costituzioni societarie sono riguardate come esito di un processo autoregolativo, «sottosistemi autonomi della società-mondo», individuati nell'economia globale, nella scienza, nella tecnologia e in tutti gli ambiti della società (*op. ult. cit.*, 7).

<sup>17</sup> La riflessione sul costituzionalismo c.d. societario meriterebbe, senz'altro, un approfondimento che qui non è possibile compiere. Mi limito pertanto a rinviare alle diffuse considerazioni critiche di RIMOLI, *Costituzionalismo societario e integrazione politica. Prime riflessioni sulle teorie funzionalistiche di Teubner e Sciulli*, in *Diritto pubblico*, fasc. 2/2012, 357 ss., e di AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, specie 45, ove si legge che la prospettiva delle «costituzioni civili» segnerebbe «la definitiva vittoria dei soggetti economici attualmente dominanti», sottomettendo a essi «l'intero diritto costituzionale e la pretesa della sua superiore legalità». Sarebbe una «resa incondizionata», un «esito letale»: «al costituzionalismo non rimarrebbe che prendere atto dell'esistente, rinunciando a far valere ogni capacità di limitazione dei poteri che si affermano spontaneamente nella società globale».

<sup>18</sup> Negli sviluppi delle ricostruzioni sul c.d. costituzionalismo societario si è arrivati a esaltare il ruolo degli utenti del «mondo digitale», definiti «opinione pubblica di settore», i quali, pur essendo privi di poteri decisionali, eserciterebbero un'incisiva funzione di controllo sull'«ambito organizzativo decisionale», essendo capaci di «introiettare in un determinato sistema impulsi e pressioni provenienti dall'esterno (opportunosamente ri-costruiti)»: così, ad esempio, GOLIA, *Costituzionalismo sociale (teoria del)*, in *Dig. Disc. Pubbl., Agg.*, VII, Torino, 2017, 217 s. Si è finito così, probabilmente, per fornire ulteriori elementi (della cui fondatezza si potrebbe peraltro dubitare, con riguardo alla specifica posizione degli utenti del «mondo digitale») di legittimazione dell'esistente, contribuendo a «elevare i baroni digitali al rango di soggetti costituzionali», di veri sovrani chiamati a esercitare «il ruolo di legislatori, esecutivi e giudici del cyberspazio, senza alcuna separazione dei poteri» (BETZU, *I baroni del digitale*, Napoli, 2022, 80 e 81).

<sup>19</sup> FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Milano, 2022.

<sup>20</sup> SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-Nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. 4/2013, specie 917 ss. Una ricca analisi sulle dinamiche e sulle problematiche del potere globale è stata di recente offerta da SPADARO, *Potere globale*, in CARTABIA – RUOTOLO (diretto da), *Potere e Costituzione*, cit., 724 ss.



direzione, dunque, di una sovranità fondata su valori affermati come egemoni in spazi sempre più ampi.

## 5. Dalla diffusione orizzontale dei poteri (nella prospettiva globale) alla verticalizzazione del potere (nella prospettiva nazionale)

È difficile pensare, nell'attuale situazione, che queste strade, specialmente la prima, possano essere almeno a breve perseguite.

Gli Stati sembrano infatti sempre più proiettati in una dimensione egoistica, interessati alle dinamiche della gestione interna del potere e incapaci di guardare a quella dimensione globale che rischia di confinarli in una posizione di definitiva subalternità.

Alla diffusione orizzontale e sussidiaria dei poteri (forse è meglio declinare il termine al plurale), che si profila a livello globale, si contrappone, a livello locale, la rivendicazione di una verticalizzazione del potere, esemplificata, in Italia, dal tentativo di rafforzamento del ruolo del Presidente del Consiglio dei ministri attraverso la sua elezione diretta. E non è un caso che uno dei motivi addotti per giustificare la proposta di revisione della Costituzione sia quello di dotare il Presidente di una maggiore forza, in virtù della legittimazione popolare diretta, nei consessi internazionali<sup>21</sup>.

Che la democrazia rappresentativa possa giovare di una tale riforma è difficile da sostenere. Piuttosto, sembra sin troppo facile notare che l'iper-legittimazione del Capo potrebbe determinare un'ulteriore erosione dell'idea stessa della Costituzione quale limite al potere.

A farne le spese sarebbe, ancora una volta, la democrazia rappresentativa, già messa a dura prova dal sopravanzare di poteri spuri e spesso sovrastatali.

A farne le spese sarebbe la stessa matrice storica del costituzionalismo: limitare il potere, a garanzia dei diritti di ciascuno e di tutti.

## 6. Lo “sgretolamento” dei limiti e la crisi della democrazia

A tal proposito vorrei proporre una notazione integrativa, che si lega alle riflessioni introduttive, riguardando l'ambizione alla limitazione dei poteri di quei soggetti privati che ormai esercitano, specie sul *web*, funzioni che sono state definite «paracostituzionali»<sup>22</sup>. A me pare un'ambizione da condividere e da praticare, nella misura in cui l'obiettivo non sia tanto quello della concorrenza, spesso rappresentato nei termini di

<sup>21</sup> Mi permetto di rinviare, al riguardo, a RUOTOLO, *La verticalizzazione del potere. La separazione dei poteri alla prova dell'integrazione europea e di una recente proposta di riforma costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2024, 168 ss. In questo mio contributo si ritrovano, peraltro, alcune delle considerazioni sin qui sinteticamente proposte.

<sup>22</sup> POLLICINO, *Potere digitale*, in CARTABIA – RUOTOLO (diretto da), *Potere e Costituzione*, cit., 413.

promozione della competitività, quanto quello del contenimento del mercato in funzione della tutela dei diritti e della protezione dei valori costituzionali. La “sostenibilità” dei processi di innovazione andrebbe riguardata anche, o meglio soprattutto, in questa direzione. Se considerati in questa prospettiva, potrebbero meritare positivo apprezzamento gli stessi sforzi regolatori intrapresi dall’Unione Europea, opportunamente declinati nei termini di una disciplina che tenga conto delle interrelazioni tra fenomeni diversi (dati, piattaforme, intelligenza artificiale, sicurezza cibernetica), peraltro lasciando spazi, inevitabilmente ampi, alla normazione tecnica privata<sup>23</sup>.

Eppure, si manifesta da più parti il timore di un’ipertrofia normativa, che potrebbe nuocere alla competitività delle imprese in settori ritenuti strategici.

Ne sono chiaro esempio i contenuti del noto Rapporto *The Future of European Competitiveness* (c.d. Piano Draghi), in cui si invoca, piuttosto, l’adozione di processi di “semplificazione” che consentano di perseguire gli indicati obiettivi di rilancio della crescita dell’Unione Europea. Sono processi che andrebbero vagliati con attenzione, in quanto, in particolare, la richiesta abbreviazione dei tempi di decisione, ritenuta essenziale per il raggiungimento dei predetti fini, sembra andare a scapito, di nuovo, della partecipazione delle istituzioni rappresentative.

Non è un caso che – come è stato opportunamente rilevato – l’adozione e l’attuazione del Piano, già delineate dalla Presidente della Commissione europea nei contenuti delle Lettere di Missione indirizzate ai membri designati della stessa Commissione, siano affidate principalmente al confronto tra quest’ultimo organo, le sue tecno-strutture e il consesso degli Stati membri. Per dare attuazione alla strategia proposta il Piano prevede, infatti, l’istituzione di un *Competitiveness Coordination Framework*, quadro che si delinerebbe fuori dal contesto del Semestre Europeo, contenendo le priorità approvate nelle sue conclusioni dal Consiglio europeo e inglobando tutte le politiche rilevanti per il conseguimento degli obiettivi.

Come è stato sottolineato in un documento del *Forum Disuguaglianze Diversità* – che, peraltro, nel merito, contiene una severa critica rispetto alla scelta di riferirsi al modello USA quale standard di riferimento per la strategia di crescita dell’UE – l’indicata strada della semplificazione sarebbe ulteriore conferma della marginalizzazione delle istituzioni rappresentative, nella specie del Parlamento europeo<sup>24</sup>, ancorché negli ultimi

---

<sup>23</sup> In argomento, di recente, IANNUZZI, *Le fonti del diritto dell’Unione europea per la disciplina della società digitale*, in PIZZETTI, *La regolazione europea della società digitale*, Torino, 2024, 9 ss.

<sup>24</sup> Il dettagliato documento, intitolato “Piano Draghi”: non ci siamo. Diagnosi, obiettivo e rimedi ai raggi X, è stato pubblicato sul sito del *Forum Disuguaglianze Diversità* il 24 ottobre 2024 (la parte sulla semplificazione, cui si riferiscono anche i passaggi contenuti nel capoverso del testo precedente la presenta annotazione, si trova nelle pagine 14 e seguenti). Significativa è anche la critica di merito per aver scelto il modello USA come standard ricorrente di riferimento per la strategia del c.d. Piano Draghi, senza coglierne debolezze, instabilità economica e recenti evoluzioni. Dal punto di vista del presente contributo non si può omettere di ricordare che le considerazioni della Professoressa Ferrarese circa le trasformazioni del potere, divenuto sempre più opaco e penetrante, si riferiscono prevalentemente, anche se non esclusivamente, all’esperienza USA.

anni questo sia stato senz'altro maggiormente coinvolto nelle procedure di codecisione per l'adozione degli atti normativi dell'Unione Europea.

Ad essere messa in discussione potrebbe essere, di nuovo, la tenuta del principio della democrazia rappresentativa, questa volta con riferimento all'Unione Europea, riguardata come istituzione.

Come ci ha insegnato Giuseppe Guarino, il principio della sovranità del Parlamento è premessa della divisione dei poteri e della subordinazione degli stessi alla legge (e dunque dello Stato di diritto). Non possiamo, perciò, che preoccuparci se, a livello nazionale come anche a livello europeo, questa premessa viene messa in discussione, non solo e non tanto perché elaborazione dottrinarina ma in quanto esito fondamentale di un plurisecolare e sofferto processo storico<sup>25</sup>.

Siamo, di nuovo, alle fondamenta del costituzionalismo moderno, alla rivendicazione di quelle pretese di garanzia dei diritti e di separazione dei poteri che connotano l'esserci di una Costituzione, secondo quanto indicato nel noto art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. È formula che si riferiva esclusivamente allo Stato, ma che oggi non può che essere riferita anche alla dimensione sovranazionale, alle «diverse realtà sociali» e ai «diversi luoghi e spazi ove vivono le persone concrete».

Si è detto, giustamente, che piuttosto che schierarci dalla parte dello Stato-nazione o da quello dell'universo cosmopolita, dovremmo – oggi come ieri – stare dalla parte dei diritti inviolabili, invocando sempre la limitazione del potere, nell'ancora attuale «lotta per l'affermazione dei principi posti nelle costituzioni intese come documenti politici e giuridici frutto di una visione storicamente determinata della persona». È quanto di recente rivendicato con forza da Gaetano Azzariti con una lezione di “storicismo critico”<sup>26</sup> che chiama in causa, in particolare, la vocazione propria del costituzionalista, ma i cui contenuti penso possano costituire sostrato di un impegno comune, che coinvolga giuristi di diverse discipline. A partire, ovviamente, dai cultori del diritto civile che, significativamente, hanno deciso di dedicare il loro convegno annuale al tema *Costituzione e diritto privato*, coinvolgendo, non a caso, molti studiosi di diritto costituzionale in un dialogo che non può che essere davvero costruttivo.

## 7. La necessità del dialogo tra civilisti e costituzionalisti

Proprio sulla necessità, non più rinviabile, della riapertura del dialogo tra civilisti e costituzionalisti vorrei chiudere queste mie brevi notazioni.

<sup>25</sup> GUARINO, *Sovranità della legge del Parlamento ed Unione Europea. Criticità attuali e prospettive future (L'Unione Europea quale Stato federale)*, in RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, Napoli, 2008, in particolare 209 e 230.

<sup>26</sup> AZZARITI, *Per un costituzionalismo critico*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3/2024, 1 ss. (la citazione puntuale riportata nel testo è a pagina 20; sempre ad Azzariti sono da riferire le parole inserite tra virgolette nel capoverso precedente).

Come è stato sottolineato da Giuseppe Vettori nella bella voce enciclopedica *Contratto e Costituzione*, ormai la finanza e la tecnologia hanno fagocitato il mercato e, con esso, il diritto che doveva regolarlo e la politica che doveva indicare fini e obiettivi. E, ancora, le spinte populiste sembrano abbiano alimentato, quasi per reazione, «una nuova attesa nei Pubblici Poteri e nelle Istituzioni», specie per combattere le diseguaglianze che hanno raggiunto, a livello globale, livelli inimmaginabili, e, soprattutto, una rinnovata «fiducia» nella capacità del diritto di «creare strumenti e forme giuridiche prima inesistenti»<sup>27</sup> o nell'adattare al nuovo quelli già presenti.

Sull'«attesa» nell'azione dei poteri pubblici possiamo fare poco, forse sollecitare, sicuramente essere vigili sulle criticità; sulla «fiducia» possiamo, invece, fare molto, ragionando insieme sugli strumenti possibili per governare fenomeni che sempre più ci sfuggono di mano. A tale ultimo fine ben si può pensare, ad esempio, ad una trasposizione nel «mondo digitale», con i necessari adattamenti, di strumenti già impiegati in altri settori, come ha suggerito di recente Luisa Torchia: dalla riconfigurazione, per l'applicazione ai poteri privati digitali, di «un regime di responsabilità del produttore come dell'utilizzatore» a «nuove regole antitrust, ma anche a sistemi di autorizzazione e licenze all'immissione sul mercato»; dalla sperimentazione di «strumenti di limitazione e mitigazione del rischio e di valutazione di impatto» alla attribuzione di poteri di intervento ad autorità internazionali», che, secondo il modello praticato per l'industria aeronautica, siano legittimate a «imporre cambiamenti sui processi di produzione o di funzionamento [...] una volta emerso un difetto o un problema». È un insieme, non esaustivo, di possibili interventi, opportunamente inserito entro una logica di redistribuzione e condivisione di un potere, quello digitale, ora lasciato esclusivamente alle dinamiche tra soggetti dominanti pubblici e privati, ma che dovrebbe aprirsi alla «partecipazione attiva e consapevole della società, degli individui, delle associazioni, delle comunità», proprio per la sua «dimensione costituzionale», non «solo economica, ma anche politica e sociale», capace di toccare «direttamente i diritti fondamentali, la democrazia, la geopolitica, i rapporti fra le democrazie e fra le democrazie e gli altri regimi politici»<sup>28</sup>.

Se anche i civilisti e i costituzionalisti intendono contribuire, insieme, nella ricerca delle forme giuridiche adatte a rispondere alle sfide della contemporaneità, credo debbano abbandonare alcuni pregiudizi reciproci, presunti o reali. Ancora Vettori ha ricordato il timore ricorrente per cui l'applicazione della Costituzione, come insieme di norme precettive, potrebbe giungere, seguendo la teoria della *Drittwirkung*, a «vanificare istituti privatistici perché la violazione di molti diritti fondamentali incide sulla

<sup>27</sup> VETTORI, *Contratto e costituzione*, in *Enc. Dir., I Tematici*, I, *Contratto*, diretto da D'AMICO, Milano, 2021, 266 ss.; le citazioni testuali operate nel testo si riferiscono a pagina 272.

<sup>28</sup> Così TORCHIA, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, ne *il Mulino*, fasc. 1/2024, 15 ss. (la citazione riguarda pagina 31). L'autrice fa naturalmente riferimento alle note elaborazioni di Habermas sulla c.d. sfera pubblica, peraltro di recente aggiornate proprio con riguardo alla società digitale (HABERMAS, *Reflections and Hypotheses on a Further Structural Transformation of the Political Public Sphere*, in *Theory, Culture & Society*, n. 4/2022, vol. 39, 145 ss.).

disciplina dell'obbligo e del risarcimento, e si può finire così per sostituire il diritto dei contratti con il diritto costituzionale e i suoi principi». Lo ha fatto in una prospettiva di apertura, che comprende anche la dimensione della sempre maggiore incidenza delle norme sovranazionali, nella consapevolezza della impossibilità di «continuare a pensare con gli strumenti del passato, ignorando fonti essenziali della giuridicità»<sup>29</sup>. Ritengo sia l'atteggiamento giusto, che peraltro valorizza l'importanza delle regole costituzionali quali paletti invalicabili che ostano allo scivolamento nell'arbitrio del potere legislativo, per evitare promiscue sovrapposizioni tra legalità e legittimità, appiattendone l'una sull'altra «sino a divenire forza senza legittimità»<sup>30</sup>. Questo vuol dire credere nella democrazia costituzionale, rivendicarne il profondo significato e restituire alla scienza giuridica il suo compito, che richiede anche di alzare la voce quando siano messe in discussione le garanzie fondamentali.

I civilisti – almeno coloro che hanno organizzato il Convegno nel quale si inseriscono queste mie considerazioni – mi sembrano più pronti al dialogo rispetto a molti costituzionalisti, almeno questa è la mia sensazione.

Proprio noi costituzionalisti che, per riprendere l'immagine di Santi Romano, studiamo il tronco al quale si attaccano e dal quale si dipartono i vari rami dell'ordinamento statale, sembriamo meno disponibili a dialogare con coloro che di quei rami si occupano. Come se chi studia il ramo non sia capace di guardare l'albero, attività, quest'ultima, che, al fondo, si vorrebbe appannaggio esclusivo di chi studia il tronco. Come se il tronco e i suoi rami non abbiano radici comuni. Non è, evidentemente, così e credo che “presunzione” sia la parola giusta per definire chi pensa in tal modo, sulla base di una sua supposta superiorità scientifica, che non ha alcun motivo di essere. Proviamo, invece, a dialogare, a contribuire, insieme, affinché la scienza giuridica sia ancor più pronta a comprendere i fenomeni della realtà sociale e, in conseguenza, a disciplinarli. Con la perdurante ambizione di limitare il potere, in tutte le sue forme di possibile espressione, disciplinandolo, dividendolo, separandolo, anche aprendolo alla condivisione con la “sfera pubblica”<sup>31</sup>, per garantire, sempre, i diritti di ciascuno e di tutti<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> VETTORI, *Contratto e costituzione*, cit., 273.

<sup>30</sup> VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, 138.

<sup>31</sup> Su quest'ultimo elemento insiste, come si è già scritto, TORCHIA, *op. cit.*, 31, precisando che rispetto alle dinamiche fra poteri pubblici e poteri privati «non c'è tanto e soltanto una questione di limitazione del potere, pubblico o privato che sia, ma anche di una sua redistribuzione e condivisione». Dal mio punto di vista queste ultime rientrano pienamente nel concetto di “limitazione” del potere, perché anche la partecipazione al suo esercizio ne costituisce espressione in una prospettiva, quella del “non cumulo”, che connota la separazione dei poteri e che, in quanto tale, appartiene all'essenza del costituzionalismo.

<sup>32</sup> Secondo un indirizzo già espresso in CARTABIA – RUOTOLO, *Presentazione*, in CARTABIA – RUOTOLO (diretto da), *Potere e Costituzione*, cit., IX ss., specie XIII s.

Mi piace citare, a conclusione di queste mie note, Lorenza Carlassare e Gianni Ferrara, due grandi Maestri della mia disciplina che hanno dedicato la loro vita alla costante rivendicazione delle ragioni del costituzionalismo, insistendo sulla perdurante attualità della pretesa di limitare

---

il potere in funzione della garanzia dei diritti. Ne hanno scritto in diverse sedi, ma trovo significativo il richiamo alle prime pagine del libro di CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, Quarta edizione, Padova, 2020 (a pagina 2 si legge che «le Costituzioni non nascono per il potere, ma *contro il potere*, a difesa dei cittadini e dei loro diritti contro ogni abuso o arbitrio di chi governa»), e al contributo di FERRARA, *Le ragioni di una rivista nuova*, in *Costituzionalismo.it*, 5 febbraio 2003, con il quale si è aperta l'esperienza editoriale della Rivista da lui fondata (in quel breve scritto, Ferrara già delineava, tra l'altro, il necessario ripensamento dell'esigenza della divisione del potere, «che non può non esprimersi, ormai, se non come diffusione articolata ed incessante, tanto quanto permanente ed insinuante è la tendenza del potere a riprodursi ed a concentrarsi»). Entrambi, ne sono certo, si sarebbero opposti con intransigenza a quelle proposte di “aggettivazione” del costituzionalismo che ho rapidamente richiamato nel testo, proprio per la loro idoneità a metterne in discussione l'essenza.



### Vittorio Colesanti e l'eterno ritorno della giurisprudenza creativa (tra consapevolezza storica e fiducia ordinamentale)



Mauro Grondona

Prof. ord. dell'Università di Genova

**SOMMARIO:** 1. 1. Premessa: il senso di un pessimismo, che in realtà è realismo storicista.  
– 2. Svolgimento: la creatività giurisprudenziale quale volto ordinamentale della contemporaneità globalizzata.

#### 1. Premessa: il senso di un pessimismo, che in realtà è realismo storicista

Desidero qui almeno segnalare un volume recentissimo<sup>1</sup>, che molte idee e riflessioni di primaria importanza per il giusprivatista, e in generale per il giurista, contiene.

Non posso dire di averlo letto parola per parola, ma ho fatto del mio meglio per imparare da esso il più possibile, e comunque per pensare e ripensare, grazie a esso, a quegli aspetti (come, appunto, il problema/non problema della giurisprudenza creativa, ovvero, vorrei dire, il problema del decidere, che è sempre un prendere posizione rispetto al proprio tempo storico e dunque è sempre un atto politico, che lo si voglia o no – e con buona pace di chi sia convinto del contrario) che, in chiave tanto metodologica quanto ideologica, stanno oggi (meglio: stanno di nuovo oggi) all'attenzione di tutti noi, nell'epoca dell'urgenza della deliberazione e della decisione (e forse nell'urgenza del vivere, da cui l'urgenza del pensare), che come tale è in fisiologica e radicale opposizione con la pervasiva ansia (ansia tipicamente piccolo-borghese, vorrei direi, che teme l'incertezza e l'incognita – atteggiamento supremamente antiliberali), del legislatore, di regolare, sempre e il

<sup>1</sup> COLESANTI, *Scritti scelti*, III, Napoli, 2025.

più possibile (cfr. 384, in dialogo con Paolo Grossi: all'auspicata, da quest'ultimo, deposizione del legislatore – rispetto alla quale Colesanti si dichiara scettico – non resterebbe, però, io direi, un irrealistico vuoto, ma il pieno ordinamentale, che non coincide affatto con quella pienezza normativista così tipica dell'iperattivismo patologico del legislatore della contemporaneità, al traino, anzi prigioniero, di una inarrestabile complessità che esprime anche una condivisibile forma di universalismo, o quantomeno di transnazionalismo, a tutto vantaggio di un'idea di giustizia non ristretta in termini nazionali, ma il più possibile estesa, e quindi socialmente radicata, e come tale argomentativamente forte: cfr. il rilievo a 408, a proposito delle ricerche di Gorla, e il pensiero va subito al criterio da lui assai valorizzato della *communis opinio totius orbis*).

La società complessa (perché globalizzata, e dunque grazie alla globalizzazione: cfr. ancora 384) è tale, e può essere beneficamente tale, solo a partire da quelle regole semplici (cfr. 384-385) per un mondo complesso, che richiamano alla mente l'Epstein del 1995 (il quale è poi tornato sul tema, per una rinnovata difesa della tesi, nel 2023): una semplificazione delle regole che necessariamente passa per un'ampia fiducia riposta soprattutto nelle clausole generali (e sarà allora opportuno ritornare, tanto in chiave retrospettiva che prospettica, sulla celebre prolusione maceratese di Rodotà), l'ambito nel quale la creatività giurisprudenziale trova il suo regno (così, e senza alcuno scandalo, a 396; del resto, e come ovvio, la forza creativa della giurisprudenza c'è sempre stata e sempre ci sarà: 395), affidandosi alla forza euristica del 'tentativo ed errore' e alla velocità delle trasformazioni così tipica degli ordini spontanei (*genus* cui ricondurre, hayekianamente, gli ordini giuspolitici liberaldemocratici).

Sono dunque molti gli insegnamenti, o comunque le riflessioni, che appunto spontaneamente (e a largo spettro) nascono leggendo, o quantomeno scorrendo con attenzione, queste pagine.

Intanto, direi, emerge e si rafforza la convinzione che ci troviamo di fronte a un tema (il diritto, nella sua massima estensione e espansione, e dunque nella sua complessità, rispetto al quale, ha detto bene Guido Alpa, 'tutto si tiene'<sup>2</sup>; e queste pagine di Colesan-

---

<sup>2</sup> Lo ricorda ora, opportunamente, Paolo Gaggero, in un'intervista dedicata al ricordo del suo maestro accademico: *In ricordo del Prof. Guido Alpa: Maestro del diritto civile italiano. Intervista al Prof. Paolo Gaggero*, 5 aprile 2025, [https://www.dimt.it/news/in-ricordo-del-prof-guido-alpa-maestro-del-diritto-civile-italiano-intervista-al-prof-paolo-gaggeroprofessor-gaggero-potrebbe-condividere-con-noi-il-suo-ricordo-del-prof-guido-alpa-omettero-l/?fbclid=IwY2xjawJedbNleHRuA2FlbQIxMQABHgFQ97N47H\\_x7Z\\_Q-\\_dHk2S4eHyeOQBgzHrdT0AYNqXn3IiDQJ9L18nuPGc\\_aem\\_uUpWjqPjNvc4A-SEopomVrA](https://www.dimt.it/news/in-ricordo-del-prof-guido-alpa-maestro-del-diritto-civile-italiano-intervista-al-prof-paolo-gaggeroprofessor-gaggero-potrebbe-condividere-con-noi-il-suo-ricordo-del-prof-guido-alpa-omettero-l/?fbclid=IwY2xjawJedbNleHRuA2FlbQIxMQABHgFQ97N47H_x7Z_Q-_dHk2S4eHyeOQBgzHrdT0AYNqXn3IiDQJ9L18nuPGc_aem_uUpWjqPjNvc4A-SEopomVrA): «Il metodo di Guido Alpa era congeniale a una tale concezione e alla sua indole, a quella spiccata intelligenza del fatto, apertura agli altrui discorsi e flessibilità cognitiva altrettanto accentuate che ho ricordato. "Nel diritto tutto si tiene" era una sua frase ricorrente, a significare che lo intendeva come una sovrastruttura consistente nel risultato di una costruzione sociale: complessa; ingente; edificata su precedenti insediamenti di varia natura e variamente accumulatisi nel corso del tempo; temporanea, contingente, tendente al perenne divenire sotto la spinta di forze provenienti dall'esterno con cui conversa, segnatamente delle mutazioni economico-sociali e dei connessi interessi, di quelli tempo per tempo prevalenti, che implicano la storicità del diritto



ti rafforzano una siffatta idea, nel segno di una fiducia razionale che sempre prevale sul pessimismo, come appunto sto per dire) che favorisce l'ottimismo di Coesanti, velato da un pessimismo che a me pare solo di facciata (dico, se non altro, il pessimismo metodologico, più apparente che reale, appunto).

Non avendo mai incontrato la persona, mi guardo bene, ovviamente, dal tentare azzardi psicologistici<sup>3</sup>, ma leggendo queste pagine traggio con una certa nettezza l'impressione che, almeno come giurista, il suo pessimismo (la parola, se non ricorrente, certo in queste pagine è presente) fosse, a veder meglio, una forma di realismo critico, ovvero frutto di un accertamento della realtà (una realtà storica, e appunto sempre in movimento) che non fa però cessare la materia del contendere, perché il problema (alla fin fine) è sempre quello dell'adeguamento del diritto alla società (e non viceversa), e quindi si tratta di dare per presupposta del lavoro e nel lavoro (teorico e pratico) del giurista una tensione che può anche sfociare in una dialettica della contraddizione, la quale, però (e se accade), non mi pare sia un male – e comunque si tratta di una tensione che non risulta superabile.

Ecco perché la felice formula del 'tutto si tiene' (che non può e non deve certo subire la banalizzazione del 'tutto comprendere per tutto perdonare' – formula quantomai antistorica, laddove il giurista, come il filologo, secondo l'insegnamento di Giorgio Pasquali, dev'esser 'fradicio di storicismo', come del resto lo fu il nostro indimenticabile Tullio Ascarelli, che richiamo fin d'ora in previsione di un rilievo che farò più avanti), a mio avviso, si adatta molto bene, in chiave metodologica, anche a Vittorio Coesanti: il 'tutto si tiene' significa che il giurista deve evitare il rischio di trasformarsi, per ragioni ideologiche o metodologiche, in oppositore della realtà (dico della realtà, appunto: non dell'uso del mondo, ma del divenire della storia – che è cosa assai diversa: il primo induce, o può indurre, all'accidia; il secondo è l'unico veicolo di comprensione, e il rifiuto della dimensione della storicità comporta sempre l'impossibilità della comprensione: atteggiamento da rifiutarsi, almeno in sede scientifica<sup>4</sup>).

---

vigente e vivente, la collocazione della norma giuridica in una dimensione storica definita, che ne negano l'immutabilità. Quella stessa frase era altresì sintesi dell'articolazione del metodo di Guido Alpa, inclusiva della prospettiva esegetica, concettuale, storica, comparatistica, interdisciplinare con riguardo all'analisi giuseconomica, sociologica, antropologica, e così via. Nella visione giusrealistica di Guido Alpa i metodi confluiscono in una *koiné*, in seno alla quale si può tutt'al più ritenere che il giurista di diritto positivo non possa esimersi dalla coltivazione del metodo ermeneutico».

<sup>3</sup> Claudio Consolo, che lo ha conosciuto assai bene, al di là del pessimismo («innegabile pessimismo»), attesta altresì «[h]umour trattenuto, verticalità storica, libertà non solo di stile e di espressione linguistica, più di un filo di rara (allora come oggi) eccentricità, vastità di campo di osservazione, e di sentire, e pur qualche vezzo e affezione [...]»: CONSOLO, *Vittorio Coesanti: pro memoria nostra di un time of gifts*, in *Riv. dir. proc.*, 3/2023, 1193 ss., a 1194 (e la frase virgolettata qui sopra si legge a 1198).

<sup>4</sup> Sovviene alla memoria una famosa pagina recensoria di Arnaldo Momigliano, il quale, appunto recensendo i 'Principi' di Fritz Schulz (usciti nel '34: e vale allora la pena di notare che Momigliano, senza infingimenti, scrivendo egli nel '35, attesta l'opposizione di Schulz, ovviamente sul

Questo rifiuto della realtà (anche la peggiore, soggettivamente e ideologicamente; ma il giurista, come diceva, non a caso, un Satta non più giovane e ormai in diretta contrapposizione con il suo tempo storico – e in questo senso, io direi [ma il tema potrà essere sviluppato altrove, o da altri], si comprendono le ragioni della sua caparbia volontà, appunto, di non comprendere, avendo egli trovato, e in quel momento solo all'interno della sua dimensione esistenziale, solo fatto privato, la via di salvezza nella letteratura, che è un sublimare e quindi un trascendere, anche non religiosamente, beninteso, ma pur sempre spiritualmente –, deve sempre leggere il giornale, che è un altro modo per vivere nel tempo, e il tempo, in questo senso, e necessariamente, è un eterno presente soggettivo, cioè della soggettività individuale); questo rifiuto della realtà da parte del giurista – dicevo – è metodologicamente ancora più grave, se compiuto dalla giurisprudenza, perché, in questo modo, si assiste a una delegittimazione sociale, e, io direi, necessariamente anche politica, della giurisprudenza. A che serve una giurisprudenza (ma anche una dottrina giuridica, olisticamente considerata) ribelle contro il proprio tempo, per ragioni tanto ideologiche quanto metodologiche? A nulla. La giurisprudenza, come il diritto, non può che seguire la via del realismo. La contestazione del presente, quale atto, azione, programma intellettuale, va semmai attribuita ai chierici di bendaiana memoria, i quali rifuggono il senso pratico e sono dediti a un'astrazione, racchiudendo il reale in un ideale e rifiutando il razionalismo utilitaristico<sup>5</sup>.

## 2. Svolgimento: la creatività giurisprudenziale quale volto ordinamentale della contemporaneità globalizzata

Al fondo della questione c'è la misura, ovvero l'unità di misura, della creatività giurisprudenziale, ovvero ancora, c'è l'esigenza di fissare il limite di una creatività, che può pur diventare arbitrio. Per contrastare l'arbitrio senza sconfessare la creatività, occorre un rafforzamento teoretico, io direi, e non solo empirico (che del resto c'è da tempo ed è in espansione); un rafforzamento teoretico che consiste nell'andare alla ricerca delle ragioni legittimanti tale creatività, ovvero creazionismo – che non è un male in sé –, senza limitarsi alla constatazione di un mero fatto, ovvero senza limitarsi a uno scandaglio fe-

---

piano scientifico-culturale, attraverso il proprio lavoro intellettuale, al nazionalsocialismo, osservando: «[I] fatto è troppo sintomatico perché possa essere taciuto», insistette circa il «bisogno che tra storici del diritto romano si sente, in Italia come fuori, di uscire dall'analisi delle singole istituzioni per comprendere i principi stessi del diritto e i fenomeni politici, etici, sociali che stanno alla loro base»: MOMIGLIANO, *Decimo contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, ed. a cura di R. Di DONATO, t. II, Roma, 2012, 485 ss., a 485 (e la frase virgolettata qui sopra si legge a 486).

<sup>5</sup> BENDA, *Il tradimento dei chierici. Il ruolo dell'intellettuale nella società contemporanea*, Torino, 1958, e ivi l'eccellente introduzione di S. Teroni Menzella, VII ss., qui spec. XIV-XV. Peraltro, l'attuale momento storico sembra richiamare con forza l'attenzione su questo autore, del quale non va dimenticato *Le democrazie alla prova. Saggio sui principî democratici*, Torino, 1945.

nomenologico dei molti frutti del creazionismo giudiziario prodottisi, ormai da decenni, nel vasto (e forse non in eccellente salute, oggi) mondo della società aperta.

Del resto, il tema della effettività della tutela non è certamente respinto da Coesanti (ad es., 4); del resto, non solo la legge, ma legge e *officium iudicis* concorrono, da sempre, alla formazione del diritto (5), e le proporzioni quantitative tra i due apporti (della legislazione e della giurisdizione) sono ovviamente il prodotto del contesto e dunque della storia (il che non allarma, ma semmai impone agli osservatori la massima sensibilità storicistica).

Su tale aspetto si innesta bene, mi pare, una connessione, o un raffronto parallelo, tra trasformazione e progresso.

In questo senso. Scrive Coesanti (23-26) che 'progresso' è parola abusata (e va bene: non è il primo e non sarà l'ultimo a dirlo). Ma egli soprattutto si interroga sulle ragioni che lo portarono ad abbandonare la musica e a vocarsi al diritto processuale civile, emergendo, così, «come le in sé complicate e abbastanza noiose regole "tecniche" eran però funzionali ad assicurare "valori" profondi [...]» (24), appunto tramite il processo, necessario, anzi indispensabile, perché «finalizzato a dar "vita effettiva" a quanto dettato a presidio di ogni convivenza civile» (25), ovvero la giustizia (che non è poco, come ognuno vede, al di là di ogni pessimismo: di partenza, mediano, di arrivo). Ancor di più e ancor più nettamente: «Il processo appariva come vitalità dinamica; il "divenire" per approdare infine all'"essere", alla stabilità, alla certezza delle relazioni umane» (25).

Certezza e stabilità, sì; ma la certezza e la stabilità del processo non è la certezza e la stabilità del diritto, né, tantomeno, della società. Il processo è uno strumento di giustizia; è uno strumento ordinante, perché la discussione intorno a un conflitto tra interessi, prima o poi, deve terminare.

Ma l'ordine raggiunto tramite il processo non è l'ordine sociale, e neppure l'ordine giuridico. È quel frammento d'ordine che non è rinuncia all'incessante divenire della realtà, e quindi all'incessante necessità di una continua ricerca dell'ordine, che in questo senso è sempre parziale e sempre provvisorio (pur se definitivo, rispetto a quei frammenti di realtà assorbiti dalla lite e dalla cosa giudicata): e mi permetterei di dire (traendo spunto, e un poco enfatizzandolo, da un rilievo che si legge a 26) che, in Coesanti, la concezione fortemente strumentale del processo ha agito più nella dimensione della procedura civile che non del diritto processuale civile, inteso quale costruzione concettuale fin troppo raffinata del processo: raffinatezza, che, del resto, Coesanti indica tra le cause del fallimento pratico-operativo del processo (una disciplina del processo troppo raffinata, infatti, commette l'errore di volersi rivolgere «a operatori "ideali", senza [tenere] adeguato conto della realtà, a volte anche meschina, dei comportamenti umani»: 26). Questo è un aspetto in cui, singolarmente, l'amplissima esperienza pratica a nostra disposizione sembra aver avuto, e avere, troppa poca voce in capitolo, eppure il processo, se è uno strumento, deve funzionare come tale. Non credo sia del resto un caso che spesso Coesanti plauda alla diffusa ragionevolezza, di un provvedimento giudiziario, di un'opinione dottrinale, di un intervento legislativo. Diffusa ragionevolezza, ovvero il «buon senso, avrebbe detto ai suoi tempi Carnelutti, che lo elevava a dote essenziale di ogni operatore giuridico!» (61; e cfr. allora anche 331: «[Q]uel buon senso che, al di là di

ogni pur sofisticata teorizzazione, ai suoi tempi anche Carnelutti elevava a supremo canone interpretativo-applicativo di ogni raffigurazione giuridica»).

Il che significa altresì (cfr. 141, ove un richiamo simpatico a Denti e a Cappelletti: del resto, leggendo ad es. la recensione di Carnelutti al capolavoro di Cappelletti sulla testimonianza della parte – nella ‘Processuale’ del 1959, I, 610-611: mezza pagina esatta di lodi puntualissime: libro scientificamente onesto; libro chiaro; libro appassionato, «e la passione non è quella dei concetti, ma degli istituti, ossia della loro rispondenza a ciò che il processo deve essere, un mezzo per servire la giustizia. Chiovena, se ancora visse, ne sarebbe felice [...]», 610 –, non ci si può forse stupire se poi Coesanti, nella ‘Processuale’ del 1969, I, 289-291, recensendo, ancora di Cappelletti, il celebre e molto discusso ‘Processo e ideologie’, Coesanti non si mostra per nulla critico; e soprattutto colpisce l’aperto apprezzamento per l’aver condotto, Cappelletti, un’analisi in termini di politica del diritto. Scrive Coesanti, in termini veramente lusinghieri anche per il termine di confronto, che, «come in tempi ormai lontani la “critica del pensiero giuridico processuale” era divenuta per James Goldschmidt una “critica del pensiero politico” [...], così per il C. lo studio di alcuni fra i temi centrali del processo si è venuto trasformando in un esame appassionato della stessa realtà sociale in cui il processo è chiamato ad operare, e della quale rappresenta una componente essenziale»: 290); ma dicevo: l’apprezzamento della ragionevolezza, ovvero del buon senso, significa, in chiave metodologica, tenere a distanza di sicurezza la dogmatica tradizionale, e invece considerare il processo (e dunque il diritto) almeno un po’ (o soprattutto) quale fenomeno sociale, altrimenti la concezione strumentale viene abbandonata, con grave danno di quella forma di ordine che senza dubbio è la costante ricerca di giustizia nelle cose e nel mondo (del resto, il titolo di un libro piuttosto noto un tempo – scritto da un giurista che in Italia fu filosofo del diritto; che subì l’infamia delle leggi razziste del 1938; che avrebbe potuto, allievo e amico di Calamandrei e assai stimato da Carnelutti, divenire processualista; che morì giovane, nel 1946; che venne ricordato con affetto e ammirazione da Andrioli, nella ‘Processuale’ del 1947, I, 65; che negli Stati Uniti, i quali salvarono lui e la sua famiglia, divenne un convinto *legal realist* – non a caso suona così: ‘Il diritto come volontà costante’; e Pekelis oppone ivi al *fiat iustitia, pereat mundus*, il *fiat iustitia, et mundus floreat*).

Da questo punto di vista, tanto il panprocessualismo quanto il dogmatismo formalistico (o il formalismo dogmatico) sono nemici del processo perché sono nemici della giustizia. Laddove, la migliore amica della giustizia, nel processo e nel diritto, è l’argomentazione giuridica, che soprattutto significa (almeno oggi) trasparenza argomentativa (una trasparenza, che, certo, non può andare sempre d’accordo con il principio di sinteticità), e che significa (per riprendere un tema che si pensava ormai archiviato ma che, invece – come anche molto altro –, sta tornando d’attualità: alludo all’analisi della motivazione, onde distinguere ciò che è *ratio* da ciò che *obiter*; alludo alla distanza di sicurezza che sempre bisogna tenere rispetto alle massime; alludo, in sintesi, alla lezione di Gino Gorla, anch’essa da riprendere e da rivitalizzare) non nascondere nulla di quanto sia utile al lettore per comprendere il ragionamento dello scrittore, nel presupposto che, dove non si comprende, perché c’è una lacuna, o un’affermazione ambigua, o un salto logico, o un occultamento semantico, lì c’è un difetto di ragionamento, perché c’è oscurità di pensie-

ro (cfr. infatti quanto Colesanti scriva a 302, in nota 1, rievocando Liebman), e quindi di motivazione (e cfr. allora 408).

È un altro aspetto decisivo, questo, e che sottolineo perché io vorrei cercare di sottrarre Colesanti al tentativo (e alla tentazione), che è stato e che sarà di molti, di annoverarlo troppo velocemente tra i critici del 'creazionismo giuridico'. La sua linea di condotta metodologica e intellettuale, direi senza esitazioni, è quella del dare il più solido fondamento possibile di razionalità e di coerenza alle conclusioni raggiunte (dal giudice, certo, ma da ogni autore giuridico: cfr. infatti quanto egli osserva a 302-302, e che io ho qui ripreso pressoché alla lettera). La motivazione trasparente è certamente prodroma alla giustizia della decisione, posto il «primato della "giustizia della decisione", come obiettivo da perseguire per ogni vicenda giunta al vaglio giudiziale; quello ha da essere il parametro di riferimento per l'attività di ogni giudicante, tale da giustificarne anche ogni iniziativa officiosa» (303).

Diffusa ragionevolezza, buon senso; alla fine (e lo scrive Colesanti, 305) tutta la questione (tra cui quella, assai *vexata*, della concezione pubblicistica o privatistica del processo, con gli orientamenti e disorientamenti che ognuna di esse fa sorgere e porta con sé) si riduce a un problema di equilibrio, posto che ciò che è riconducibile al processo e alle sue regole non può che tendere alla giusta decisione. Di qui la necessità di quell'equilibrio che certo significa anche sensibilità storica, ovvero necessità di adeguare il mezzo (che deve variare, nel suo contenuto) al fine – ovvero la giustizia –, che, invece, come scoglio 'immoto resta, contra i venti e la tempesta'.

Ritorna qui il tema della motivazione, e in particolare dell'argomentazione, che è poi l'unico strumento per smascherare (e smascherarne) l'arbitrio: sul punto, Colesanti richiama un passo di Josef Esser, il quale (nel 1956) metteva in guardia contro l'*ethos* del giudice e contro l'*aequitas*, e a partire da tali rilievi Colesanti riafferma «il primato del momento normativo di cui la decisione "giusta" deve essere specchio» (307; Colesanti, *ivi*, in nota 3, richiamando appunto Esser, adotta accenti profondamente ascarelliani, e così, se nel testo è, o appare essere, normativista, in nota risulta più dubbioso, sicuramente e beneficamente relativista, ovvero storicista, appunto rilevando che gli argomenti e i problemi su cui Esser si sofferma «paion rinnovarsi, restando alla fine sempre gli stessi, pur nel continuo volgere dei tempi e nella diversità delle metodologie interpretative via via affermatesi»; affermazione che, sbagliero, ma a me pare sia un altro modo per dire che la giustizia della decisione – una giustizia storicamente determinata – rimane l'obiettivo, non solo del processo, ma del diritto in quanto istituzione, e che, per conseguire tale risultato, le argomentazioni giuridiche vanno filtrate alla luce del contesto; non è una sconfessione *tout court* del diritto positivo, naturalmente, ma è l'accettazione della necessità di un costante adeguamento del diritto positivo, tra l'apporto *ope codicum* e l'apporto *ope ingenii*, e dunque è l'accettazione, e anzi la valorizzazione, del diritto vivente).

Momento normativo o momento ordinamentale? Normatività o 'ordinamentalità'? Non sono affatto la stessa cosa, e il diritto della contemporaneità è un diritto più ordinamentale che normativo, ovvero ordinamentalmente normativo, il che significa che, *ope argumentationis*, la disposizione, la norma, la regola, è letta, riletta, costruita, adattata,

applicata, in ragione del contesto socio-giuridico che poi l'accoglierà, perché il sistema giuridico è variabile dipendente del contesto socio-giuridico, e non viceversa.

Tutto ciò, sempre all'insegna del massimo equilibrio, che, a ben vedere, è anche un nobile modo per rispettare e anzi onorare lo Stato di diritto, come, mi pare, ben emerge dal seguente rilievo: «Quello che si è chiamato "intervento giudiziale" anche modificativo-correttivo di quanto pur frutto di autonomia privata (nella sfera ad essa riservata) non ha da stupire più nessuno, non fosse che perché talora è la stessa legge a prevederlo. Non mette nemmeno conto di menzionare ad es. il potere di riduzione della pur pattuita penale che sia ritenuta eccessivamente gravosa, rispetto al che l'unico interrogativo da porsi è se vi possa provvedere il giudice *ex officio* (come non molti anni addietro ritenuto da una pronuncia variamente commentata) ovvero solo in grazia dell'iniziativa di chi vi abbia interesse» (307, nota 4).

Uno Stato di diritto che, oggi, è, e soprattutto può essere, tale all'interno di una prospettiva che sia autenticamente ordinamentale, e non già (spesso angustamente) normativa. Il che, in parte, è una constatazione; ma in parte è un programma di lavoro.

Per questo lavoro, l'opera di Vittorio Colesanti è senza dubbio una guida proficua, soprattutto perché esprime con nettezza una visione delle 'cose giuridiche', volendo imprimere a esse una direzione. E ciò è un gran pregio, all'insegna, ancora una volta, della trasparenza argomentativa (cioè metodologica e ideologica).



### La réforme du droit de la responsabilité civile extracontractuelle en Belgique



Florence George  
Avocate

**RÉSUMÉ:** Introduction. – **1.** Constats et genèse de la réforme. – **2.** L'évolution des avant-projets. – **3.** Adoption de la loi du 7 février 2024. – **4.** Plan. – Chapitre I. Les innovations. – **5.** Un objectif d'innovation clairement avoué. – **6.** Position du problème et intérêt du concours. – **7.** Choix du législateur au sein de livre 6 : l'ouverture du concours. – **8.** Principe. – **9.** Exceptions. – **10.** Limites : opposabilité des moyens de défense de nature contractuelle. – **11.** Paralysie des moyens de défense. – **12.** Le sort de l'auxiliaire : fin de la quasi-immunité. – **13.** La notion d'auxiliaire. – **14.** Les exceptions : la loi ou le contrat en dispose autrement. – **15.** Les moyens de défense. – **16.** Les freins à (ou aux) exception(s) : l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique et la faute intentionnelle. – **17.** Contextualisation. – **18.** Solution retenue par le législateur. – **19.** Contextualisation. – **20.** Solution retenue par le législateur. – **21.** Contextualisation. – **22.** Solution préconisée. – **23.** Causes suffisantes. – **24.** Causalités multiples (renvoi). – **25.** Contextualisation. – **26.** Solution préconisée. – **27.** La présomption de responsabilité des instituteurs. – **28.** La responsabilité du propriétaire du fait de la ruine des bâtiments. – **29.** Mise en avant de la fonction préventive. – **30.** Percée timide de la fonction punitive ? – **31.** Renforcement de la fonction indemnitaire. – **32.** Rapatriement partiel au sein du Code. – **33.** Ancrage dans le Code de la théorie des faits justificatifs. – **34.** Définition de la force majeure. – **35.** Le sort des traditionnelles causes étrangères exonératoires. – **36.** Définition de la faute et élément d'appréciation. – **37.** Absence de consécration de la violation d'un droit subjectif comme troisième source de la faute. – **38.** Disparition de l'élément subjectif de la faute : position du problème. – **39.** Disparition de l'élément subjectif de la faute : réforme. – **40.** La capacité de discernement des mineurs. – **41.** Aperçu. – **42.** Distinction entre atteinte et dommage. – **43.** L'atteinte à un intérêt juridiquement protégé. – **44.** Licéité du dommage. – **45.** Les répercussions de l'atteinte. – **46.** Les effets de la responsabilité : l'aggravation des dommages. – **47.** Aperçu. – **48.** La notion de vice. – **49.** La qualité de gardien. – **50.** La présomption de gardien dans le chef du propriétaire. – **51.** Causes exonératoires de responsabilité. – Chapitre II.

La consolidation des acquis et les remises en ordre. – **52.** Introduction. – **53.** Traitement équivalent des personnes morales de droit privé et de droit public ainsi que des personnes physiques. – **54.** Les effets de la responsabilité : état antérieur et prédisposition. – **55.** Les effets de la responsabilité : le principe de la réparation intégrale. – **56.** Les effets de la responsabilité : le principe de la réparation en nature. – **57.** Les effets de la responsabilité : le sort des versements et avantages reçus par la personne lésée ou par le responsable. – **58.** Les effets de la responsabilité : évaluation distincte des dommages et libre disposition de l'indemnité. – **59.** Les recours après indemnisation. – Chapitre III. Les lacunes et regrets. – **60.** Introduction. – **61.** Fragmentation du droit de la responsabilité civile. – **62.** Préjudice écologique. – **63.** Les recours des tiers-payeurs. – **64.** Les nouvelles technologies de la société de l'information, l'intelligence artificielle et le big data. – **65.** Absence de liens étroits avec le livre 5 consacré au droit des obligations. – **66.** Conclusions.

## Introduction<sup>1</sup>

### 1. Constats et genèse de la réforme

Le droit belge de la responsabilité civile extracontractuelle était un droit essentiellement prétorien peu lisible et prévisible<sup>2</sup>.

Les dispositions qui formaient le siège de la matière dans le Code civil se comptaient en effet sur les dix doigts de la main. On demeurait frappé par leur sobriété devenue excessive.

L'immutabilité apparente des textes contrastait pourtant avec les profondes mutations que le droit de la responsabilité civile subissait depuis 1804.

---

<sup>1</sup> La présente contribution s'inspire notamment de GEORGE, « Chapitre 1. La réforme du droit de la responsabilité civile en Belgique : vraie réforme ou consolidation des acquis ? », in DUBUISSON (dir.), *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique. Regards croisés et aspects de droit comparé*, coll. du GRERCA, Bruxelles, Bruylant, 2020 ainsi que des développements que nous avons personnellement rédigés dans l'ouvrage coordonné avec COLSON (Colson et George (coord.)), *Le nouveau livre 6 du Code civil. La réforme du droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, Limal, Anthemis, 2024.

<sup>2</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p. 1 ; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 3.



La doctrine appelait dès lors de ses vœux une modernisation du Code<sup>3</sup>. Cette volonté de changement fut encore renforcée par l'essor des projets européens<sup>4</sup> et les tentatives de réforme des pays limitrophes<sup>5</sup>.

C'est dans ce contexte que notre Ministre de la Justice Koen Geens donna la véritable impulsion du changement.

Dans son exposé d'orientation politique de 2014, notre Ministre indique vouloir procéder à une modernisation du droit civil en vue de refléter les évolutions profondes que notre société a connues.

Fin 2015, une note de politique générale souligne ensuite que « [d]iverses profondes modifications au Code civil, qui visent à en faire un code moderne et transparent, sont en préparation » après avoir constaté que « [d]'importantes parties du droit civil sont devenues obsolètes et source de confusion »<sup>6</sup>.

Un premier pas est réalisé avec l'adoption de l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017<sup>7</sup> portant création des commissions de réforme du Code civil. Conformément à l'article 2 de l'arrêté, une commission spécifique est chargée d'élaborer une proposition de réforme du droit de la responsabilité. Elle est présidée par les Professeurs B. Dubuisson et H. Bocken et composée initialement, outre les co-présidents, de 4 experts J.-L. Fagnart, G. Jocqué, G. Schamps et T. Vansweevelt.

Le projet de recodification ne se limite pas au droit de la responsabilité délictuelle. Les chantiers entrepris visent également le droit des biens, le droit de la preuve et le droit des obligations. Des commissions distinctes travaillent sur chacun des projets.

---

<sup>3</sup> Voy. sur cette question, DUBUISSON, « Faut-il réformer le Code civil (II) ? Interrogations et propositions concernant la responsabilité extracontractuelle », *J.T.*, 2016, 673-682.

<sup>4</sup> STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE et RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Draft common frame of reference*, 2012, [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_fr.pdf); EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort law*, 2005, <http://www.egtl.org/>,

<sup>5</sup> Rapport à M. Pascal Clément, garde des Sceaux, ministre de la Justice, 22 septembre 2005, [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf); Groupe de travail sur le projet intitulé « Pour une réforme du droit de la responsabilité civile » sous la direction de François Terré, février 2012, <https://www.courdecassation.fr/IMG/reforme-droit-RC.pdf>. [http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet\\_de\\_reforme\\_de\\_la\\_responsabilite\\_civile\\_13032017.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf); Avant-projet de loi. Réforme de la responsabilité civile, 29 avril 2016, [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/avpjl-responsabilite-civile.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avpjl-responsabilite-civile.pdf).

Projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017, par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016.

<sup>6</sup> Note de politique générale du 10 novembre 2015 – Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2015-2016, n° 54-1428/008, 44.

<sup>7</sup> Arrêté ministériel du 30 septembre 2017 portant création des Commissions de réforme du droit civil, *M.B.*, 9 octobre 2017.

## 2. L'évolution des avant-projets

Fin de l'année 2017, trois des commissions instituées (droit des obligations, droit de la preuve et droit des biens) terminent leur avant-projet de réforme. Une consultation publique est organisée sur le site du SPF Justice jusqu'au 1<sup>er</sup> février 2018<sup>8</sup>. Même si la commission « droit de la responsabilité civile » est un peu à la traîne, la première mouture de son projet<sup>9</sup> est également soumise à la consultation publique à compter du 29 mars 2018, et ce pour une durée raccourcie d'un mois.

Cette consultation publique, qui se révèle fructueuse, aboutira à une deuxième version de l'avant-projet de loi datée d'août 2018, laquelle sera ensuite diffusée très largement.

À cette époque, l'objectif est toujours d'insérer dans le livre 5 les dispositions relatives à la responsabilité civile extracontractuelle.

Le projet de réforme lié à la responsabilité civile accuse malheureusement toujours un certain retard par rapport à d'autres commissions.

Alors même que le projet de loi n'est toujours pas déposé au Parlement, la loi du 13 avril 2019 qui porte création d'un Code civil et y insère un livre 8<sup>10</sup> consacré au droit de la preuve est adoptée.

Dès son entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> novembre 2020, le praticien est invité à composer avec un ancien et un (nouveau) Code civil.

Au fil du temps, le Code civil prend forme. Il s'étoffe progressivement de nouveaux livres.

Ainsi, le livre 3 du Code civil, inséré par la loi du 4 février 2020<sup>11</sup>, remplace, depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2021, les articles 516 et suivants de l'ancien Code civil consacrés au droit des biens.

En janvier 2022, la proposition de loi portant le livre 2, titre 3, « Les relations patrimoniales des couples », et le livre 4 « Les successions, donations et testaments » du Code civil<sup>12</sup> est adoptée à la Chambre des représentants. La loi est promulguée le 19 janvier 2022<sup>13</sup> et entre en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2022.

<sup>8</sup> <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>. Voy. DIRIX, WÉRY, « Consultatie Nieuw Brugerlijk Wetboek », *R.G.D.C.*, 2017, 531-532 ; DIRIX, WÉRY, « Le projet de réforme du Code civil entre dans une nouvelle phase : la consultation publique », *J.T.*, 2017, 705-707 ; JADOU, « Le nouveau Code civil en matière de droit des obligations : la fin d'une assimilation au monstre du Loch Ness ? », *Les Pages*, 2018, n°19, 1.

<sup>9</sup> Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 28 mars 2018.

<sup>10</sup> Loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve », *M.B.*, 14 mai 2019.

<sup>11</sup> Loi du 4 février 2020 portant le livre 3 « Les biens » du Code civil, *M.B.*, 17 mars 2020.

<sup>12</sup> Proposition de loi portant le livre 2, titre 3, « Les relations patrimoniales des couples » et le livre 4 « Les successions, donations et testaments » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2019-2020, n° 55-1272.

<sup>13</sup> Loi du 19 janvier 2022 portant le livre 2, titre 3, « Les relations patrimoniales des couples » et le livre 4 « Les successions, donations et testaments » du Code civil, *M.B.*, 14 mars 2022.

Les livres 1er (Dispositions générales) et 5 (Les obligations) sont ensuite adoptés par deux lois du 28 avril 2022<sup>14</sup>, entrées en vigueur le 1er janvier 2023.

Dans l'intervalle, la Commission de réforme du droit de la responsabilité civile remet l'ouvrage sur le métier.

Une nouvelle version du projet est publiée aux éditions la Charte en 2019<sup>15</sup>, tandis que le SPF Justice diffuse sur son site internet une version arrêtée au 1er septembre 2019.

Initialement rédigé sous la forme d'un avant-projet de loi insérant, dans le livre 5, les dispositions relatives à la responsabilité civile extracontractuelle, le texte de la réforme se mue finalement en proposition de loi portant le livre 6 « la responsabilité extracontractuelle » du Code civil<sup>16 17</sup>.

### 3. Adoption de la loi du 7 février 2024

Après un parcours semé d'embûches, la proposition de loi est finalement votée en séance plénière de la Chambre le 1er février 2024<sup>18</sup>. Promulguée le 7 février 2024, la loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil est ensuite publiée au Moniteur belge le 1er juillet 2024. Elle est entrée en vigueur, conformément à son article 45, le premier jour du sixième mois qui suit sa publication au moniteur belge, soit le 1er janvier 2025.

Le livre 6 du Code se décline en 7 chapitres :

Chapitre 1. Dispositions introductives

Chapitre 2. Faits générateurs de responsabilité

Chapitre 3. Lien de causalité

Chapitre 4. Dommage

Chapitre 5. Conséquences de la responsabilité

Chapitre 6. Ordre ou interdiction

Chapitre 7. Régimes particuliers de responsabilité

---

<sup>14</sup> Loi du 28 avril 2022 portant le livre 1er « Dispositions générales » du Code civil, *M.B.*, 1er juillet 2022 ; loi du 28 avril 2022 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *M.B.*, 1er juillet 2022.

<sup>15</sup> Voy. sur cette version, l'analyse publiée au *T.P.R.*, 2021, p. 5 et s.

<sup>16</sup> Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001.

<sup>17</sup> Dans le cadre de notre examen, nous renverrons tant aux développements de la première mouture du projet de réforme (Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p. 135-136) qu'aux travaux préparatoires de la version adoptée en 2024 (Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, p. 118).

<sup>18</sup> Loi du 7 février 2024 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *M.B.*, 1er juillet 2024.

L'article 44 règle la question de l'application de la loi dans le temps.

Il prévoit que : « Les dispositions du livre 6 du Code civil s'appliquent aux **faits pouvant générer une responsabilité**<sup>19</sup> qui se sont produits après l'entrée en vigueur de la présente loi. Elles ne s'appliquent pas aux effets futurs de faits qui se sont produits avant l'entrée en vigueur de la présente loi ».

Le moment charnière est le « fait pouvant générer une responsabilité », à savoir la survenance du fait générateur.

Les articles 1382 et suivants de l'ancien Code civil continueront donc à régir les faits générateurs antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi, même si leurs effets se prolongent postérieurement à cette date<sup>20</sup>. A l'inverse, tous les faits générateurs qui surviennent à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2025 seront soumis au nouveau régime.

#### 4. Plan

Dans un premier temps, nous examinerons les innovations qu'emporte la réforme (Chapitre 1)<sup>21</sup>. Nous nous intéresserons aussi aux consolidations jurisprudentielles et aux remises en ordre apportées par la loi du 7 février 2024 (Chapitre 2). Enfin, un regard critique sera porté sur la réforme (Chapitre 3).

## Chapitre I. Les innovations

### 5. Un objectif d'innovation clairement avoué

Outre l'objectif de lisibilité et de prévisibilité, le législateur entend, parallèlement à la consolidation de certains acquis (*infra* chapitre 2), apporter son lot de nouveautés. Dans un premier temps, nous examinerons les modifications substantielles (Section 1), avant d'aborder les changements plus modérés (Section 2).

---

<sup>19</sup> Nous surlignons.

<sup>20</sup> Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 170-171.

<sup>21</sup> Voy. pour les ouvrages et contributions de référence sur la réforme, MALENGREAU (coord.), *Le droit de la responsabilité extracontractuelle réformé. Examen du nouveau livre 6 du Code civil*, coll. Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2024 ; COLSON, GEORGE, (coord.), *Le nouveau livre 6 du Code civil. La réforme du droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, Limal, Anthemis, 2024 ; AUVRAY, DUBUISSON, « Que nous apporte le livre 6 du Code civil ? Questions choisies », coll. UB<sup>3</sup>, Bruxelles, Larcier, 2025 ; JOISTEN, « Tour d'horizon du nouveau livre 6 du Code civil », in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, Bruxelles, la Charte, 2024, pp. 275-279 ; SAMOY, JOCQUÉ, « Het nieuwe buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in Boek 6 BW: vaarwel 1382 », *R.W.*, 2024-2025, 682 s. ; DUBUISSON, « Le livre 6 du Code civil portant réforme de la responsabilité extracontractuelle. La fin d'un long héritage (1804-2024) », *J.T.*, 2025, 1 s. ; AUVRAY et JAFFERALI, « Une cure de jouvence pour le droit de la responsabilité. Le livre 6 du nouveau Code civile (première partie) », *R.G.D.C.*, 2025, 82 s.

## SECTION I. LES MODIFICATIONS SUBSTANTIELLES

## 1. Le concours de responsabilités

## 6. Position du problème et intérêt du concours

La personne lésée, en tant que partie demanderesse en responsabilité est-elle admise à agir en responsabilité extracontractuelle lorsqu'elle est liée contractuellement avec le défendeur ? C'est là toute la question du concours de responsabilités qui a animé doctrine et jurisprudence pendant de nombreuses années<sup>22</sup>.

L'action en responsabilité extracontractuelle peut paraître bien plus séduisante que sa concurrente contractuelle<sup>23</sup>, et ce à plusieurs égards. Tout d'abord, l'action en responsabilité extracontractuelle permet de déjouer d'éventuelles clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité stipulées dans le contrat<sup>24</sup>. Ensuite, elle permet d'éviter l'application de délais de prescription plus courts que ceux applicables en matière extracontractuelle<sup>25</sup>. De surcroît, la victime pourrait être tentée d'éluder certaines règles de conflits de loi ou de compétence. La victime peut également souhaiter éviter des règles spécifiques du droit des contrats spéciaux ou bénéficier de présomptions de responsabilité issues de la responsabilité civile extracontractuelle<sup>26</sup>. On enseigne encore, même si la différence reste souvent théorique, que le dommage même imprévisible est indemnisable en responsabilité extracontractuelle<sup>27</sup>. Enfin, la personne lésée qui entend faire jouer une assurance protection juridique ou une assurance responsabilité civile aura généralement intérêt à invoquer une action en responsabilité civile extracontractuelle, les actions contractuelles étant généralement exclues de nombreuses garanties.

Jusqu'à la réforme, l'existence d'un contrat excluait en principe l'introduction d'une action en responsabilité extracontractuelle entre les parties sous réserve de l'existence à la fois d'une faute mixte<sup>28</sup> et d'un dommage autre que celui qui résulte de la mauvaise

<sup>22</sup> Voy. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1 « Théorie générale du contrat », cit., 2<sup>e</sup> éd., 595 s.

<sup>23</sup> Voy. de manière plus exhaustive, CATALDO, « Le concours de responsabilités entre cocontractants », in Colson, George (coord.), *Le nouveau livre 6 du Code civil*, Limal, Anthemis, 2024, 397-398.

<sup>24</sup> Pour autant évidemment que ces clauses soient valides au regard du Code de droit économique et du Code civil.

<sup>25</sup> Le fait de pouvoir compter sur une date de prise de cours « pivot » ou « glissant » est également favorable à la victime.

<sup>26</sup> Voy. par exemple l'article 1384 de l'ancien Code civil remplacé par les articles 6.12 et s.

<sup>27</sup> En matière contractuelle, l'article 5.87 ne permet la réparation que du dommage prévisible sauf en cas de faute intentionnelle.

<sup>28</sup> La faute mixte, qui consiste en une faute contractuelle qui se double d'un manquement au devoir général de prudence, vise principalement les atteintes à l'intégrité physique ou à d'autres biens que celui qui est l'objet du contrat, la violation d'une norme de sécurité, de règles déontologiques, du devoir d'information (Voy. HÉLAS, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », in WÉRY (dir.), *Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle*, coll.

exécution du contrat<sup>29</sup> <sup>30</sup>. À cette double condition, le choix entre la responsabilité délictuelle ou contractuelle s'offrait au créancier. Ces deux conditions étaient de surcroît considérées, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, comme réunies en présence d'une infraction pénale<sup>31</sup>.

## 7. Choix du législateur au sein de livre 6 : l'ouverture du concours

Le livre 6 rompt totalement avec cette jurisprudence en posant désormais pour principe l'ouverture du concours et le choix pour le créancier lésé entre la voie contractuelle ou extracontractuelle.

L'article 6.3., en son paragraphe 1<sup>er</sup> dispose :

« Sauf si la loi ou le contrat en dispose autrement, les dispositions légales en matière de responsabilité extracontractuelle sont applicables entre cocontractants. Toutefois, si, sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, la personne lésée demande à son cocontractant la réparation d'un dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle, ce cocontractant peut invoquer les moyens de défense découlant du contrat qu'il a conclu avec la partie lésée, de la législation en matière de contrats spéciaux et des règles particulières de prescription applicables au contrat. Tel n'est pas le cas pour les actions en réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique ou d'une faute commise avec l'intention de causer un dommage ».

---

CUP, vol. 198, cit., 31-32 ; MALENGREAU, « La coexistence des responsabilités : état des lieux », in WÉRY (dir.), *Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle*, cit., 97-105 ; DUBUISSON, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Ultime tentative de conciliation... », in BOONE, ICLAËYS et LAVRYSEN (red.), *Dare la luce. Liber amicorum Hubert Bocken*, cit., 80).

<sup>29</sup> La notion de « dommage autre que celui qui résulte de la mauvaise exécution du contrat » divise également la doctrine et la jurisprudence (Voy. notamment l'arrêt du 25 mai 2023 (Cass., 25 mai 2023, R.G. nos C.21.0425.F-C.22.0120.F)).

<sup>30</sup> Voy., sur cette question du concours limité, DUBUISSON, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Ultime tentative de conciliation... », in BOONE, ICLAËYS et LAVRYSEN (red.), *Dare la luce. Liber amicorum Hubert Bocken*, Bruges, la Charte, 2009, 67-84 ; WÉRY, « L'option des responsabilités entre parties contractantes », in STIJNS et WÉRY, *Les rapports entre responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruges, la Charte, 2010, 223-245 ; HÉLAS, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », in WÉRY (dir.), *Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle*, coll. CUP, vol. 198, Liège, Anthemis, 2020, 7-55 ; WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1 « Théorie générale du contrat », 2<sup>e</sup> éd., cit., n<sup>os</sup> 621 s.

<sup>31</sup> Cass., 26 octobre 1990, Pas., 1991, 216, *R.C.J.B.*, 1992, 497, note DALCQ : « [l]a circonstance qu'une infraction est commise lors de l'exécution d'un contrat ne fait, en principe, obstacle ni à l'application de la loi pénale ni à celle des règles relatives à la responsabilité civile résultant d'une infraction [...]. Le dommage causé par un fait légalement punissable ne peut être considéré comme un dommage de nature exclusivement contractuelle par le seul motif qu'il a été causé en suite de la mauvaise exécution de l'obligation contractuelle de veiller à la sécurité de la victime ».

## 8. Principe

En présence d'un fait générateur de responsabilité postérieur à l'entrée en vigueur de la loi<sup>32</sup>, le nouvel article 6.3, §1<sup>er</sup>, prévoit que les dispositions légales en matière de responsabilité extracontractuelle sont applicables entre cocontractants. Désormais les articles du livre 6 pourront donc, en principe, être mobilisés entre parties contractantes. La victime d'un dommage pourra agir en responsabilité civile extracontractuelle contre son cocontractant.

Il ressort de la philosophie du texte que les dispositions du livre 6 s'appliquent même lorsque le manquement porte sur une obligation contractuelle pour autant que la victime démontre, par exemple, une faute au sens de l'article 6.5 (ou un autre fait générateur de responsabilité), une atteinte, un dommage et un double lien de causalité.

## 9. Exceptions

Le principe connaît cependant plusieurs exceptions. Le paragraphe premier réserve en effet les hypothèses où la loi ou le contrat en dispose autrement.

Rien n'empêche dès lors les parties, au regard du caractère supplétif du livre 6, d'exclure contractuellement la voie délictuelle. La validité de telle clause apparaît admise sous réserve le cas échéant d'une violation des articles VI.83 CDE (en B2C), VI.91/1 et s. CDE (en B2B) ou, notamment, de l'article 5.89 du Code civil (en C2C).

Le législateur est également autorisé à prévoir des régimes de responsabilité exclusifs de la responsabilité délictuelle. On notera l'absence à l'heure actuelle de telle législation. Tout au plus connaît-on des régimes qui dépassent la dichotomie extracontractuelle-contractuelle avec, par exemple, la législation sur les produits défectueux<sup>33</sup>.

## 10. Limites : opposabilité des moyens de défense de nature contractuelle

L'article 6.3, §1<sup>er</sup>, alinéa 2 apporte encore des limites à l'ouverture du concours.

Lorsque la victime, sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, demande à son cocontractant la réparation d'un dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle, ce cocontractant pourra lui opposer trois catégories de moyens de défense.

### **1°) Les moyens de défense découlant du contrat qu'il a conclu avec la partie lésée**

On songe aux clauses du contrat conclu entre le créancier et le débiteur telles qu'une clause exonératoire ou limitative de responsabilité ou encore une clause qui définit la portée et l'intensité des obligations mises à charge du débiteur.

---

<sup>32</sup> Article 44 de la loi du 7 février 2024 : « Les dispositions du livre 6 du Code civil s'appliquent aux faits pouvant générer une responsabilité qui se sont produits après l'entrée en vigueur de la présente loi. Elles ne s'appliquent pas aux effets futurs de faits qui se sont produits avant l'entrée en vigueur de la présente loi ». L'article 45 fixe l'entrée en vigueur de la loi au 1<sup>er</sup> janvier 2025.

<sup>33</sup> Loi du 25 février 1991 qui, avec la réforme, est insérée dans le livre 6 aux articles 6.41 et s.

## **2°) Les moyens de défense issus de la législation en matière de contrats spéciaux**

Sont notamment visés, au sein des travaux préparatoires, dans l'attente de l'adoption du livre 7 du Code civil<sup>34</sup> :

L'article 1642 de l'ancien Code civil qui dispose que le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même;

L'article 1649quater de l'ancien Code civil qui prévoit que le vendeur n'est tenu à une obligation de garantie qu'en présence d'un défaut de conformité qui existe lors de la délivrance des biens de consommation et qui apparaît dans un délai de deux ans à compter de celle-ci<sup>35</sup> ;

Les articles 1732 et 1733 de l'ancien Code civil qui prévoient que le preneur est responsable des dégradations, des pertes ou d'un incendie, à moins qu'il ne prouve qu'ils ont eu lieu sans sa faute<sup>36</sup> ;

L'article 1891 de l'ancien Code civil qui précise qu'un prêteur n'est responsable des dommages causés par des défauts de la chose prêtée que s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur ;

Les articles 1927 et 1928 de l'ancien Code civil selon lesquels le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent<sup>37</sup> ;

L'article 1952 de l'ancien Code civil qui limite la responsabilité de l'hôtelier à cent fois le prix de location du logement par jour;

L'article 1992 de l'ancien Code civil qui apprécie moins strictement que le droit commun la responsabilité du mandataire non rémunéré.

---

<sup>34</sup> Voy. Proposition de loi insérant le livre 7 « Les contrats spéciaux » dans le Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2023-2024, n° 55-3973/001 devenue caduque vu la dissolution des chambres. La proposition vient d'être redéposée Proposition de loi insérant le livre 7 « Les contrats spéciaux » dans le Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2024-2025, n° 56-0743/001.

<sup>35</sup> Il reste évidemment curieux de faire état comme moyen de défense de règles issues d'un régime de garantie. On peut évidemment se demander quel pourrait être l'intérêt de l'acheteur à assigner en responsabilité (action qui sous-entend la démonstration d'une faute) un vendeur tenu à une obligation de garantie (absence de faute requise). On pourrait toutefois envisager, en droit commun, l'hypothèse d'un acheteur qui souhaite obtenir davantage que les dommages et intérêts complémentaires visés aux articles 1645 et 1646 de l'ancien Code civil. On relèvera toutefois que les deux dispositions précitées ne sont pas reprises dans les travaux préparatoires. Un acheteur pourrait aussi tenter d'éviter des délais de prescription très courts. Notons également qu'en présence d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique, les moyens de défense issus des contrats spéciaux seront paralysés (*infra* n°11).

<sup>36</sup> L'intérêt de se dégager de toute responsabilité en démontrant son absence de faute pourrait s'envisager dans des hypothèses de responsabilité sans faute (par exemple un locataire assigné comme gardien d'une chose vicieuse).

<sup>37</sup> La doctrine interprète cet article comme ne permettant pas d'alourdir la responsabilité du dépositaire. Ce dernier ne pourra pas être tenu à plus que ce qu'on exige d'une personne prudente et raisonnable (Voy. CRUQUENAIRE, DELFORGE, DURANT, GEORGE, HÉLAS, WÉRY, *Droit des contrats spéciaux*, 6<sup>e</sup> éd. Liège, Kluwer, 2022, 528).



### **3°) Les règles particulières de prescription applicables au contrat**

Les travaux préparatoires renvoient à cet égard à l'article 1622 de l'ancien Code civil (délai de déchéance après un an de l'action en supplément ou en diminution de prix ou en résolution du contrat), à l'article 1648 de l'ancien Code civil et au délai d'un an pour intenter l'action en garantie des vices cachés<sup>38</sup> ainsi qu'à l'article 1649-*quater* en cas de vente à un consommateur. Il est aussi fait référence au délai de prescription de 6 mois pour les actions relatives au transport de marchandises (désormais deux ans avec l'adoption de la loi du 5 novembre 2023<sup>39</sup>) et d'un an pour le transport de personnes (art. X.49 du Code de droit économique).

Il n'est donc pas question pour la victime, sous couvert d'une action en responsabilité délictuelle, de déconstruire tout l'édifice contractuel.

## **11. Paralysie des moyens de défense**

La finale du 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 6.3, §1<sup>er</sup> porte que « [t]el n'est pas le cas pour les actions en réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique ou d'une faute commise avec l'intention de causer un dommage ».

Les moyens de défense ne pourront donc être opposés et il n'y aura pas de primauté du contrat si la personne lésée est victime d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique ou en présence d'une faute intentionnelle du cocontractant<sup>40</sup>. Dans cette hypothèse, ce sera la responsabilité extracontractuelle qui s'appliquera alors pleinement. La question se pose toutefois de savoir si, au regard de la place de cette « sous-exception », cette dernière permet uniquement de faire échec aux moyens de défense du débiteur fautif ou si elle permet aussi de mettre en échec les dérogations contractuelles et légales.

---

<sup>38</sup> À nouveau, on peut se demander quel est l'intérêt de l'acheteur à agir en responsabilité en présence d'un problème de vice caché. On songe à l'hypothèse suivante. Lorsque le vice caché a causé à l'acheteur un dommage et que ce dernier a laissé s'écouler le bref délai, il pourrait être intéressant d'agir par la voie extracontractuelle, en étant contraint alors de démontrer l'existence d'une faute. L'article 1648 de l'ancien Code civil pourrait alors être invoqué par le vendeur comme moyen de défense sauf en présence d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique.

<sup>39</sup> Loi du 5 novembre 2023 portant dispositions diverses en matière d'économie, *M.B.*, 11 décembre 2023.

<sup>40</sup> Le législateur emploie l'expression « faute commise avec l'intention de causer un dommage », sans toutefois davantage la définir. Il n'est pas non plus renvoyé à l'article 1.11 intitulé « Intention de nuire » qui dispose que « [l]a faute intentionnelle, commise dans le but de nuire ou de réaliser un gain, ne peut procurer davantage à son auteur ». C'est en réalité dans le commentaire de l'article 6.7 (lequel a ensuite été renuméroté 6.6) que le législateur s'en explique : « la faute intentionnelle ne fait [donc] pas l'objet d'une définition spécifique à la différence de ce qu'on trouve dans le DCFR (art. 3:101 et 3:102) ». Sa portée est ensuite clarifiée dans le commentaire de l'article 6.20 : « il est requis que l'intéressé ait causé intentionnellement un dommage, mais pas qu'il ait eu l'intention de causer le dommage qui est survenu concrètement. Le champ d'application de cette disposition est donc identique à celui de la notion d'intentionnalité dans l'article 8 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre, à présent l'article 62, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, tel qu'interprété par la Cour de cassation ».

## 2. Le sort de l'auxiliaire

### 12. Le sort de l'auxiliaire : fin de la quasi-immunité

L'article 6.3, §2, règle le sort de l'auxiliaire en ces termes :

« Sauf si la loi ou le contrat en dispose autrement, les dispositions légales en matière de responsabilité extracontractuelle sont applicables entre la personne lésée et l'auxiliaire de ses cocontractants.

Toutefois, si, sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, la personne lésée demande à l'auxiliaire de son cocontractant la réparation d'un dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle, ce dernier peut invoquer les mêmes moyens de défense que son donneur d'ordre peut invoquer sur la base du paragraphe 1er et qui concernent l'exécution des obligations auxquelles l'auxiliaire collabore.

L'auxiliaire peut également invoquer les moyens de défense qu'il peut lui-même invoquer contre son cocontractant sur la base du paragraphe 1<sup>er</sup> ».

L'ouverture de principe du concours s'accompagne d'une modification du régime réservé à l'agent d'exécution. Sous l'empire du Code Napoléon, ce dernier ne pouvait être assigné en responsabilité extracontractuelle par le créancier principal qu'en se conformant aux règles du concours<sup>41</sup>. Ce que l'on qualifiait de quasi-immunité de l'agent d'exécution est dorénavant abandonnée.

L'article 6.3, §2, alinéa 2 pose comme principe la faculté pour la personne lésée d'assigner l'auxiliaire en responsabilité extracontractuelle, pour autant qu'elle démontre la réunion des conditions d'application de la responsabilité civile extracontractuelle du livre 6<sup>42</sup>.

### 13. La notion d'auxiliaire

Par souci de cohérence avec le livre 5, le législateur adopte la notion d'auxiliaire en lieu et place de celle d'agent d'exécution. La lecture des travaux préparatoires nous enseigne que sont des auxiliaires « non seulement les préposés et les organes de gestion des personnes morales, mais également les sous-traitants et les représentants »<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Pour rappel, ces conditions sont réputées réunies en présence d'une infraction pénale.

<sup>42</sup> Sachant que cette responsabilité extracontractuelle peut être une responsabilité à base de faute (rejaillit alors le débat sur la notion faute mixte) ou une responsabilité objective.

<sup>43</sup> Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2023-2024, Doc 55, n°3213/001, p. 32. Les notions d'agent d'exécution et d'auxiliaire ont donc la même portée.

Conformément à la jurisprudence de la Cour citée expressément dans les travaux préparatoires<sup>44</sup>, n'est toutefois pas un auxiliaire celui qui fournit seulement les conditions matérielles permettant à un débiteur d'exécuter ses obligations ou qui met seulement à disposition du matériel auxiliaire à cet effet. Cette jurisprudence ne nous semble pas devoir être remise en cause et devrait être confirmée sous le nouveau régime.

#### **14. Les exceptions : la loi ou le contrat en dispose autrement**

Le législateur peut tout d'abord exclure l'existence d'une action de nature extracontractuelle d'un créancier principal à l'encontre d'un auxiliaire.

Les parties au contrat peuvent souhaiter également exclure les actions de nature extracontractuelle à l'égard des auxiliaires. Il convient à cet égard de faire preuve d'un certain esprit d'anticipation. Le débiteur principal qui entend faire appel à des auxiliaires – lesquels pourraient vraisemblablement refuser à l'avenir de travailler pour des donneurs d'ordre qui n'auraient pas prévu ce type de clauses – sera particulièrement bien inspiré d'en solliciter l'insertion dans le contrat. La clause pourrait ainsi prévoir que le créancier principal renonce à toute action de nature extracontractuelle contre l'auxiliaire de son débiteur. Cette clause ne pourrait toutefois pas trouver à s'appliquer, à notre estime, en présence d'une faute intentionnelle de l'auxiliaire ou de dommage à l'intégrité physique ou psychique.

#### **15. Les moyens de défense**

L'article 6.3, §2, alinéa 2 prévoit que l'auxiliaire peut invoquer les mêmes moyens de défense que son donneur d'ordre peut invoquer sur la base du paragraphe 1<sup>er</sup> et qui concerne l'exécution des obligations auxquelles l'auxiliaire collabore. L'auxiliaire peut également invoquer les moyens de défense qu'il peut lui-même invoquer contre son cocontractant sur la base du paragraphe 1<sup>er</sup>.

Outre la possibilité de contester les conditions de la responsabilité civile extracontractuelle, l'auxiliaire peut faire appel tant aux exceptions qui dérivent du rapport entre le créancier principal et le débiteur (1°) qu'à celles qui découlent du rapport entre lui et son propre cocontractant (2°).

Les éventuelles immunités civiles (par ex. celles du travailleur et du volontaire) continueront, de surcroît, à s'appliquer (sauf en cas de faute intentionnelle, faute lourde, faute légère habituelle) tout comme l'article 2 :57 du CSA<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Voy. Cass. 7 février 2020, *R.G.A.R.*, 2020, n°15.719, note HÉLAS cité par Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2023-2024, Doc 55, n°3213/001, 32.

<sup>45</sup> RIGOLET, « Les responsabilités contractuelle et extracontractuelle à l'ère du concours. L'art du délicat « en même temps » », in DUBUISSON, *Le nouveau livre 6 du Code civil portant réforme du droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, CUP, vol. 229, Liège, Anthemis, 33.

### **1°) Moyens issus de la relation entre le créancier principal et le débiteur principal**

L'auxiliaire assigné en responsabilité civile extracontractuelle pourra invoquer à l'encontre du créancier lésé les moyens de défense que pourrait invoquer son donneur d'ordre sur la base du §1<sup>er</sup> de l'article 6.3 et qui concernent l'exécution des obligations auxquelles l'auxiliaire collabore.

On songe tout d'abord aux clauses du contrat conclu entre le créancier principal et le débiteur telles qu'une clause exonératoire ou limitative de responsabilité ou encore une clause qui définit la portée et l'intensité des obligations mises à charge du débiteur.

La validité de ces clauses devra évidemment être éprouvée au regard des dispositions du Code de droit économique (la prohibition des clauses abusives en B2B<sup>46</sup> et B2C<sup>47</sup>) et du Code civil (art. 5.89, 5.51, 5.52, 5.56).

Ensuite, l'auxiliaire pourra se prévaloir des règles issues du droit des contrats spéciaux telles que celles énoncés *supra* n°10<sup>48</sup>. On gardera à l'esprit que ces dispositions pourraient toutefois être modifiées à l'avenir vu le dépôt de la proposition de loi insérant le livre 7 "Les contrats spéciaux" dans le Code civil<sup>49-50</sup>.

Enfin, l'auxiliaire pourra se prévaloir de délais de prescription spécifiques en matière contractuelle.

### **2°) Moyens issus de la relation entre l'auxiliaire et son donneur d'ordre**

L'auxiliaire sera également admis à soulever l'ensemble des exceptions qui découlent de sa relation avec son donneur d'ordre sur la base du paragraphe 1<sup>er</sup>.

A nouveau, tant les clauses contractuelles que les règles particulières de prescription ainsi que les règles spécifiques du droit des contrats pourront être invoquées.

Plusieurs questions restent toutefois encore ouvertes. Pourquoi l'auxiliaire ne pourrait-il pas invoquer d'autres moyens de défense issus de sa relation avec son donneur d'ordre ? Quid des exceptions issues du droit commun des contrats et du régime de l'obligation (sanctions de l'inexécution, extinction de l'obligation...) si elles s'accommodent de l'action en responsabilité diligentée ? On ne trouve guère d'explications dans les travaux préparatoires.

---

<sup>46</sup> Articles VI.91/1 s. CDE.

<sup>47</sup> Articles I.8, 22° et VI.81/1 et s. CDE.

<sup>48</sup> Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2023-2024, Doc 55, n°3213/001, 28-29.

<sup>49</sup> Proposition de loi insérant le livre 7 "Les contrats spéciaux" dans le Code civil, *Doc. Parl.*, Ch., 2023-2024, Doc 55, n°3973/001. La proposition est toutefois devenue caduque vu la dissolution des chambres. Elle a été redéposée en février 2025, Proposition de loi insérant le livre 7 "Les contrats spéciaux" dans le Code civil, *Doc. Parl.*, Ch., 2024-2025, Doc 56, n° 0743/001.

<sup>50</sup> Une consultation publique fut lancée jusqu'au 31 octobre 2024 par la SPF Justice, [https://justice.belgium.be/fr/nouvelles/autres\\_communiques/consultation\\_publicque\\_livre\\_7\\_contrats\\_speciaux\\_du\\_nouveau\\_code\\_civil#:~:text=La%20loi%20du%202013%20avril%202019%20instaurer%20la%20cr%C3%A9ation%20d%E2%80%99un](https://justice.belgium.be/fr/nouvelles/autres_communiques/consultation_publicque_livre_7_contrats_speciaux_du_nouveau_code_civil#:~:text=La%20loi%20du%202013%20avril%202019%20instaurer%20la%20cr%C3%A9ation%20d%E2%80%99un).

## 16. Les freins à (ou aux) exception(s) : l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique et la faute intentionnelle

Bien qu'elles ne soient pas réintégrées expressément, les exceptions prévues au §1<sup>er</sup>, al. 2 *in fine*, à savoir les hypothèses de faute intentionnelle et d'atteinte à l'intégrité physique et psychique trouvent également à s'appliquer en présence d'une action dirigée non pas contre le cocontractant, mais contre l'auxiliaire.

La faute intentionnelle de l'auxiliaire<sup>51</sup> ou l'atteinte à l'intégrité physique et psychique de la personne lésée fait donc en principe obstacle à l'opposabilité des moyens de défense.

### 3. Le régime de responsabilité des parents remodelé

## 17. Contextualisation

Le régime de responsabilité des père et mère qui figurait à l'article 1384, alinéa 2, de l'ancien Code civil repose sur une faute présumée consistant en une faute dans l'éducation ou dans la surveillance. Conformément à l'alinéa 5 du même article, cette présomption revêt un caractère réfragable.

L'autorité parentale qui constituait la pierre d'angle du régime n'a pourtant cessé de s'étioler sous l'influence des mutations socio-culturelles : nouvelles pédagogies et méthodes éducatives, place centrale réservée à l'autonomie de l'enfant, évolution des familles monoparentales et des familles recomposées, ...<sup>52</sup>. Le déclin de l'autorité parentale est devenu tel que, depuis de nombreuses années, le régime est largement remis en cause. Les tentatives des juridictions de fond de durcir le régime se sont révélées infructueuses et furent censurées par notre Cour de cassation<sup>53</sup>. Dès la fin des années 90, l'idée

---

<sup>51</sup> Transposer l'hypothèse de la faute intentionnelle du débiteur principal au cas de figure de l'auxiliaire soulève également quelques difficultés. Le législateur entend-il viser la faute intentionnelle du débiteur principal (hypothèse du §1<sup>er</sup>) ou celle de l'auxiliaire (§2) ? S'agissant d'une action en responsabilité contre l'auteur d'une faute, il paraît logique d'avancer que c'est bien la faute intentionnelle de l'auxiliaire qui est visée par le législateur. Mais qu'en est-il alors du sort de l'auxiliaire en cas de faute concurrente intentionnelle du débiteur principal ? On ne perçoit pas ici les raisons qui justifieraient qu'un auxiliaire ayant fait preuve d'une simple négligence doive par ailleurs supporter les conséquences d'une faute intentionnelle de son donneur d'ordre. Mais de là à dire que l'auxiliaire pourra invoquer les moyens de défense que pouvait invoquer son cocontractant auteur d'une faute intentionnelle, il y a encore un pas que nous n'oserons franchir.

<sup>52</sup> MONTERO, PÜTZ, « La responsabilité civile des parents : une nouvelle jeunesse ? », *R.G.A.R.*, juin 2010, n° 14651 ; MONTERO, PÜTZ, « La responsabilité des parents à la croisée des chemins », in BENOIT, JADOUL (dir.), *La responsabilité civile des parents*, Bruxelles, La Chartre, 2006, 39-60.

<sup>53</sup> Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 12 février 2008, *J.T.*, 2009, 613, note MONTERO, PÜTZ ; Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 4 mars 2015, *J.T.*, 2015, p. 575, note E. MONTERO.

d'une responsabilité sans faute assortie d'une assurance obligatoire commença progressivement à émerger<sup>54</sup>.

## 18. Solution retenue par le législateur

L'idée d'une responsabilité sans faute est désormais partiellement intégrée à l'article 6.12 intitulé « Responsabilité des titulaires de l'autorité sur la personne des mineurs » qui dispose que :

« Les parents, adoptants, tuteurs et accueillants familiaux, pour autant qu'ils disposent de l'autorité sur la personne d'un mineur de moins de seize ans, sont responsables sans faute du dommage causé à des tiers par celui-ci par sa faute ou par un autre fait générateur de responsabilité. Les parents, adoptants, tuteurs et accueillants familiaux, pour autant qu'ils disposent de l'autorité sur la personne d'un mineur de seize ans ou plus, sont responsables du dommage causé à des tiers par celui-ci par sa faute ou par un autre fait générateur de responsabilité. Ils ne sont pas responsables s'ils démontrent que le dommage ne trouve pas sa cause dans une faute de leur part ».

La responsabilité présumée des parents cède la place à une responsabilité sans faute à tout le moins pour les mineurs de moins de 16 ans.

Une présomption réfragable de responsabilité est maintenue en présence d'un dommage causé par la faute ou un autre fait générateur de mineurs de 16 ans ou plus. Pour renverser cette présomption, les civilement responsables devront démontrer leur absence de faute<sup>55</sup>.

Le régime de responsabilité est, par ailleurs, étendu aux tuteurs et accueillants familiaux qui disposent de l'autorité sur la personne du mineur<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> FAGNART, « La responsabilité civile des parents », *J.D.J.*, 1997, 370-371, n°s 34-39 ; DUBUISSON, « Autonomie et irresponsabilité du mineur », in *L'autonomie du mineur*, Bruxelles, Publications des FUSL, 1998, 79 et s.

<sup>55</sup> Et non plus uniquement l'absence de faute de surveillance et l'absence de faute d'éducation.

<sup>56</sup> Suite aux remarques formulées sur la portée de cette notion d'autorité (voy. BOTMAN, DE DUVE, HYGEN MEYER, JAFFERALI, MASSAGER, THÜNGEN, VAN GYSEL, « Commentaires relatifs à l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil », 18 s., <http://www.ulb.ac.be/newsletters/droit.php?d=2&c=1&nl=38&cat=9>), la dernière mouture de l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi précise que « Afin d'indiquer qui précisément entre dans le champ d'application de cette disposition, ces sujets de droit sont énumérés expressément. Il s'agit des parents, des adoptants, des tuteurs et des accueillants familiaux dans la mesure où ils sont titulaires en tout ou en partie de l'autorité sur la personne du mineur » (Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p. 69). Sont par contre exclus, le tuteur officieux, les frères et soeurs, les grands-parents,

L'obligation d'assurance, prévue initialement par la commission de réforme, n'a finalement pas aboutie.

#### 4. L'insertion d'une nouvelle présomption de responsabilité du fait d'autrui

##### 19. Contextualisation

L'arrêt Blieck rendu par la Cour de cassation française le 29 mars 1991<sup>57</sup> fit grand bruit en Belgique. La reconnaissance implicite par la Cour suprême française de l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui sur la base de l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup> n'a d'ailleurs pas tardé à influencer les juridictions belges et plus particulièrement la cour d'appel de Mons<sup>58</sup>. Même si l'arrêt à l'occasion duquel la cour d'appel a découvert un principe général de responsabilité du fait d'autrui fut censuré par la Cour de cassation, la brèche restait entrouverte et il ne restait pour le législateur qu'à s'y infiltrer. L'essor des institutions et établissements auxquels sont confiées des personnes vulnérables ou délinquantes a sans conteste retenu l'attention du législateur. L'article VI-3 :104 du DCFR qui prévoit une responsabilité plus générale du fait d'autrui n'est de surcroît pas étranger aux modifications apportées par le législateur<sup>59</sup>.

##### 20. Solution retenue par le législateur

Un régime de responsabilité des personnes chargées de la surveillance d'autrui fait son entrée en droit belge à l'article 6.13 :

« La personne qui est chargée, sur la base d'une disposition légale ou réglementaire, d'une décision judiciaire ou administrative ou d'un contrat, d'organiser et de contrôler de manière globale et durable le mode de vie d'autres personnes est responsable du dommage que celles-ci ont causé à des tiers par leur faute ou un autre fait générateur de responsabilité, pendant qu'elles sont sous sa surveillance. Elle n'est pas responsable si elle démontre que le dommage ne trouve pas sa cause dans une faute de surveillance de sa part.

---

les beaux-parents, les organismes auxquels un mineur est confié, etc (*Ibidem*, 70).

<sup>57</sup> Cass. fr. (ass. plén.), 29 mars 1991, *J.T.*, 1991, 600, *J.C.P.*, G, 1991, II, 21673, préc. concl. du premier avocat général DONTENWILLE et obs. de GHESTIN, *D.*, 1991, 324 et note de LARROUMET.

<sup>58</sup> Mons, 27 déc. 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 510, *R.G.A.R.*, 1996, n° 12578 et obs. DEMESSE, « Le nouveau principe général de responsabilité aquilienne du fait d'autrui ».

<sup>59</sup> Voy. Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 79.

Un établissement d'enseignement est responsable du dommage causé à des tiers par ses élèves par leur faute ou un autre fait générateur de responsabilité pendant qu'ils sont sous sa surveillance. Il n'est pas responsable s'il démontre que le dommage ne trouve pas sa cause dans une faute de surveillance de sa part ».

Deux nouvelles catégories de personnes chargées de la surveillance d'autrui sont désormais la cible d'une présomption de responsabilité. D'une part, le paragraphe 1<sup>er</sup> instaure une présomption de responsabilité des personnes physiques ou morales chargées de contrôler de manière globale et durable, le mode de vie d'une autre personne. D'autre part, ce sont désormais les établissements d'enseignement, en lieu et place des instituteurs visés à l'article 1384, alinéa 4 de l'ancien Code civil, qui deviennent responsables des dommages causés par les élèves qu'ils ont sous leur surveillance. La présomption peut être renversée en rapportant la preuve de l'absence de faute dans la surveillance ou de l'absence de relation causale entre l'exercice de cette surveillance et le dommage.

D'emblée, on perçoit, derrière la volonté d'extension des cas de responsabilité du fait d'autrui, le souhait du législateur de contenir les dérives qu'entraînerait un régime général de responsabilité du fait d'autrui. Le système du *numerus clausus* des cas de responsabilité du fait d'autrui est donc conservé, mais élargi à d'autres catégories limitativement énumérées.

Des balises sont également posées afin de limiter le champ d'application de l'article 6.13. La personne visée doit, en effet, être chargée d'organiser et contrôler le mode de vie d'une autre personne de manière globale et durable. Cette mission doit, en outre, être de nature légale, réglementaire, judiciaire, administrative ou conventionnelle. Enfin, le libellé de l'article 6.13 fut également toiletté afin d'insister sur le caractère global de la mission de surveillance.

Tombent dans le champ de la présomption de responsabilité les institutions pour malades mentaux ; les établissements ouverts ou fermés auxquels est confié un mineur par injonction judiciaire du tribunal de la jeunesse ou par une décision administrative, « les tuteurs « officieux » qui entretiennent un enfant mineur et qui l'élèvent (art. 475bis du Code civil) ; les accueillants familiaux chez qui l'enfant est hébergé et qui prennent toutes les décisions quotidiennes relatives à l'enfant (art. 387quinquies du Code civil), sans que des parties de l'autorité parentale leur aient été déléguées »<sup>60</sup>, les organismes publics (home, pensionnat,...) chargés d'une mission de nature non pas contractuelle, mais réglementaire<sup>61</sup>. Sont toutefois exclus le baby-sitter, l'administrateur d'une per-

---

<sup>60</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p. 81 ; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 68.

<sup>61</sup> Voy. en ce sens, BOTMAN, DE DUVE, HYGEN MEYER, JAFFERALI, MASSAGER, THÜNGEN, VAN GYSEL, « Commentaires relatifs à l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsa-



sonne protégée, les associations sportives, les mouvements de jeunesse, les mères d'accueil, les grands-parents, la crèche, l'initiative d'habitation protégée, et l'établissement organisant des traitements ambulatoires.

## 5. Les aménagements relatifs au lien de causalité

### a) Théorie de l'équivalence des conditions

#### 21. Contextualisation

La théorie de l'équivalence des conditions privilégiée par la Cour de cassation belge a montré ses limites. De nombreuses décisions rendues par les cours et tribunaux n'apparaissent souvent plus justifiables au regard de cette seule théorie. Même si elle offre à la victime la possibilité d'agir contre un plus grand nombre de responsables, une application à la lettre du test de la condition sine qua non<sup>62</sup> aboutit à des solutions parfois injustes. Il n'est dès lors pas rare de voir certaines décisions s'en écarter en privilégiant d'autres théories sans nécessairement subir les foudres de la Cour de cassation<sup>63</sup>. Ce constat est relayé dès la première mouture de la réforme en ces termes : « cette méthode de raisonnement n'apparaît plus comme le moyen unique permettant de déterminer l'existence de la relation causale »<sup>64</sup>. On observe, de surcroît, que « plus aucune distinction n'est donc faite en fonction du caractère direct ou indirect du lien avec le dommage ou de l'importance respective des différents facteurs de causalité dans la survenance du dommage »<sup>65</sup>. Le législateur entend y remédier.

---

bilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil », 21, <http://www.ulb.ac.be/newsletters/droit.php?d=2&c=1&n=38&cat=9>.

<sup>62</sup> « Il y a un lien de causalité lorsque le dommage tel qu'il s'est produit in concreto ne serait pas survenu ou ne serait pas survenu de la même manière sans le fait générateur de responsabilité » (Voy. Cass. 12 octobre 2005, *Pas.*, 2005, I, 442; Cass. 12 mai 2006, *J.T.*, 2006, 491; Cass. 3 janvier 2007, *Pas.*, 2007, 4, concl. J. GENICOT; Cass. 4 février 2008, *Pas.*, 2008, 239, *R.W.*, 2009-2010, 1561, note B. WEYTS; Cass. 21 septembre 2009, *Pas.*, 2009, 1952; Cass. 18 juin 2010, RG C.08.0211.F, [www.cass.be](http://www.cass.be); ; Cass. 17 décembre 2009, *R.D.C.*, 2010, 278; Cass. 19 septembre 2011, *Pas.*, 2011, 1994; Cass. 9 novembre 2012, RG C.11.0563.N, [www.cass.be](http://www.cass.be), concl. G. DUBRULLE; Cass. 14 novembre 2012, RG P.11.1611.F, [www.cass.be](http://www.cass.be); Cass. 31 mai 2013, RG C.12.0399.N, [www.cass.be](http://www.cass.be); Cass. 7 mars 2013, RG C.10.0741.F, [www.cass.be](http://www.cass.be); Cass. 12 juin 2017 AR C.16.0428N/2; Cass. 8 janvier 2018, AR C. 17.0075.F/1; Cass. 28 juin 2018, AR C.17.0696.N/1 cités dans l'exposé des motifs 89-90.

<sup>63</sup> Cass., 14 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 280, note PHILIPPE.

<sup>64</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 8 ; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 9.

<sup>65</sup> *Ibidem*, 96.

## 22. Solution préconisée

Le lien de causalité est abordé dans le chapitre 3.

Dans la section 1 intitulée « condition nécessaire », l'article 6.18 prévoit :

*« § 1er. Un fait générateur de responsabilité est la cause d'un dommage s'il est une condition nécessaire de ce dernier. Un fait est une condition nécessaire du dommage si, sans ce fait, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit dans les circonstances concrètes présentes lors de l'événement dommageable.*

*Si un fait générateur de responsabilité n'est pas une condition nécessaire du dommage pour la seule raison qu'un ou plusieurs autres faits simultanés, ensemble ou séparément, sont une condition suffisante de ce même dommage, il constitue néanmoins une cause de celui-ci.*

*§ 2. Toutefois, il n'y a pas de responsabilité si le lien entre le fait générateur de responsabilité et le dommage est à ce point distendu qu'il serait manifestement déraisonnable d'imputer ce dommage à la personne dont la responsabilité est invoquée. Dans cette appréciation, il est tenu compte, en particulier, du caractère improbable du dommage au regard des conséquences normales du fait générateur de responsabilité et de la circonstance que ce fait n'a pas contribué de manière significative à la survenance du dommage ».*

Cet article maintient l'exigence d'un lien de causalité et confirme le principe du test de la condition sine qua non. La théorie de l'équivalence des conditions demeure la référence tandis que la jurisprudence selon laquelle l'existence du lien de causalité peut être déduite de la constatation qu'une faute ou un autre fait générateur de responsabilité est la seule explication possible du dommage est entérinée.

Un premier mécanisme correctif<sup>66</sup> est toutefois apporté dans le second paragraphe.

Lorsque le lien qui existe entre le fait générateur de responsabilité et le dommage est à ce point distendu **qu'il serait manifestement déraisonnable d'imputer ce dommage à la personne dont la responsabilité est invoquée**, aucune responsabilité ne peut être retenue<sup>67</sup>. Deux critères d'appréciation spécifiques complètent le régime échafaudé

---

<sup>66</sup> Voy. pour une analyse de droit comparé des correctifs apportés à la théorie de l'équivalence des conditions, Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 97 s. Les critères et facteurs utilisés dans le DCFR et les PETL sont notamment détaillés.

<sup>67</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 99 ; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 82.

par le législateur. Il s'agit du « caractère imprévisible du dommage à la lumière des effets normaux du fait générateur de responsabilité » et de « la circonstance que ce fait n'a pas augmenté de manière significative le risque de la survenance du dommage, ou, en d'autres termes, lorsqu'il n'a pas contribué de manière significative à la survenance du dommage »<sup>68</sup>.

Un second tempérament – même si certains y voient plutôt un prolongement de la théorie de l'équivalence des conditions qu'une théorie à part entière<sup>69</sup> – ressort des travaux préparatoires qui avalisent le recours à la théorie de l'alternative légitime<sup>70</sup>.

La mise en œuvre de cette théorie est clairement explicitée dès la première mouture du projet, « Pour vérifier si un lien causal existe ou non, il faut donc construire la situation hypothétique dans laquelle le fait générateur de responsabilité ne serait pas survenu, en partant du principe que les autres éléments factuels faisant partie de l'historique du dommage restent inchangés. On vérifie alors si le dommage tel qu'il s'est produit concrètement se serait également produit dans cette situation hypothétique. Dans la négative, le fait générateur de responsabilité est alors une condition nécessaire de la survenance du dommage. Dans l'affirmative, il faut conclure que les autres éléments de l'historique du dommage étaient suffisants pour occasionner le dommage et que le fait générateur de responsabilité n'a joué aucun rôle causal »<sup>71</sup>. Partant, en présence d'une responsabilité pour faute, il convient de remplacer la faute du défendeur par l'alternative légitime à savoir la manière dont ce dernier aurait dû se comporter pour agir licitement<sup>72 73</sup>.

<sup>68</sup> *Ibidem*, 100.

<sup>69</sup> On note en effet que la théorie de l'alternative légitime n'est pas présentée par la commission comme un tempérament à la théorie de l'équivalence des conditions mais plutôt comme le prolongement de celle-ci.

<sup>70</sup> Voy. sur cette théorie, JAFFERALI, « L'alternative légitime dans l'appréciation du lien causal, corps étranger en droit de la responsabilité ? », in GLANSDORFF (dir.), *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, CUP, vol. 157, Bruxelles, Larcier, 2016, 97-164 ; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 86.

<sup>71</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 93.

<sup>72</sup> Voy. Cass., 12 juin 2017, C.16.0428.N et Cass., 28 juin 2018, C.17.0696.N/1 : « Il n'y a pas de lien de causalité lorsque le dommage se serait également produit si le défendeur avait adopté un comportement correct au lieu de celui qui lui est reproché. Le juge doit ainsi déterminer ce que le défendeur aurait dû faire pour agir licitement. Il doit faire abstraction de l'élément fautif dans l'historique du sinistre, sans en modifier les autres circonstances, et vérifier si le dommage se serait également produit dans ce cas. » cités dans l'exposé des motifs précité, 93.

<sup>73</sup> Pour les cas de responsabilité sans faute, le raisonnement à adopter consiste à faire abstraction du fait générateur.

## b) Causes suffisantes et pluralité de causes

### 23. Causes suffisantes

La réforme traite également du concours de causes suffisantes. On vise l'hypothèse où un fait générateur de responsabilité qui est en soi une condition nécessaire du dommage coïncide avec un ou plusieurs faits simultanés qui, séparément ou ensemble, suffisent à causer le dommage. Dans cette situation, ce fait perd son caractère de condition nécessaire et ne conduit plus à la responsabilité, ce qui heurte le bon sens<sup>74</sup>.

L'article 6.18, §1<sup>er</sup>, al. 2 prévoit que :

« Si un fait générateur de responsabilité n'est pas une condition nécessaire du dommage pour la seule raison qu'un ou plusieurs autres faits simultanés, ensemble ou séparément, sont une condition suffisante de ce même dommage, il constitue néanmoins une cause de celui-ci ».

<sup>74</sup> Cette problématique est illustrée dans les développements par l'exemple suivant : « Un acheteur acquiert auprès de deux fournisseurs des matières premières et une machine pour les transformer. Les deux fournisseurs ne respectent pas leur engagement. Même si la machine avait été livrée à temps, il y aurait de toute façon eu une perte de production due au manque de matières premières. L'inexécution par le fournisseur de la machine n'est pas une condition nécessaire du dommage ; il en est de même en ce qui concerne la livraison des matières premières si la machine n'est pas disponible ». L'application rigoureuse de la théorie de l'équivalence des conditions peut offrir à celui qui est responsable d'un fait générateur le moyen d'échapper à sa responsabilité ce qui n'est guère acceptable, pour les rédacteurs du projet, d'un point de vue politique. La commission prend dès lors le parti, dans ces situations, de « déroger à la règle qui veut que la faute soit une condition nécessaire du dommage » (Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p. 101). Dans la proposition de loi de 2023, les exemples suivants sont épinglés : « Quelqu'un jette une bombe incendiaire dans une maison. Simultanément, un court-circuit se produit dans une pièce contenant des substances combustibles à la suite des travaux d'un électricien. Tant la bombe incendiaire que le court-circuit auraient été suffisants pour provoquer l'incendie. L'incendie volontaire n'est alors plus une condition nécessaire de l'incendie et n'entraîne donc pas de responsabilité. Le problème se pose également dans les cas où un dommage ne se produit que si une certaine valeur-seuil est dépassée. Un exemple. Selon les statuts d'une personne morale, une majorité de six membres est requise au sein du conseil d'administration. Sept membres votent, sans concertation préalable, pour une décision illégale. Chacun d'eux peut faire valoir que les décisions illégales et le préjudice qui en est résulté seraient également survenus sans son vote, de sorte que celui-ci n'était pas une condition nécessaire. Ainsi, personne ne serait responsable. L'application du seul critère de sélection de la condition nécessaire ne conduit pas, dans des cas comme ceux-ci, à des résultats acceptables. Celui qui est responsable d'un fait normalement générateur de responsabilité ne doit pas échapper à sa responsabilité uniquement parce qu'un ou plusieurs autres événements ont suffi à causer le dommage » (Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 89).

## 24. Causalités multiples (renvoi)

Les articles 6.19 à 6.21 abordent la question de pluralité de causes et, plus spécifiquement, le régime applicable aux fautes concurrentes, communes et collectives ainsi qu'à l'aide et l'incitation (voy. *infra* n°35).

### c) Perte d'une chance

## 25. Contextualisation

Une autre modification concerne l'introduction en droit belge d'une responsabilité proportionnelle. L'exigence de certitude du lien de causalité était considérée comme trop rigide. La jurisprudence pallie les difficultés au moyen d'expédients tels que la théorie de la perte d'une chance. Initialement créée pour obvier aux difficultés liées à l'absence de certitude du dommage, cette théorie est sortie de son carcan pour s'étendre aux hypothèses où la victime a perdu la chance d'éviter la survenance d'un risque. Cette conception dite « extensive » est critiquée par de nombreux auteurs<sup>75</sup> qui n'y voient qu'un artifice tandis qu'elle donne lieu à une jurisprudence particulièrement discordante de la Cour de cassation<sup>76</sup>.

## 26. Solution préconisée

Les articles 6.22 et 6.23 prévoient désormais deux catégories de responsabilité proportionnelle. La première remplace la théorie de la perte d'une chance tandis que la seconde concerne les cas d'incertitudes liées à l'identité du responsable.

« Art. 6.22. Incertitude quant au caractère causal de la faute - Perte d'une chance  
Lorsqu'il n'est pas certain que la faute commise par la personne dont la responsabilité est invoquée est une condition nécessaire du dommage parce que le dommage aurait pu se produire également si cette personne s'était comportée

---

<sup>75</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 113.

<sup>76</sup> Voy. en faveur d'un rejet de la conception extensive de la perte d'une chance : Cass., 1er avril 2004, *J.D.J.*, 2004, liv. 239, 44, note, *R.W.*, 2004-2005, 106, note BOONE, *J.T.*, 2005, 357, note N. ESTIENNE, *R.G.D.C.*, 2005, 368, note EYBEN, *NjW*, 2005, 628, note LIERMAN, *J.L.M.B.*, 2006, 1076, note E. MONTERO, PÜTZ ; Cass., 12 octobre 2005, *Pas.*, 2005, 1913 ; Cass., 6 décembre 2013, C.10.0204. F. Voy. en faveur de l'admission de cette conception extensive : Cass., 5 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 350, *J.T.*, 2009, 28 et note PÜTZ ; Cass., 26 juin 2008, *Pas.*, 2008, II, n° 406 ; Cass., 17 décembre 2009, *Pas.*, 2009, III, n° 757 ; Cass., 15 mars 2010, *Pas.*, 2010, I, n° 182 ; Cass., 23 septembre 2013, C.12.0559.N, *J.T.T.*, 2013, 493, *Pas.*, 2013, 1755, *R.G.A.R.*, 2014, n° 15106, *R.W.*, 2013-2014, 940.

de manière licite plutôt que de commettre une faute, la personne lésée a droit à une réparation partielle en proportion de la probabilité que cette faute ait causé le dommage. Cette disposition s'applique par analogie en cas de responsabilité pour des fautes commises par une personne dont on est responsable en vertu du chapitre 2, section 2.

Art. 6.23. Incertitude quant à l'identité du responsable - Causes alternatives

Si plusieurs faits similaires dont sont responsables des personnes différentes ont exposé la personne lésée au risque de survenance du dommage qui s'est produit, sans qu'il soit possible de démontrer lequel de ces faits a causé le dommage, chacune de ces personnes est responsable en proportion de la probabilité que le fait dont elle répond ait causé le dommage. Celle qui prouve que le fait dont elle répond n'est pas une cause du dommage n'est toutefois pas responsable ».

Dans la première hypothèse, la responsabilité est proportionnelle à la probabilité que le fait générateur de responsabilité ait causé le préjudice<sup>77</sup>. L'objectif consiste à « atteindre le même résultat que la jurisprudence qui accepte de réparer la perte d'une chance, mais au moyen d'une autre technique juridique. Il permet ainsi d'éviter l'écueil lié à la création de ce préjudice distinct mais souvent artificiel »<sup>78</sup>. Dans la seconde hypothèse, on vise la situation où « plusieurs personnes, par des faits générateurs de responsabilité distincts, ont exposé la personne lésée à un risque de survenance du dommage qui s'est réalisé, mais que l'on ne peut pas déterminer précisément qui l'a causé, chacune d'elles est responsable en proportion de la probabilité qu'elle ait causé ce dommage »<sup>79</sup>. La proportionnalité se détermine par la probabilité que la personne qui a exposé la victime à un risque ait causé le dommage.

---

<sup>77</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 113 ; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 107.

<sup>78</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 127. Voy. aussi Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 112.

<sup>79</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 135-136. Voy. aussi Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 118.

## 6. Les disparus

### 27. La présomption de responsabilité des instituteurs

La présomption de responsabilité des instituteurs qui figurait à l'article 1384, alinéa 4 de l'ancien Code civil est abrogée. D'une part, le législateur souligne qu'elle a perdu de son intérêt dès lors que « la plupart des instituteurs sont des préposés de l'établissement d'enseignement ou des agents subordonnés des pouvoirs publics »<sup>80</sup>. D'autre part, le critère de la fonction d'enseignement ne paraît plus en phase avec la société moderne. Le régime ne disparaît pas totalement du paysage juridique puisqu'il réapparaît à l'article 6.13, §2 sous la forme d'une présomption de responsabilité à charge des établissements d'enseignement (voy. *supra* n°20)

### 28. La responsabilité du propriétaire du fait de la ruine des bâtiments

Au rang des disparus, on pointe également la responsabilité du propriétaire du fait de la ruine des bâtiments. Bien qu'abrogée, cette responsabilité du propriétaire peut aisément être appréhendée sous le prisme de la responsabilité générale du fait des choses vicieuses.

## 7. Au-delà de la fonction indemnitaire, les fonctions préventive voire punitive de la responsabilité

### 29. Mise en avant de la fonction préventive

L'occasion de favoriser davantage la fonction préventive du droit de la responsabilité civile fut saisie au bond par le législateur.

Ce souhait est rencontré aux articles 6.28 et 6.40 du Code civil.

« Art. 6.28. Prévention d'un dommage

Les frais résultant des mesures urgentes et raisonnables prises par la personne lésée pour prévenir un dommage imminent ou l'aggravation d'un dommage, sont à la charge du responsable ou de celui qui serait responsable si le dommage s'était produit, même lorsqu'ils ont été exposés sans résultat.

Le juge peut prononcer à l'encontre du responsable un ordre ou une interdiction visant à prévenir l'aggravation du dommage qui pourrait résulter de la répétition ou de la continuation du fait dommageable.

---

<sup>80</sup> Voy. pour une critique de cet argument, BOTMAN, DE DUVE, HYGEN MEYER, JAFFERALI, MASSAGER, THÜNGEN, VAN GYSEL, « Commentaires relatifs à l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil », 22, <http://www.ulb.ac.be/newsletters/droit.php?d=2&c=1&nl=38&cat=9>.

#### Art. 6.40. Ordre ou interdiction

En cas de violation avérée ou de menace grave de violation d'une règle légale imposant un comportement déterminé, le juge peut, à la demande d'une partie qui démontre qu'elle subira une atteinte à ses biens ou à son intégrité physique en raison de cette violation, prononcer un ordre ou une interdiction visant à faire respecter cette règle légale ».

Tout d'abord, l'article 6.28, §1<sup>er</sup>, permet à la personne lésée qui a pris des mesures en vue de prévenir ou limiter son dommage d'en postuler le remboursement, peu importe que ces mesures aient finalement atteint le but recherché<sup>81</sup>. La charge de ce remboursement incombe non seulement à la personne responsable du dommage mais aussi, lorsque les mesures prises par le demandeur se sont avérées fructueuses, à la personne qui aurait été responsable si le dommage s'était produit.

Le second paragraphe offre par ailleurs au juge la faculté d'ordonner une mesure ou d'imposer une interdiction en vue de prévenir l'aggravation du dommage qui pourrait résulter de la répétition ou de la continuation du fait dommageable.

L'article 6.40 rejoint les mêmes préoccupations. « Même s'il n'est pas encore question de dommage, un ordre ou une interdiction du juge peut malgré tout se justifier pour prévenir le dommage »<sup>82</sup>.

La crainte d'un préjudice futur permet désormais au juge d'ordonner la cessation du comportement fautif qui risque de le provoquer. Seul est visé le cas de violation avérée ou de menace grave de violation d'une règle légale imposant un comportement déterminé.

Ces nouveaux outils pour le juge ne peuvent toutefois se confondre avec les injonctions et interdictions qui sont prononcées au titre de réparation en nature<sup>83</sup>. L'objectif demeure ici de faire respecter le prescrit de l'article 6.6, §1<sup>er</sup>.

Aucune obligation de limiter son dommage ne pèse sur la victime<sup>84</sup> qui reste uniquement tenue au respect du devoir général de prudence qui s'impose à tous.

---

<sup>81</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 113 ; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 142.

<sup>82</sup> Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 162.

<sup>83</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 193 ; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 162.

<sup>84</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme



### 30. Percée timide de la fonction punitive ?

Lorsque l'auteur du fait dommageable conserve, malgré le paiement à la victime de dommages et intérêts, un intérêt à transgresser la règle de droit dès lors que sa violation lui confère un bénéfice dont le montant est supérieur à ces dommages et intérêts<sup>85</sup>, on parle généralement de « faute lucrative ». L'article 6.31, §3 a vocation à enrayer ce genre de comportements :

« Lorsque le responsable a, intentionnellement et dans le but de réaliser un profit, violé un droit de la personnalité de la personne lésée ou porté atteinte à son honneur ou à sa réputation, le juge peut accorder à la personne lésée une indemnité complémentaire égale à tout ou partie du bénéfice net réalisé par le responsable ».

L'objectif poursuivi est de permettre au juge de condamner l'auteur d'une fraude à transférer à la victime tout ou partie des profits réalisés illicitement<sup>86</sup>.

Même si la fonction punitive du droit de la responsabilité civile n'est, aux dires du législateur, pas consacrée<sup>87</sup>, l'on peut se demander si une première brèche n'a pas été entrouverte avec l'apparition de cet article. La subtilité tiendrait, en réalité, au fait que l'article 6.31, §3, est envisagé « comme un mode de réparation du dommage et non au titre d'une peine civile »<sup>88</sup>. La sanction se rapprocherait plutôt des dommages et intérêts restitutoires et répondrait à une fonction dissuasive.

---

du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 165-166 ; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 141.

<sup>85</sup> Voy. sur la notion de faute lucrative VÉRON, « Réflexions sur la faute lucrative dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », in PIGNARRE (dir.), *La réforme du droit de la responsabilité*, Actes du colloque du 25 novembre 2016, Faculté de Droit et de Science politique de l'Université de Montpellier, 2017, 213.

<sup>86</sup> *Ibidem*.

<sup>87</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 5 ; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 7.

<sup>88</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p. 12. Voy. aussi Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 13.

### 31. Renforcement de la fonction indemnitaire

La fonction indemnitaire de la responsabilité civile est toujours au centre des préoccupations. En témoigne d'ailleurs l'attention toute particulière dont fait l'objet l'indemnisation du préjudice corporel. On songe notamment aux dispositions relatives au concours de responsabilités (voy. *supra* n°16) ainsi qu'à celles afférentes à l'aggravation du dommage (voy *infra* n°46).

### 8. L'intégration des régimes spéciaux

#### 32. Rapatriement partiel au sein du Code

La dernière nouveauté de la réforme a trait à l'intégration des régimes spéciaux de responsabilité dans le Code civil. Le caractère morcelé du droit de la responsabilité civile était en effet décrié depuis de nombreuses années. L'essor des régimes particuliers avait conduit à une fragmentation des règles du droit de la responsabilité civile.

La solution suggérée n'est en réalité qu'un pis-aller. L'intégration n'est que partielle et le caractère épars des législations particulières subsiste. Seule la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux<sup>89</sup> est rapatriée au sein du Code. Le législateur justifie cette mise à l'écart par le caractère hétéroclite de ces législations et l'impossibilité de les rationaliser<sup>90</sup>. De plus, il est avancé que certains régimes d'indemnisation financés par le biais de l'assurance ou d'un fonds d'indemnisation comportent des particularités propres qui s'accommodent mal d'une intégration dans le Code et dont la nature de véritable régime de responsabilité est discutée<sup>91</sup>. D'autres législations pourraient toutefois venir s'ajouter à l'avenir<sup>92 93</sup>.

<sup>89</sup> *M.B.*, 22 mars 1991.

<sup>90</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 14 ; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 14-15.

<sup>91</sup> Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 14-15.

<sup>92</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 6 ; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 7.

<sup>93</sup> On songe notamment à la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques (*M.B.*, 27 février 2003), à la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules auto-

On relèvera que le projet d'insertion d'un régime de responsabilité sans faute pour activités particulièrement dangereuses n'a finalement pas vu le jour<sup>94</sup>.

## **Section 2. Les interventions ciblées**

### **1. Les causes d'exonération de la responsabilité**

#### **33. Ancrage dans le Code de la théorie des faits justificatifs**

La théorie des faits justificatifs (erreur invincible, état de nécessité, légitime défense, ordre de la loi ou ordre d'une autorité conforme à la loi) acquiert ses lettres de noblesse à l'article 6.8. Le consentement de la personne lésée<sup>95</sup> fait par ailleurs son apparition dans la liste. L'appellation " faits justificatifs " est toutefois abandonnée au profit du terme générique de causes exonératoires.

#### **34. Définition de la force majeure**

Dans la nouvelle structure du Code, la force majeure est détachée du lien de causalité et est appréhendée parmi les dispositions relatives à la faute.

L'article 6.7 dispose :

« Il y a force majeure lorsqu'il est impossible de respecter la règle de conduite applicable.

La personne qui se trouve dans l'impossibilité de respecter la règle de conduite applicable n'est pas responsable sur la base de l'article 6.5, à moins que l'impossibilité ne résulte de sa propre faute.

---

moteurs *M.B.*, 8 décembre 1989), à la loi du 3 juillet 2005 relative aux droits des volontaires (*M.B.*, 29 août 2005), à la loi du 14 juillet 1961 relative à la réparation des dégâts causés aux champs, fruits et récoltes par le gros gibier (*M.B.*, 28 juillet 1961), à la loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé (*M.B.*, 2 avril 2010), à la loi du 22 juillet 1985 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire (*M.B.*, 31 août 1985), à la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail (*M.B.*, 24 avril 1971), à la loi du 1<sup>er</sup> août 1985 portant des mesures fiscales et autres (*M.B.*, 6 août 1985), modifiée à de multiples reprises, et l'arrêté royal du 18 décembre 1986 relatif à la commission pour l'aide financière aux victimes d'actes intentionnels de violence et aux sauveteurs occasionnels (*M.B.*, 20 février 1987).

<sup>94</sup> Voy. les articles 5.190 à 5.196 de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil du 28 mars 2018 que l'on ne retrouve pas dans les propositions de loi subséquentes.

<sup>95</sup> Le paragraphe 5 de la disposition précise que « Aucune responsabilité pour faute ne peut être engagée lorsque la personne lésée a valablement consenti à ce que l'on porte atteinte à des intérêts dont elle pouvait disposer ».

Dans l'appréciation de cette impossibilité, il est tenu compte du caractère imprévisible ou inévitable du fait qui empêche le respect de cette règle ».

Bien que la force majeure soit déjà définie à l'article 5.226 dans le livre consacré au droit des obligations<sup>96</sup>, le législateur a jugé utile de réserver à la force majeure une acception particulière en droit de la responsabilité extracontractuelle. Il se justifie en ces termes : La force majeure « a été ajustée à l'obligation contractuelle lorsque l'exonération pour force majeure se réfère à la non-exécution de celle-ci. En cas de faute extracontractuelle, la force majeure ne se réfère cependant pas à l'impossibilité d'exécuter une obligation, mais empêche la naissance d'une autre obligation, à savoir l'obligation de réparer le dommage causé par la faute »<sup>97</sup>.

Dans sa version initiale, la force majeure était considérée comme « un événement qui se produit indépendamment de la volonté de celui qui viole la règle de conduite et que celui-ci ne peut ni prévoir ni empêcher »<sup>98</sup>.

Plutôt que de les maintenir au rang de véritables conditions, il est apparu plus judicieux de voir dans les critères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité des éléments d'appréciation de l'existence de la force majeure.

### **35. Le sort des traditionnelles causes étrangères exonératoires**

Le fait d'un tiers et la faute de la personne lésée, souvent présentés aux côtés de la force majeure comme les deux autres causes étrangères exonératoires, sont traités plus loin dans la partie relative au lien de causalité (articles 6.18 à 6.23). C'est au sein même de ces articles que sont désormais réglées expressément les hypothèses de faute commune, de faute collective ainsi que d'aide et d'incitation. Cette dernière hypothèse est réglée à l'article 6.19, §2, al. 2 qui dispose que « Quiconque incite une autre personne à commettre une faute ou lui apporte son aide à cette fin, est responsable in solidum avec cette

---

<sup>96</sup> L'article 5.226 intitulé « Force majeure » dispose :

« § 1<sup>er</sup>. Il y a force majeure en cas d'impossibilité pour le débiteur, qui ne lui est pas imputable, d'exécuter son obligation. A cet égard, il est tenu compte du caractère imprévisible et inévitable de l'obstacle à l'exécution.

Le débiteur est libéré lorsque l'exécution de l'obligation est devenue définitivement impossible par suite de la force majeure. L'exécution de l'obligation est suspendue pendant la durée de l'impossibilité temporaire.

§ 2. Dès que le débiteur a connaissance ou doit avoir connaissance d'une cause d'impossibilité d'exécution, il doit en informer le créancier dans un délai raisonnable. Si le débiteur manque à ce devoir, il est tenu de réparer le dommage qui en résulte ».

<sup>97</sup> Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 54.

<sup>98</sup> Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 28 mars 2018. Nous soulignons.

personne du dommage causé par cette faute ». Cet article décharge la personne lésée de l'obligation d'apporter « la preuve distincte que le dommage ne serait pas né sans l'action de celui qui a aidé ou incité à commettre la faute »<sup>99</sup>.

## 2. La définition de la faute

### 36. Définition de la faute et élément d'appréciation

Une définition de la faute figure à l'article 6.6 : « La faute consiste dans un manquement à une règle légale imposant ou interdisant un comportement déterminé ou à la norme générale de prudence qui doit être respectée dans les rapports sociaux ». On retrouve les deux sources de la faute identifiées sous l'empire du Code Napoléon : « La faute résulte donc, en d'autres termes, soit de la violation d'un devoir précis énoncé par la loi soit de la méconnaissance du devoir général de prudence qui s'impose à tous dans les rapports sociaux »<sup>100</sup>.

Des critères d'appréciation, destinés à faciliter le travail des juges pour fixer la règle de conduite à respecter lorsque la faute résulte de la violation de la norme générale<sup>101</sup>, sont ensuite expressément mentionnés à l'article 6.6, §2, du Code.

« § 2. La norme générale de prudence impose d'adopter un comportement conforme à celui qu'aurait adopté une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances.

A cet effet, peuvent notamment être pris en considération:

- 1° les conséquences raisonnablement prévisibles du comportement;
- 2° la proportionnalité entre le risque de survenance du dommage, sa nature et son étendue, et les efforts et mesures nécessaires pour l'éviter;
- 3° l'état des techniques et des connaissances scientifiques;
- 4° les règles de l'art et les bonnes pratiques professionnelles;
- 5° les principes de bonne administration et de bonne organisation ».

---

<sup>99</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 105. Voy. aussi Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 96.

<sup>100</sup> Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 41.

<sup>101</sup> Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 50.

### 37. Absence de consécration de la violation d'un droit subjectif comme troisième source de la faute

A l'instar de la France, le législateur n'a pas entendu s'aventurer dans la consécration à l'article 6.5, d'une troisième source de la faute « qui résulterait de la violation d'un droit subjectif »<sup>102</sup>. Le législateur estime que « L'élément matériel de la faute correspond dans ce cas à la violation du devoir de respect issu de l'opposabilité du droit subjectif aux tiers, ce qui équivaut à la violation d'une règle de conduite imposant un comportement déterminé. Il s'agit donc bien d'une hypothèse où la faute trouve sa source dans une règle de conduite déterminée »<sup>103</sup>.

### 38. Disparition de l'élément subjectif de la faute : position du problème

L'élément subjectif de la faute était également source de confusion<sup>104</sup>. Le concept d'imputabilité était, tout d'abord, peu clair<sup>105</sup>. Ensuite, une autre difficulté découlait du fait que l'élément subjectif ou moral de la faute recouvre deux réalités différentes<sup>106</sup>. *Primo*, l'auteur de la faute devait être doté de discernement<sup>107</sup> (*schuldbekwaamheid*). Cette capacité de discernement se définit « comme l'aptitude d'une personne à apprécier les conséquences de ses actes »<sup>108</sup>. Les cas envisagés étaient les enfants en bas-âge, l'inconscience passagère ainsi que les déments et malades mentaux. On se penchait sur la

<sup>102</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil Rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, 46, <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>. Voy. sur cette catégorie de faute, LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles, Larcier, 2005 ; LÉONARD, « Atteintes aux droits subjectifs et responsabilité civile : réflexions suite à l'adoption de la loi du 10 mai 2007 relative aux aspects civils de la protection des droits de propriété intellectuelle », in WÉRY, *Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles*, coll. CUP, n° 96, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 216 ; LÉONARD, « Faute extra-contractuelle et juridictions commerciales : principes et plaidoyer pour un retour à une vision unitaire de la faute », *R.D.C.*, 2013, 951-984.

<sup>103</sup> Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 43.

<sup>104</sup> Voy. GEORGE, HUBIN, « Les prestataires intermédiaires de la société de l'information face au droit commun de la responsabilité extracontractuelle », *A&M*, 2018, à paraître.

<sup>105</sup> Voy. FAGNART, « Introduction générale au droit de la responsabilité », *Responsabilité. Traité théorique et pratique*, Livre 1, Kluwer, 1999, 18-19, n°34 ; THUNIS, « Théorie générale de la faute, vol. 3, La faute comme acte imputable à son auteur », in *Responsabilité, Traité théorique et pratique*, Titre II, livre 20ter, Kluwer, 2011, 6.

<sup>106</sup> VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2015, 374 s.

<sup>107</sup> Voy. sur la capacité de discernement, DANDROY, « Appréciation in abstracto de la faute civile extracontractuelle », *Annales de droit de Louvain*, vol. 70, 2007, n°2, 123 s.

<sup>108</sup> DUBUISSON, CALLEWAERT, DE CONINCK, GATHEM, La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007, vol. 1., *Le fait générateur et le lien causal, Les Dossiers du Journal des tribunaux*, n° 74, Bruxelles, Larcier, 2009, 35.

capacité de celui qui pose l'acte au regard de la personne ou de la personnalité de l'individu<sup>109</sup>. *Secundo*, la capacité de discernement ne devait pas avoir été « annihilée au moment où le comportement litigieux a été commis (toerekenbaarheid) »<sup>110</sup>. Se posait la question de savoir si l'acte pouvait être « imputé » subjectivement à l'individu comme issu de sa volonté libre et consciente »<sup>111</sup>. On voyait poindre ici la théorie des faits justificatifs.

Le maintien de l'élément subjectif de la faute était de surcroît de plus en plus contesté par une partie de la doctrine<sup>112</sup> tandis que l'arrêt de la Cour de cassation du 9 février 2017<sup>113</sup> n'avait fait que raviver les discussions<sup>114</sup>. L'attendu principal de l'arrêt précité avait, en effet, donné lieu à des interprétations sensiblement divergentes<sup>115</sup>.

### 39. Disparition de l'élément subjectif de la faute : la réforme

Aux abonnés absents de la réforme, on retrouve donc l'élément subjectif de la faute. Le législateur franchit un cap supplémentaire par rapport à l'arrêt de Cour de cassation du 9 février 2017 en laissant tomber l'élément moral de la faute<sup>116</sup>. L'élément moral est

<sup>109</sup> LÉONARD, « Faute extra-contractuelle et juridictions commerciales : principes et plaidoyer pour un retour à une vision unitaire de la faute », *R.D.C.*, 2013, p. 958.

<sup>110</sup> THUNIS, « Théorie générale de la faute », vol. 3, *La faute comme acte imputable à son auteur* », in *Responsabilité, Traité théorique et pratique*, Titre II, livre 20ter, Kluwer, 2011, 29.

<sup>111</sup> LÉONARD, « Faute extra-contractuelle et juridictions commerciales : principes et plaidoyer pour un retour à une vision unitaire de la faute », *R.D.C.*, 2013, 958.

<sup>112</sup> FAGNART, « Vers la faute objective », note sous Cass., 9 février 2017, *R.C.J.B.*, 2018, 42-64.

<sup>113</sup> Cass., 9 février 2017, *R.C.J.B.*, 2018, 211, note FAGNART, *For. Ass.*, 2017, 37, note GOFFAUX.

<sup>114</sup> L'affaire soumise initialement au juge du fond concernait le placement d'un pylône de transport électrique sur le terrain d'autrui. La société en charge de l'implantation estimait n'avoir commis aucune faute dès lors que la violation de la norme légale ou réglementaire n'était pas libre et consciente. L'argumentation fut suivie par le tribunal de commerce statuant en degré d'appel.

Dans son arrêt du 9 février 2017, la Cour casse toutefois le jugement du tribunal de commerce. Elle rappelle tout d'abord que « la transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue en soi une faute qui entraîne la responsabilité civile de son auteur, à condition que cette transgression soit commise librement et consciemment ». Elle ajoute cependant une précision qui a retenu l'attention des commentateurs : « il n'est pas nécessaire que l'auteur de la transgression ait conscience qu'il la commet ». La Cour conclut enfin que dans la mesure où les juges n'ont pas examiné l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, ils ne pouvaient légalement décider que la violation de la norme n'avait pas été libre et consciente de sorte que l'élément moral nécessaire à la reconnaissance d'une faute faisait défaut.

<sup>115</sup> Voy. GOFFAUX, « La conscience de l'illégalité de l'acte : acte préalable à une responsabilité civile », note sous Cass., 9 février 2017, *For. Ass.*, 2017, p. 217 n'y voit qu'un rappel du caractère strict de l'appréciation de l'erreur invincible. L'arrêt aurait uniquement cette vocation : rappeler que la croyance légitime de la légalité de son action n'est pas un élément déterminant. Comp. avec FAGNART, « Vers la faute objective », note sous Cass., 9 février 2017, *R.C.J.B.*, 2018, 42-64 qui considère que l'arrêt marque une avancée significative vers la théorie de la faute objective.

<sup>116</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22

jugé superflu dès lors qu'il est abordé par « d'autres moyens juridiques ». Le principe nouveau est clamé haut et fort : « La définition de la faute se réduit donc, en principe, à son élément objectif ou matériel »<sup>117</sup>.

L'élément subjectif sort ainsi par la porte tout en se réservant un droit d'entrée par deux fenêtres. D'une part, plusieurs dispositions viennent régir le cas des personnes privées de discernement (art. 6.9 et 6.11, *infra* n°40). D'autre part, l'élément moral rejaillit au stade des causes d'exclusion. L'agent fautif peut toujours échapper à sa responsabilité en démontrant l'existence d'une erreur invincible, d'un état de nécessité, d'un cas de légitime défense ou de l'ordre de la loi ou de l'autorité.

Le législateur prend le soin de préciser dans les travaux préparatoires que l'ignorance de l'existence du droit d'autrui ne suffit pas à écarter l'existence d'une faute<sup>118</sup>.

#### 40. La capacité de discernement des mineurs

Le législateur fait le choix de régler dans des dispositions particulières le cas de deux catégories de personnes privées de discernement. Les articles 6.9 et 6.10 traitent des mineurs tandis que l'article 6.11 régit la situation des personnes atteintes d'un trouble mental.

Le système mis en place pour les mineurs est novateur puisqu'il ne requiert plus de vérifier en fait et au cas par cas si le mineur est doté de la capacité de discernement. Le législateur, dans un but de sécurité juridique, fixe de manière absolue, l'âge à partir duquel le mineur va devoir répondre personnellement de ses actes. C'est l'âge de 12 ans<sup>119</sup> qui est retenu et qui « correspond à l'âge utilisé dans le droit de la famille pour reconnaître certaines capacités au mineur »<sup>120</sup>.

Les mineurs qui n'ont pas atteint cet âge pivot ne sont pas tenus responsables de leurs actes (article 6.9) à l'inverse de ceux qui ont atteint ces 12 ans (article 6.10). Dans

---

août 2018, 45 ; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 42.

<sup>117</sup> Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 42. Le législateur nuance ensuite en ces termes « mais cela n'implique nullement que tout élément subjectif disparaisse des conditions de la responsabilité personnelle ».

<sup>118</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 47.

<sup>119</sup> Dans la première version du projet, c'est l'âge de quatorze ans qui avait été retenu à l'article 5.153 (Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 28 mars 2018).

<sup>120</sup> *Ibidem*, 64. La commission mentionne notamment : « l'article 329bis, § 1er, du Code civil (refus de consentement en matière de reconnaissance), à l'article 348-1 du Code civil (consentement en matière d'adoption), à l'article 349-2 du Code civil (consentement au changement de prénom de l'adopté) et à l'article 1004/1 du Code judiciaire (droit d'audition) ».



cette dernière hypothèse, il est toutefois loisible au juge de modérer le montant de l'indemnité en statuant selon l'équité en tenant compte des circonstances et de la situation économique et financière des parties (article 6.10, alinéa 2). Une balise est toutefois posée à l'article 6.10, alinéa 3 : « L'indemnité ne peut pas être inférieure au montant pour lequel un assureur couvre effectivement la responsabilité du mineur ».

On retrouve, en filigrane, le régime applicable sous l'empire du Code Napoléon pour les déments et anormaux à l'article 1386-*bis* et reproduit, désormais, à l'article 6.11<sup>121</sup>.

### 3. Le dommage

#### 41. Aperçu

Les retouches concernant le dommage sont nombreuses. On voit tout d'abord poindre une nouvelle *summa divisio* entre atteinte et dommage (article 6.24<sup>122</sup>). La définition du dommage comme lésion d'un intérêt (stable et) légitime est donc abandonnée. Par ailleurs, une condition de licéité du dommage fait son apparition.

Bien qu'ils traitent également du dommage, les articles 6.25 à 6.27 ne seront pas abordés dès lors qu'ils n'emportent pas de grandes nouveautés. Le caractère personnel et certain du dommage est ainsi rappelé tandis que le préjudice par répercussion fait l'objet de clarifications.

#### 42. Distinction entre atteinte et dommage

Une vision « plus structurante et dynamique »<sup>123</sup> du dommage est proposée. Elle dérive non d'un bouleversement mais d'une « volonté de clarification et de remise en ordre »<sup>124</sup>. On distingue, d'une part, l'atteinte à un intérêt juridiquement protégé et, d'autre part, les répercussions de cette atteinte. L'atteinte vise, notamment, l'atteinte à

---

<sup>121</sup> « Art. 6.11. Personnes atteintes d'un trouble mental. La personne atteinte d'un trouble mental qui abolit ou altère gravement sa capacité de discernement ou le contrôle de ses actes est responsable du dommage causé par sa faute ou par un autre fait générateur de responsabilité. Le juge peut néanmoins décider qu'aucune indemnité n'est due par cette personne ou limiter le montant de l'indemnité de la façon prévue à l'article 6.10, alinéa 2, compte tenu de l'article 6.10, alinéa 3 ».

<sup>122</sup> « Art. 6.24. Règle de base. Le dommage consiste dans les conséquences économiques ou non économiques d'une atteinte à un intérêt personnel juridiquement protégé. Un dommage qui consiste dans la perte d'un avantage trouvant directement son origine dans une situation ou une activité illicite imputable à la personne lésée n'est pas réparable ».

<sup>123</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 5; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 7.

<sup>124</sup> *Ibidem*, 141.

l'intégrité physique, à la santé, à la vie, à un bien dont on est propriétaire, à un droit intellectuel ou à un droit de la personnalité, atteinte à une liberté...<sup>125</sup> Le dommage vise, par contre, conformément à l'article 6.24, al. 1<sup>er</sup>, « les conséquences économiques ou non économiques d'une atteinte à un intérêt personnel juridiquement protégé ».

Cette conception duale n'est pas neuve. Elle avait déjà été prônée en 2015 par B. Dubuisson et P. Colson<sup>126</sup> comme « point d'entrée de la nomenclature des préjudices ».

Cette vision du dommage entraîne plusieurs conséquences. Ainsi, l'existence d'une atteinte n'entraîne pas nécessairement avec elle de dommage<sup>127</sup>. En outre, la preuve du lien de causalité sera double : elle concernera tant la causalité entre le fait générateur et l'atteinte que la causalité entre l'atteinte et le dommage. On notera aussi qu'un même fait générateur peut entraîner plusieurs atteintes<sup>128</sup>.

Le raisonnement ne s'arrête toutefois pas là. Une fois l'atteinte et ses répercussions déterminées, une troisième étape consistera à fixer l'étendue du dommage et le mode de réparation adéquat. C'est au chapitre 5 consacré aux conséquences de la responsabilité qu'il conviendra alors de se référer (articles 6.30 et s.). Cette distinction entre atteinte, résultats de l'atteinte et modes de réparation devrait, selon le vœu du législateur, « permettre de mieux sérier les problèmes »<sup>129</sup>.

### 43. L'atteinte à un intérêt juridiquement protégé

Plutôt que d'entériner la définition du dommage comme la lésion d'un intérêt stable et légitime<sup>130</sup>, le législateur fait sienne l'idée selon laquelle le dommage résulte de la lésion d'un intérêt juridiquement protégé. L'intérêt juridiquement protégé s'entend d'un

<sup>125</sup> *Ibidem*, 142.

<sup>126</sup> DUBUISSON, COLSON, « Nomenclature des préjudices réparables », *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 604.

<sup>127</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 142.

<sup>128</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 148 ; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 126.

<sup>129</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 147 ; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 125.

<sup>130</sup> Voy. sur cette notion et les critiques y relatives, COLSON, « La définition du dommage comme lésion d'un intérêt stable et légitime ? », in ROBAYE (coord.), *Questions spéciales relatives à la réparation du dommage*, Limal, Anthemis, 2017, 27 s.

« intérêt reconnu et protégé par le droit »<sup>131</sup>. La même approche est adoptée par l'article 823 du BGB allemand sous la réserve importante que, contrairement au droit allemand, la loi belge n'énumère pas les intérêts dignes de protection. Le droit belge se veut plus ouvert et n'impose aucun filtre à l'entrée en « fonction de la nature de l'importance sociale des intérêts à protéger »<sup>132</sup>. Il incombe dorénavant au juge de déterminer si l'atteinte est protégée par le droit.

« Le seul fait pour le demandeur de se trouver dans une situation illicite au moment de la survenance du dommage n'implique pas nécessairement que la victime ne puisse se prévaloir de la lésion d'un intérêt légitime ou de la privation d'un avantage légitime »<sup>133</sup>. Partant, comme le précise l'exposé des motifs de la première mouture du projet de réforme, n'est ainsi pas exclue « l'indemnisation d'un passager blessé lors d'un accident de chemin de fer qui n'avait pas de titre de transport au moment de l'accident ou d'une personne en séjour irrégulier blessée dans un accident de voiture »<sup>134</sup>.

#### 44. Licéité du dommage

L'article 6.24, alinéa 2 énonce que « Un dommage qui consiste dans la perte d'un avantage trouvant directement son origine dans une situation ou une activité illicite imputable à la personne lésée n'est pas réparable ». Que l'on ne s'y trompe pourtant pas, cette condition de licéité du dommage ne se confond pas avec celle d'intérêt légitime<sup>135</sup>. Le contrôle porte ici « sur l'existence concrète du dommage et sur son caractère réparable »<sup>136</sup> : s'il existe un lien suffisamment étroit entre la situation ou l'activité illicite et le

<sup>131</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 146 ; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 128.

<sup>132</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 142 ; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 126.

<sup>133</sup> Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, p.129.

<sup>134</sup> *Ibidem*, 154. Voy. aussi Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 129.

<sup>135</sup> Voy. sur la question délicate de la portée de cette notion, JAFFERALI, « L'intérêt légitime à agir en réparation – Une exigence... illégitime ? », *J.T.*, 2012, 253-264.

<sup>136</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 149 ; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 128.

dommage, ce dernier ne sera pas réparable. Il convient de vérifier si le dommage est ou non la conséquence directe de la situation illicite<sup>137</sup>.

Les travaux préparatoires nous livrent une illustration de l'articulation entre l'examen de l'intérêt juridiquement protégé et de celui de la licéité du dommage :

« Ainsi lorsqu'un apprenti boulanger est empêché de travailler à la suite d'un accident imputable à un tiers responsable et qu'il demande remboursement des revenus perdus résultant d'une activité exercée en violation des lois sociales, il y a lieu de raisonner en deux temps. L'atteinte à l'intégrité physique qu'il a subie consiste bien dans un intérêt juridiquement protégé mais il ne pourra toutefois obtenir réparation de la perte des revenus qu'il aurait gagnés au noir car, au sens du paragraphe 2, les revenus perdus résultent d'une activité illicite qui lui est imputable. Ces revenus ne peuvent donc pas être pris en compte dans la base d'évaluation en vue de déterminer les répercussions économiques de l'atteinte à l'intégrité physique. Les prendre en considération conduirait à donner effet à une activité illicite »<sup>138</sup>.

Encore est-il précisé que le droit à réparation est exclu si la situation illicite est personnellement imputable à la personne lésée afin de conforter, sur ce point, la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>139</sup>.

#### 45. Les répercussions de l'atteinte

Au-delà de la question de l'atteinte qui constitue la porte d'entrée du dommage, se pose la question des répercussions économiques et non économiques de celle-ci. On observera que loi du 7 février 2024 ne comporte pas de nomenclature des dommages<sup>140</sup>. Le

---

<sup>137</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p154.

<sup>138</sup> Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 130.

<sup>139</sup> Cass., 16 juin 2014, n° C.12.0402.F/1 (cas de pertes de rémunérations liées à un emploi public obtenu illégalement) cité dans Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 154. Voy. aussi Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001.

<sup>140</sup> « La proposition n'entend donc pas se substituer au tableau indicatif établi par l'Union royale des juges de paix et de police et l'Union nationale des magistrats de première instance » (Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 138).

législateur se contente de rappeler à l'article 6.26 la distinction fondamentale entre les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux.

#### 4. Les effets de la responsabilité

##### 46. Les effets de la responsabilité : l'aggravation des dommages

L'indemnisation des dommages qui résultent d'une atteinte à l'intégrité physique a retenu l'attention toute particulière du législateur (voy. *supra* n°31). Les dispositions relatives au dommage nouveau et à l'aggravation du dommage en constituent une illustration.

L'article 6.37<sup>141</sup> ouvre le droit pour la personne lésée ayant été indemnisée d'un dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité physique de postuler le bénéfice d'une indemnité complémentaire en présence d'un dommage nouveau<sup>142</sup> ou d'une aggravation<sup>143</sup> imprévisibles au moment de l'indemnisation initiale. L'article 6.37 ajoute toutefois une condition supplémentaire : le nouveau dommage ou l'aggravation du dommage préexistant doivent être imprévisibles au moment de l'indemnisation initiale.

L'article 6.37 prohibe les transactions qui impliqueraient, dans le chef de la victime de lésions corporelles, une renonciation à se prévaloir des droits conférés par ledit article. Même si la conclusion d'une transaction reste possible, la victime ne peut donc

---

<sup>141</sup> « Art. 6.37. Dommage nouveau et aggravation du dommage. La personne lésée qui a été indemnisée pour un dommage résultant d'une atteinte à son intégrité physique ou psychique peut demander des dommages et intérêts complémentaires pour un dommage nouveau ou une aggravation du dommage résultant de la même atteinte mais qui n'ont pas encore été pris en compte et dont elle ne pouvait raisonnablement pas avoir connaissance au moment de la décision du juge ou du règlement extrajudiciaire. La renonciation à ce droit ne produit aucun effet ».

<sup>142</sup> On vise ici « un dommage qui n'a pas été pris en compte, dans son principe, lors d'une évaluation précédente et qui était imprévisible à ce moment » (Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 188 ; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 158).

<sup>143</sup> Il s'agit d'un « dommage déjà indemnisé mais dont les conséquences se sont alourdies à la suite de circonstances imprévisibles au moment de l'évaluation antérieure » (Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 188 ; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 158).

plus transiger sur son droit d'obtenir une indemnité complémentaire dans les deux hypothèses susvisées<sup>144</sup>.

## 5. Les conditions d'application des régimes de responsabilité du fait des choses

### 47. Aperçu

Les articles 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, *in fine* et 1385 de l'ancien Code civil étaient souvent critiqués vu les distorsions qu'ils présentaient au niveau de leurs conditions d'application. La notion de vice était par ailleurs peu cohérente en droit des obligations. Le législateur semble avoir entendu ces critiques. Les modifications apportées tendent à un alignement des régimes tandis que la notion de vice est uniformisée.

#### a. La responsabilité du fait des choses

### 48. La notion de vice

La notion de vice de la chose était sujette à des interprétations différentes selon qu'elle était employée à l'article 1641 de l'ancien Code civil (garantie des vices cachés), de l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, *in fine* de l'ancien Code civil (responsabilité du fait des choses) ou dans la loi sur les produits défectueux<sup>145</sup>. Une partie de la doctrine plaidait dès lors pour une approche plus unitaire de cette notion.

La réforme s'inscrit dans la droite ligne de ces propositions. Le vice n'est plus abordé comme une caractéristique anormale de la chose mais sous l'angle des attentes légitimes en matière de sécurité. Une conception fonctionnelle du vice ancrée sur celle du défaut d'un produit défectueux se substitue à l'approche traditionnelle. Aux termes de l'article 6.16, al. 3 du Code, « Une chose corporelle est affectée d'un vice lorsque, en raison d'une de ses caractéristiques, elle n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre dans les circonstances données ».

---

<sup>144</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 188 ; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 158.

<sup>145</sup> Voy. DUBUISSON, « Développements récents concernant les responsabilités du fait des choses (choses, animaux, bâtiments) », *R.G.A.R.*, 1997, n° 12729, nos 25 s. ; MARCHETTI, « Quelques considérations à l'égard de la notion de vice et de l'exigence causale dans le cadre de la responsabilité du fait des choses vicieuses », *R.G.D.C.*, 2005, 340-341.

## 49. La qualité de gardien

L'article 6.16, alinéa 2, définit le gardien comme « la personne qui dispose d'un pouvoir de direction et de contrôle non subordonné sur cette chose corporelle. Le propriétaire est présumé gardien de la chose, à moins qu'il ne prouve qu'une autre personne en exerce la garde ». Cette présomption réfragable n'existait sous l'empire du Code Napoléon que lorsque l'on se situait dans le cadre de l'article 1385 de l'ancien Code civil (et non dans le cadre de l'article 1384, al. 1er in fine de l'ancien Code civil). Ce changement participe donc également à un alignement des régimes de responsabilité du fait des choses et des animaux.

## b. La responsabilité du fait des animaux

### 50. La présomption de gardien dans le chef du propriétaire

Le principe d'une responsabilité sans faute du gardien pour le dommage causé par un animal est maintenu. La règle appliquée majoritairement en doctrine et en jurisprudence selon laquelle le propriétaire de l'animal est présumé, de manière réfragable, en être le gardien est désormais coulée dans le texte de l'article 6.17 du Code civil. Il est donc mis fin à la distorsion qui frappe les deux régimes (*supra* n°49).

### 51. Causes exonératoires de responsabilité

Même si le texte légal n'en dit mot, la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>146</sup> qui offrait au gardien la possibilité de s'exonérer en rapportant la preuve que le fait de l'animal trouve sa source dans un événement qui constitue un cas de force majeure ou a été causé par le fait d'un tiers et excluant toute faute éventuelle du propriétaire ou du gardien en tant que cause du dommage ne trouvera, en principe, plus à s'appliquer. Ces causes d'exonération sont en effet exclues de manière claire par les travaux préparatoires<sup>147</sup>. Partant, lorsque le fait de l'animal a été causé par un tiers, le gardien sera condamné *in solidum* avec le(s) co-responsable(s) à l'égard de la victime. Par ailleurs, en cas de faute personnelle de la personne lésée, on procédera, conformément aux travaux préparatoires, à un

<sup>146</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 20 mai 1983, *Pas.*, 1983, I, 1061 ; Cass., 12 octobre 1984, *Pas.*, 1984, I, 220 ; Cass., 26 février 1987, *Pas.*, 1987, I, 772, *R.G.A.R.*, 1988, n° 11424 ; Cass., 16 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, 54 et obs., *R.W.*, 1989-1990, 466 ; Cass., 19 janvier 1996, *Pas.*, 1996, I, 87, *J.L.M.B.*, 1996, 497.

<sup>147</sup> « La règle formulée par la Cour de cassation selon laquelle il n'y a pas de responsabilité lorsque la personne lésée a commis une faute propre et que l'animal a agi de manière normale et prévisible, n'est pas reprise car elle est source de controverse » (Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 158).

partage de responsabilité<sup>148</sup>. Ces principes s'accommodent davantage au régime applicable en matière de responsabilité du fait des choses.

## Chapitre II. La consolidation des acquis et les remises en ordre

### 52. Introduction

À côté des innovations apportées par la réforme, le législateur visait aussi à codifier à droit constant la jurisprudence de la Cour de cassation voire à procéder à certaines remises en ordre. Nous revenons ci-après, de manière plus succincte, sur les changements qui nous paraissent s'inscrire dans cette tendance. Outre le caractère non exhaustif de cette rapide présentation, on concède volontiers que la ligne de démarcation entre « remises en ordre » et « interventions ciblées » (voy. *supra* section 2, chapitre 1) reste parfois ténue.

### 53. Traitement équivalent des personnes morales de droit privé et de droit public ainsi que des personnes physiques

La loi du 7 février 2024 comble tout d'abord une lacune. L'indigence du Code civil par rapport au sort des personnes morales de droit privé et de droit public était en effet déplorée par la doctrine. L'intégration par la jurisprudence de cette catégorie de personnes a suscité des difficultés notamment au regard de la théorie de l'organe. Un traitement équivalent des personnes morales de droit privé et de droit public par rapport aux personnes physiques est dorénavant prévu à l'article 6.4 du Code. La personne morale peut désormais voir sa responsabilité engagée en raison « soit directement sur le fondement d'une faute personnelle soit sur le fondement d'une faute commise par une personne dont elle doit répondre »<sup>149</sup>. Les travaux préparatoires précisent qu'« Afin de ne pas diminuer la protection du citoyen, il n'a pas été jugé pertinent de modifier le régime de responsabilité des pouvoirs publics dans l'exercice de la fonction d'administrer, de juger ou de légiférer »<sup>150</sup>.

### 54. Les effets de la responsabilité : état antérieur et prédisposition

Les controverses liées à la prise en considération de l'état antérieur de la victime ont battu leur plein suite à l'arrêt de la Cour de cassation du 2 février 2011<sup>151</sup>. La doctrine

---

<sup>148</sup> *Ibidem*, 88.

<sup>149</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 7.

<sup>150</sup> Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 9.

<sup>151</sup> Cass., 2 février 2011, P.10.1601.F/2, *Pas.*, 2011, 394, *R.G.A.R.*, 2011, n°14801, *R.W.*, 2012-2013,



restait depuis lors divisée sur la question de savoir si l'appréciation du préjudice était tributaire de l'état antérieur de la victime<sup>152</sup>. Le législateur tranche définitivement cette controverse.

L'article 6.29 règle trois hypothèses distinctes en ces termes :

« Art. 6.29. Prédilection et état antérieur de la personne lésée

La personne lésée qui est affectée d'une prédilection à subir le dommage a droit à la réparation intégrale de son dommage même si cette prédilection est une des causes de celui-ci.

La personne lésée qui, préalablement au fait générateur de responsabilité, se trouvait dans un état antérieur avéré ayant déjà entraîné des conséquences dommageables, a uniquement droit à la réparation du nouveau dommage causé par ce même fait ou de l'aggravation du dommage existant.

Si le responsable prouve que le fait générateur de responsabilité a eu pour conséquence d'anticiper la survenance d'un dommage qui serait survenu même sans ce fait, seul le dommage qui résulte de cette anticipation est réparé ».

L'article 6.29, alinéa 1<sup>er</sup>, traite des prédilections. La prédilection se définit comme « une caractéristique d'un sujet, très généralement ignorée de celui-ci, n'ayant aucune expression dans la vie quotidienne, mais qui, lors d'un traumatisme, favorise l'apparition d'une pathologie constatable qui n'existait pas auparavant »<sup>153</sup>. La disposition légale « précise que, le cas échéant, la personne lésée a droit à la réparation intégrale de son dommage même si sa prédilection au dommage est une des causes de celui-ci. En principe, il n'est donc pas tenu compte de la prédilection. Le responsable doit donc prendre la personne lésée comme il la trouve avec toutes ses caractéristiques personnelles »<sup>154</sup>. La vulnérabilité ne peut avoir pour effet de réduire l'indemnité de la personne lésée conformément à la jurisprudence constante »<sup>155</sup>.

300.

<sup>152</sup> Voy. pour une réponse positive : THIRY et COCO, « L'état antérieur : changement ou continuité ? », obs. sous Cass., 2 février 2011, *Consilio*, 2014, 56 ; FOSSEPREZ, « L'état antérieur à la croisée de différentes disciplines juridiques : un consensus possible ? », in *Trois conditions pour une responsabilité*. Sept regards, sous la coord. de CATALDO et PÜTZ, Limal, Anthemis, 2016, 81-144. Voy. pour une réponse négative, STAQUET, « État antérieur d'une victime : à prendre ou à laisser ? », *R.G.A.R.*, 2012, n° 14850 ; FAGNART, « L'état antérieur revisité par la Cour de cassation », in *L'évaluation et la réparation du dommage corporel. Questions choisies*, Limal, Anthemis, 2013, 85-8 ; SIMAR et DEVOS, « Prédilections pathologiques et état antérieur : une tempête dans un verre d'eau ? », *R.G.A.R.*, 2016, n° 15150.

<sup>153</sup> LUCAS, « Accidents du travail – État antérieur », in 1903-2003 – Accidents du travail : 100 ans d'indemnisation, Bruxelles, Bruylant, 2003, 66. Voy. aussi COLSON, FOSSEPREZ, « L'atteinte, le dommage et sa réparation », GEORGE, JAFFERALI, COLSON, *Manuel de droit de la responsabilité civile*, Limal, Anthemis, 2025, 373.

<sup>154</sup> Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 143.

<sup>155</sup> Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle »

L'article 6.29, alinéa 2, vise l'état antérieur que l'on peut définir comme « l'ensemble des pathologies dont une personne souffrait ou avait souffert avant l'accident et qui générerait chez cette dernière des répercussions dommageables »<sup>156</sup>. Ce deuxième alinéa « règle la réparation du dommage lorsque, déjà avant l'accident, la personne lésée avait subi un dommage ou présentait une incapacité. Au moment de l'accident, la personne lésée était déjà atteinte dans son intégrité physique ou sa santé. Dans ce cas, la personne lésée n'a droit qu'à la réparation du nouveau dommage ou de l'aggravation du dommage existant. L'acte dommageable n'est pas la cause du dommage qui au moment de l'acte dommageable s'était déjà produit par une autre cause »<sup>157</sup>.

Lorsque la personne lésée est déjà atteinte dans son intégrité physique et que le dommage est uniquement survenu de manière anticipative en raison de l'accident, l'article 6.29, al. 3, prévoit que le responsable ne sera tenu de supporter que les conséquences dommageables liées à cette anticipation. « Dans ce cas, l'indemnisation repose donc sur le fait que le dommage est apparu plus tôt que ce à quoi on s'attendait normalement si l'accident n'avait pas eu lieu »<sup>158</sup>.

### 55. Les effets de la responsabilité : le principe de la réparation intégrale

Le principe de la réparation intégrale est consacré à l'article 6.30 et s'applique tant aux dommages patrimoniaux qu'aux dommages extrapatrimoniaux. Les méthodes préconisées à l'article 6.31 tendent à rencontrer ce principe.

Pour les dommages patrimoniaux, on applique la règle de la différence négative qui « vise à placer la personne lésée dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu » (art. 6.31, §1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>). La règle permet uniquement, vu son libellé, de déterminer l'étendue du dommage et non son existence<sup>159</sup>. Cette approche s'inscrit en faux par rapport à la jurisprudence de la Cour de cassation belge en matière de *wrongful life*<sup>160</sup>.

---

du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 143. *Voy. Cass.*, 8 juin 1951, *Pas.*, 1951, 691 ; *Cass.*, 14 juin 1995, *Arr. Cass.*, 1995, 605, *Bull.*, 1995, 627, *Pas.*, 1995, I, p. 627, n°296, *Dr. circ.*, 1996, 22.

<sup>156</sup> COLSON, La réparation des préjudices corporels en droit de la responsabilité extracontractuelle. La spécificité des dommages résultant d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique, Bruxelles, Larquier, 2022, 379.

<sup>157</sup> Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 144.

<sup>158</sup> Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 144.

<sup>159</sup> *Voy. en ce sens*, DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant : l'alternative illégitime », *J.T.*, 2015, 209.

<sup>160</sup> *Cass. (ch. réunies)*, 14 novembre 2014, *J.T.*, 2015, 221. Dans son rapport, l'UNamur regrettait d'ailleurs que l'avant-projet ne prenne pas plus clairement position sur les actions en *wrongful life*.

En matière de dommages extrapatrimoniaux, la règle de la différence négative est, par contre, écartée vu son inadéquation au profit d'une juste et adéquate compensation (art. 6.31, §1<sup>er</sup>, alinéa 2).

## 56. Les effets de la responsabilité : le principe de la réparation en nature

Le droit de la personne lésée d'obtenir la réparation en nature de son dommage est coulé dans un texte. L'article 6.33 vient toutefois encadrer le recours à cette forme de réparation, et ce conformément aux principes applicables sous l'empire du Code Napoléon. Le principe de la réparation en nature doit en effet céder la place à des dommages et intérêts dans plusieurs hypothèses délimitées par la loi. Tout d'abord, la réparation en nature est rejetée lorsqu'elle est impossible ou manifestement déraisonnable. Ensuite, elle est écartée lorsqu'elle requiert le recours à la contrainte sur la personne du débiteur ou si elle est contraire à la dignité humaine<sup>161</sup>. Dans l'hypothèse inverse, si c'est le responsable qui offre d'exécuter la réparation en nature, la personne lésée ne peut s'y opposer à moins qu'elle puisse se prévaloir de justes motifs. Si la réparation intégrale du dommage requiert, outre une réparation en nature, le paiement de dommages et intérêts, le cumul de ces deux formes de réparation est autorisé.

## 57. Les effets de la responsabilité : le sort des versements et avantages reçus par la personne lésée ou par le responsable

Afin de garantir la sécurité juridique, le sort des versements et avantages que reçoit la victime après l'accident est réglé à l'article 6.35 qui codifie la jurisprudence de notre Cour suprême. Le législateur part tout d'abord du principe que les avantages perçus par la victime après l'accident doivent être imputés sur le montant de l'indemnité<sup>162</sup>. La victime ne peut en effet s'enrichir du fait de l'accident. L'imputation des avantages reste toutefois soumise à plusieurs conditions. D'une part, il doit exister un lien de causalité entre l'avantage perçu et le fait générateur du dommage<sup>163</sup>. Lorsque sans l'acte illicite, la victime aurait tout de même obtenu cet avantage, il n'y aura pas d'imputation. D'autre part, l'octroi de l'avantage doit répondre à un objectif de réparation du dommage. Pour trancher cette question, on aura notamment égard à « l'intention des parties lorsque le

---

<sup>161</sup> Voy. pour une critique de cet article et les distinctions entre condamnation à la réparation en nature et exécution forcée de la réparation en nature, BOTMAN, DE DUVE, HYGEN MEYER, JAFFERALI, MASSAGER, THÜNGEN, VAN GYSEL, « Commentaires relatifs à l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil », 34, <http://www.ulb.ac.be/newsletters/droit.php?d=2&c=1&nl=38&cat=9>.

<sup>162</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 182 ; Voy. aussi Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 154.

<sup>163</sup> Cass., 1<sup>er</sup> février 2013, *Pas.*, 2013, 300, *R.W.*, 2013-2014, 1533, note.

paiement est effectué en exécution d'une convention », à « l'intention du législateur si la prestation est la conséquence d'une obligation légale » ou au caractère indemnitare ou forfaitaire de l'assurance si le paiement est effectué sur cette base<sup>164,165</sup>. La prestation doit évidemment porter « sur le même dommage que celui pour lequel la personne responsable doit réparation »<sup>166</sup>.

### **58. Les effets de la responsabilité : évaluation distincte des dommages et libre disposition de l'indemnité**

Dans une optique de transparence, le législateur a estimé utile, conformément à l'article 6.36, alinéa 1<sup>er</sup>, d'imposer au juge d'identifier chacun des postes de dommage pour lequel il accorde réparation. Cette évaluation distincte des préjudices permettra de favoriser la réparation ultérieure de dommages nouveaux et la détermination de l'étendue des recours après indemnisation<sup>167</sup>. La solution est calquée sur celle applicable aux quittances pour solde de tout compte dans les assurances de responsabilité qui figure à l'article 148, alinéa 2 de la loi du 4 avril 2014.

Le principe souffre néanmoins une exception « Lorsque l'étendue du dommage ne peut être déterminée d'aucune autre manière, le juge peut accorder une indemnité en équité » (article 6.36, alinéa 3). Cette évaluation en équité ou *ex aequo et bono* reste toutefois, conformément à une jurisprudence constante, subsidiaire<sup>168</sup>.

Un calcul approximatif du dommage est par ailleurs autorisé par l'article 6.36, alinéa 2 « lorsqu'il est impossible d'en déterminer exactement l'étendue ou qu'une évaluation précise entraînerait des frais disproportionnés ». Le législateur songe notamment

<sup>164</sup> Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 155.

<sup>165</sup> Il s'agit ici d'une marche arrière par rapport à la première mouture du projet qui réglait le sort de la pension de survie.

<sup>166</sup> Cass., 15 février 2011, *Pas.*, 2011, 517 ; Cass., 7 septembre 2004, *R.A.B.G.*, 2005, 1105, *R.G.A.R.*, 2006, n°14108, *R.W.*, 2006-2007, 1757, cités par Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 183 ; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 155).

<sup>167</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 185 ; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 155.

<sup>168</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 186 ; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 156.

au « préjudice économique et financier résultant de pertes de marchés, de bénéfices ou de clientèle, qui requiert parfois de recourir à des modèles économiques ou à des projections »<sup>169</sup>.

Les liens avec le domaine des assurances de la responsabilité civile ne s'arrêtent toutefois pas là. L'article 6.39 intègre en droit de la responsabilité civile le principe de la libre disposition de l'indemnité prévu à l'article 147 de la loi relative aux assurances du 4 avril 2014. Il est dès lors loisible à la victime de ne pas affecter l'indemnité à la réparation effective de son dommage.

## 59. Les recours après indemnisation

Sous l'empire du Code Napoléon, les recours après indemnisation ne faisaient l'objet d'aucune disposition. On enseignait cependant de manière constante que le responsable qui avait indemnisé la personne lésée pouvait exercer un recours contributoire contre les coresponsables. La matière – qui subsiste dans les grandes lignes – est désormais régie à l'article 6.21 dont la nature est supplétive.

La portée du recours contributoire est tout d'abord clarifiée. La part de responsabilité qui incombe à chacun des coresponsables dépend bien du critère de l'incidence causale. Conformément au paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 6.21, la clé de répartition se réalise « dans la mesure où le fait sur lequel repose leur responsabilité a contribué à la survenance du dommage »<sup>170</sup>. Le critère de la gravité des fautes jadis retenu n'a plus du tout voix au chapitre. Par contre, lorsqu'il est impossible de déterminer la contribution causale de chacun des faits générateurs, le critère du partage par parts viriles est privilégié.

Le paragraphe 2 prévoit ensuite une exception en ces termes : « La personne dont une autre doit répondre sur la base d'une responsabilité du fait d'autrui ne peut exercer aucun recours sur la base de cette responsabilité contre la personne qui est responsable pour elle ». Il est toutefois précisé que « La personne qui est responsable sans faute peut exercer un recours pour le tout contre la personne par la faute de laquelle les conditions de cette responsabilité sont réunies »<sup>171</sup>.

Enfin, le paragraphe 3 de l'article 6.21 traite de la faute de la personne lésée. Il confirme la règle selon laquelle lorsque le tiers responsable a commis une faute intentionnelle, l'adage *Fraus omnia corrumpit* fait obstacle à un partage de responsabilité. Mal-

<sup>169</sup> *Ibidem*.

<sup>170</sup> Voy. avant que la Cour de cassation ne se rallie au critère de l'incidence causale, en faveur de la gravité de la faute, Cass., 8 octobre 1992, *Pas.*, 1992, I, 1124, et les conclusions de l'avocat général PIRET ; Cass., 29 nov. 1995, Larcier Cass., 1995, n° 1319 ; Cass., 29 janvier 1988, *Pas.*, 1988, 627, *R.C.J.B.*, 1993, 317 et note L. CORNELIS, « Le partage des responsabilités en matière aquilienne » ; Cass., 11 mars 1983, *Pas.*, 1983, I, 383 ; Cass., 11 juin 1981, *Pas.*, 1981, I, 1159 ; Cass., 27 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, 553 ; Cass., 18 janvier 1979, *Pas.*, 1979, I, 574.

<sup>171</sup> Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 104.

gré une jurisprudence en sens contraire de la Cour de cassation<sup>172</sup>, le législateur étend le principe à la « répartition de la charge du dommage entre les coresponsables »<sup>173</sup>.

## Chapitre III. Les lacunes et regrets

### 60. Introduction

Le législateur l'a concédé sans ambages, le réforme demeure perfectible et ne résout pas toutes les questions<sup>174</sup>.

Au rang des regrets et lacunes, il épingle l'intégration partielle des régimes particuliers du Code civil et la fragmentation du droit de la responsabilité qui en résulte (*infra* n°61), l'absence de prise en considération du préjudice écologique (*infra* n°62) ainsi que la non-réorganisation du régime des recours des tiers-payeurs (*infra* n°63).

On peut ajouter à cette énumération l'absence de prise en considération de l'essor des nouvelles technologies de l'information et, plus spécifiquement du développement de l'intelligence artificielle et du big data (*infra* n°66). Enfin, on peut encore déplorer l'absence d'articulation précise entre les livre 5 et 6 (*infra* n°67).

Reconnaissons que la mission confiée par le Ministre était colossale et le délai pratiquement intenable : « A l'impossible, nul n'est tenu ». Les innovations voulues par la commission de réforme dans des matières sensibles n'ont pas accéléré le processus. Celle-ci a, par ailleurs, dû composer avec de nombreuses questions épineuses au sujet desquelles la jurisprudence et la doctrine s'étaient montrées particulièrement divisées.

### 61. Fragmentation du droit de la responsabilité civile

La fragmentation du droit de la responsabilité civile a souvent été dénoncée. Les nombreuses législations particulières qui gravitent autour du Code civil sont souvent oubliées voire inconnues du praticien. L'idée de les rassembler et les rationaliser au sein d'un seul corpus de règles était donc tout à fait louable et souhaitable.

Le caractère hétéroclite et les particularités propres à chacune de ces législations ont toutefois freiné le législateur dans la concrétisation de ce projet de rationalisation. Le sort des régimes d'indemnisation sans responsabilité qui ne coïncident pas avec le cadre

---

<sup>172</sup> Cass. 2 octobre 2009, *J.T.*, 2010, 538, note LENAERTS, *NjW*, 2010, 318, note BOONE, *R.A.B.G.*, 2010,1287, note DE KEZEL, *R.W.*, 2010-2011, 487, note GUILLIAMS.

<sup>173</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 196.

<sup>174</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 13.

strict de la responsabilité a aussi posé question<sup>175</sup>. Face à ces difficultés, le législateur a préféré opter pour une intégration très partielle des régimes spécifiques. Il en résulte une certaine insatisfaction, le travail restant inachevé. Le caractère fragmenté du droit de la responsabilité subsistera donc au grand dam des praticiens et des citoyens.

## 62. Préjudice écologique

La réparation du préjudice écologique est également le grand absent de la réforme<sup>176</sup>. Même la timide avancée selon laquelle, initialement, « les dommages qui résultent de l'atteinte à un intérêt collectif sont réparables dans les conditions et modalités fixées par le législateur »<sup>177</sup> n'a finalement pas été retenue<sup>178</sup>.

Pour s'en défendre, la commission belge s'est tout d'abord retranchée derrière les règles de « répartition des compétences entre l'Etat fédéral et les entités fédérées » ainsi que la difficulté du choix des « instruments juridiques appropriées »<sup>179</sup>. Elle a ajouté que ni la jurisprudence de la Cour de cassation, ni celle de la Cour constitutionnelle, ni même la loi du 12 janvier 1993<sup>180</sup> ne permettaient aux associations d'obtenir l'indemnisation d'un préjudice écologique pur<sup>181</sup>. L'existence de la Directive du 21 avril 2004<sup>182</sup> et la loi du 20 janvier 1999<sup>183</sup> fut également invoquée. Ces dernières ne prévoient toutefois la

<sup>175</sup> Dans son rapport, l'UNamur avait d'ailleurs souligné que « L'argument selon lequel les régimes assurantiels devraient être maintenus hors du Code ne tient guère si l'on prend en considération les nouvelles obligations d'assurances consacrées par la réforme et intégrées dans le Code civil ».

<sup>176</sup> Voy. sur le préjudice écologique, THUNIS, « Les préjudices écologiques. Rapport belge : encore du chemin à faire », in JOURDAIN, *La responsabilité environnementale*, Bruxelles, Bruylant, 2018, 227-239.

<sup>177</sup> Voy. notamment le projet d'article 5.172 et la précédente mouture de l'article 6.26.

<sup>178</sup> La commission ouvrait la porte à ce qu'une association ou une collectivité publique puisse diligenter une action en réparation lorsque le dommage résulte d'une atteinte à un intérêt collectif. Le travail restait toutefois inachevé puisqu'il incombe, en réalité, « au législateur d'organiser la réparation des dommages résultant d'une atteinte à un intérêt collectif en déterminant qui peut en demander réparation et sous quelles formes ».

<sup>179</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 15.

<sup>180</sup> Loi du 12 janvier 1993 concernant un droit d'action en matière de protection de l'environnement, *M.B.*, 12 février 1993.

<sup>181</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 158-159.

<sup>182</sup> Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, JO L 143, 30 avril 2004, 56-75.

<sup>183</sup> Loi du 20 janvier 1999 visant la protection du milieu marin [et l'organisation de l'aménagement des] espaces marins sous juridiction de la Belgique, *M.B.*, 12 mars 1999.

réparation du préjudice écologique ou du dommage environnemental que dans des matières spécifiques par l'intermédiaire d'une autorité publique indépendante et via la voie de polices administratives.

Certes, les arguments étaient pertinents. Ils n'étaient cependant, à l'analyse, nullement dirimants.

Partant, un collectif s'est formé pour militer en faveur de l'inscription d'un régime de responsabilité environnementale dans le Code civil. Une déclaration commune fut publiée en ce sens le 30 avril 2018<sup>184</sup>,<sup>185</sup>. Pour le collectif, la réforme du Code civil était « une occasion historique d'organiser un régime subsidiaire, compréhensible et opérationnel, de responsabilité civile en cas de préjudice écologique ».

Le collectif, dans cette déclaration commune<sup>186</sup>, tenta de démontrer que les craintes formulées à l'encontre de l'inscription d'un régime de responsabilité environnementale sont injustifiées et combat les fausses idées reçues. Sur la base des travaux de Y. Lejeune<sup>187</sup>, l'obstacle des règles de répartition de compétences est également surmonté. Les grandes lignes d'un régime de responsabilité civile environnementale sont ensuite tracées tandis qu'un projet concret de dispositions législatives largement inspirées du droit français est transmis à la commission suite à la consultation publique.

Fort heureusement, une commission a finalement été désignée avec pour mission « d'élaborer une proposition de régime de responsabilité en cas de dommages aux intérêts environnementaux collectifs tels que les dommages écologiques infligés à des biens environnementaux qui n'appartiennent à personne, au climat ou à d'autres éléments de l'écosystème »<sup>188</sup>. Cette Commission est présidée par les Pr. C.-H. Born et A. Carette et est également composée des Pr. H. Schoukens, X. Thunis, I. Samoy et D. Misonne, intervenant en qualité d'experts et de J.-C. Boulet, intervenant en qualité de représentant du SPF Justice.

Il s'agit, selon B. Dubuisson, de reculer pour mieux sauter<sup>189</sup>.

---

<sup>184</sup> <https://cdn.uclouvain.be/groups/cms-editors-seres/D%C3%A9claration%20commune%20-%20r%C3%A9gime%20RC%20environnementale%202018.pdf>.

<sup>185</sup> Voy. également les cartes blanches publiées dans *Le Soir*, « Inscrire le préjudice écologique dans le nouveau Code civil: un enjeu de société » et *De Standaard*, « Geen milieuschade in het nieuwe Burgerlijk Wetboek? Dommage! ».

<sup>186</sup> <https://cdn.uclouvain.be/groups/cms-editors-seres/D%C3%A9claration%20commune%20-%20r%C3%A9gime%20RC%20environnementale%202018.pdf>.

<sup>187</sup> Voy. la note de Lejeune publiée sur le site <https://cdn.uclouvain.be/groups/cms-editors-seres/Y%20Lejeune%20R%C3%A9partition%20des%20comp%C3%A9tences%20et%20responsabilit%C3%A9%20civile%20environnementale%20avril%202018.pdf>. Voy. également LEJEUNE, « La répartition des compétences législatives en matière de responsabilité résultant d'un préjudice environnemental », *Amén.*, 2018, 209-214.

<sup>188</sup> Arrêté ministériel du 14 mai 2024 portant création de la Commission établissant le régime de responsabilité en cas de dommages aux intérêts environnementaux collectifs, *M.B.*, 28 mai 2024.

<sup>189</sup> DUBUISSON, « Le livre 6 du Code civil portant réforme de la responsabilité extracontractuelle. La fin d'un long héritage (1804-2024) », *J.T.*, 2025, 24.



### 63. Les recours des tiers-payeurs

« Vu la complexité de la tâche, la multiplicité des acteurs concernés (assureurs, mutuelles, C.P.A.S.,...) et la diversité des enjeux et des compétences, l'idée de remettre de l'ordre dans cette matière a finalement été abandonnée dans le cadre de ce projet »<sup>190</sup>.

Tels sont les mots employés par le législateur pour justifier l'abandon à contrecoeur d'une réorganisation complète des recours des tiers-payeurs.

La tâche était évidemment ardue vu la multiplication des recours directs issus de législations particulières, des recours subrogatoires ainsi que des recours fondés sur l'article 1382 de l'ancien Code civil<sup>191</sup>.

A l'heure actuelle, les difficultés se cristallisent à plusieurs endroits. Tout d'abord, au niveau de l'identification des droits dans lesquels le tiers-payeur est subrogé, les textes légaux applicables sont jugés trop restrictifs notamment dans le cas de l'assureur privé et de l'assureur-loi<sup>192</sup>. Le recours à la subrogation de droit commun pourrait sur ce point constituer un palliatif. Au demeurant, l'étendue du recours des tiers-payeurs est également sujette à de nombreuses difficultés notamment lorsqu'il s'agit d'identifier les postes relevant de l'objet et de l'assiette du recours. C'est la raison pour laquelle B. Fosséprez s'est montrée favorable à une détermination précise de « l'étendue des recours des tiers payeurs sous le prisme d'une évaluation poste par poste et d'une nomenclature précise des chefs de préjudices réparables, accompagnée d'une table de concordance entre les prestations versées par les tiers payeurs et les postes de préjudice sur lesquels ils peuvent s'imputer »<sup>193</sup>. Enfin, le recours direct de l'employeur public gagnerait en cohérence s'il n'était pas « contaminé par la reconnaissance d'un droit propre mais circonscrit aux limites de la subrogation. En effet, seule cette dernière base permet d'assurer le respect du principe indemnitaire et de son corollaire, le transfert de la charge du dommage sur les épaules du tiers responsable »<sup>194</sup>.

<sup>190</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, 15 ; Proposition de loi du 8 mars 2023 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. Parl.*, 2022-2023, n°55, 3213/001, 15.

<sup>191</sup> Voy. sur cette question, FOSSEPREZ, « Les recours des tiers payeurs : approche transversale », in GEORGE, THUNIS, *Métamorphoses de la subrogation*, Limal, Anthemis, 2018, 101-158.

<sup>192</sup> FOSSEPREZ, « Les recours des tiers payeurs : approche transversale », in GEORGE, THUNIS, *Métamorphoses de la subrogation*, Limal, Anthemis, 2018, 157, n° 87. Voy. aussi sur le recours des tiers-payeurs, SIMAR, « L'incidence des recours de tiers-payeurs », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Bruxelles, Larcier, 2015, 761-779.

<sup>193</sup> *Ibidem*, 157, n° 88 qui se rallie à la position de DUBUISSON, « L'inflation des recours directs fondés sur l'article 1382 du Code civil ou la transfiguration des tiers payeurs », in *La rupture du lien causal ou « l'avènement de l'action directe et le déclin du recours subrogatoire » ?*, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2007, 254.

<sup>194</sup> *Ibidem*, 157, n° 88.

Au regard des critiques formulées et des ébauches de solutions envisagées, nous pensons qu'il s'agit d'une occasion manquée.

#### **64. Les nouvelles technologies de la société de l'information, l'intelligence artificielle et le big data**

L'apparition de nouvelles technologies conjuguée au phénomène du big data auraient également pu être appréhendés, même à la marge, par le Code civil.

Il règne, par exemple, toujours un certain flou sur le sort à réserver aux choses incorporelles telles que les logiciels. Ces dernières tombent-elles sous le champ du régime de responsabilité du fait des choses et/ou du régime de responsabilité des produits défectueux<sup>195</sup>? Comment démontrer le vice en matière d'intelligence artificielle lorsque la transparence et l'explicabilité des algorithmes posent problème? Qui revêt la qualité de gardien entre le concepteur, l'intégrateur ou l'exploitant d'un programme d'ordinateur<sup>196</sup>? L'imputabilité des actes d'un robot constitue également un « enjeu crucial »<sup>197</sup> pour la société de demain. Les travaux préparatoires n'en disent mot. Il s'agit pourtant de questions d'une actualité brûlante qui auraient sans conteste mérité l'attention du législateur.

Ce dernier a préféré attendre l'adoption d'instruments européens<sup>198</sup>, lesquels donneront vraisemblablement lieu à des aménagements du livre 6.

#### **65. Absence de liens étroits avec le livre 5 consacré au droit des obligations**

La mise en parallèle des livres 5 et 6 laisse transparaître, sur certains aspects, un manque de concertation. Les liens entre les matières restent fort limités.

Tout d'abord, comme l'a souligné l'ULB dans son rapport, certaines définitions, notamment celle relative à la force majeure, auraient gagné à être davantage uniformisées (voy. *supra* n°34)<sup>199</sup>.

---

<sup>195</sup> Voy. sur ces questions, HUBIN, « La responsabilité du fait des robots. Le droit de la responsabilité à l'ère de la révolution numérique », in *Responsabilités et numérique*, Limal, Anthemis, 2018, 264 s. ; HUBIN, CRUQUENAIRE, ROUARD, « Le big data : responsabilités et solutions pratiques pour un encadrement contractuel », *RDTI*, 2018, 97 s.

<sup>196</sup> Voy. sur ces questions, HUBIN, CRUQUENAIRE, ROUARD, « Le big data : responsabilités et solutions pratiques pour un encadrement contractuel », *RDTI*, 2018, 103-104.

<sup>197</sup> J HUBIN, « La responsabilité du fait des robots. Le droit de la responsabilité à l'ère de la révolution numérique », in *Responsabilités et numérique*, Limal, Anthemis, 2018, 264.

<sup>198</sup> Directive 2024/2853 du 23 octobre 2024 du Parlement européen et du Conseil relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et abrogeant la directive 85/374/CEE du Conseil, *J.O.U.E.*, 18 novembre 2024 ; règlement (UE) no 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle publié au Journal officiel le 12 juillet 2024 ; proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'adaptation des règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle au domaine de l'intelligence artificielle, COM/2022/496 final (retirée par la Commission).

<sup>199</sup> BOTMAN, DE DUVE, HYGEN MEYER, JAFFERALI, MASSAGER, THÜNGEN, VAN GYSEL, « Commentaires relatifs à l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité

Ensuite, on peut regretter que les livres 5 et 6 n'abordent pas les notions de faute lourde, faute intentionnelle et *dol*<sup>200</sup>.

De surcroît, l'arsenal des sanctions aurait pu être, un tant soit peu, harmonisé<sup>201</sup>.

Les distinctions entre exécution en nature et réparation en nature ainsi qu'entre condamnation et exécution forcée de cette condamnation mériteraient, par ailleurs, d'être éclaircies.

En outre, malgré les nombreuses controverses qui existent sur la question du fondement du recours contributoire, cette question ne semble pas trouver son dénouement dans la réforme<sup>202</sup>.

## 66. Conclusions

Le droit de la responsabilité civile avait manifestement besoin d'une cure de jouvence. Le travail abattu est remarquable tant les controverses qui jalonnent depuis 1804 la matière sont nombreuses et parfois insolubles. Les rédacteurs du projet n'ont pas hésité à les saisir à bras le corps. Au-delà d'un travail de pure codification, le législateur a voulu moderniser le Code au risque de buter sur des pierres d'achoppement et d'être soumis aux critiques. La fonction indemnitaire du droit de la responsabilité civile est restée au centre des préoccupations tandis qu'une dynamique préventive émerge de plus en plus au sein des dispositions du Code. A l'instar de tout projet novateur, la loi nouvelle charriera de nombreuses incertitudes et nouvelles interrogations. N'est-ce toutefois pas de bon augure dès lors que l'évolution du droit est souvent le fruit de discussions croisées entre la doctrine et la jurisprudence ?

---

extracontractuelle dans le nouveau Code civil », 12, <http://www.ulb.ac.be/newsletters/droit.php?d=2&c=1&nl=38&cat=9>. Cette critique valait principalement dans le cadre de la première mouture de l'avant-projet pour la définition de la force majeure.

<sup>200</sup> BOTMAN, DE DUVE, HYGEN MEYER, JAFFERALI, MASSAGER, THÜNGEN, VAN GYSEL, « Commentaires relatifs à l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil », 9, <http://www.ulb.ac.be/newsletters/droit.php?d=2&c=1&nl=38&cat=9>.

<sup>201</sup> *Ibidem*, 34, <http://www.ulb.ac.be/newsletters/droit.php?d=2&c=1&nl=38&cat=9>.

<sup>202</sup> GEORGE, THUNIS, « Le futur de la subrogation : une évolution sans révolution », in GEORGE, THUNIS, *Métamorphoses de la subrogation*, Limal, Anthemis, 2018, 174.

